

UNIVERSITE DE LIMOGES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

**LA RECEPTION DU MESSAGE ARTISTIQUE A LA
LUMIERE DE LA CEDH**

Thèse
Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES
Présentée et soutenue publiquement le 11 avril 2011 par
Baptiste Nicaud

Directeur de recherche

Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD, *Professeur à l'Université de Limoges*

Rapporteurs

Madame Pascale DEUMIER, *Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III*

Monsieur Michel LEVINET, *Professeur à l'Université Montpellier I*

Assesseurs

Monsieur Pierre-Yves GAUTIER, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II*

Monsieur Emmanuel DREYER, *Professeur à l'Université Paris-Sud 11*

L'université de Limoges n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je remercie Monsieur le Professeur Marguénaud pour la confiance qu'il m'a accordée. Il m'a offert l'opportunité de traiter un sujet qui me tenait à cœur, de défendre mes idées, en me guidant, par de précieux conseils, pour les porter plus haut.

*À mes parents, ma famille,
et tout ce qui constitue un petit bout de moi,
À toutes celles et ceux qui ont été là
dans les moments durs de la thèse qui affectent la vie
et dans les moments durs de la vie qui affectent la thèse,*

Principales abréviations

<i>AJDP :</i>	<i>Actualité Juridique Droit Pénal</i>
<i>CA :</i>	<i>Cour d'appel</i>
<i>C.Cass. :</i>	<i>Cour de cassation</i>
<i>CCE :</i>	<i>Revue Communication Commerce Électronique</i>
<i>CE :</i>	<i>Conseil d'État</i>
<i>CEDH :</i>	<i>Convention européenne des droits de l'homme</i>
<i>CJUE :</i>	<i>Cour de justice de l'Union européenne</i>
<i>Cour EDH :</i>	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
<i>Cour IDH :</i>	<i>Cour interaméricaine des droits de l'homme :</i>
<i>Chr. :</i>	<i>Chronique (périodiques)</i>
<i>Comm. :</i>	<i>Commentaires (Périodiques)</i>
<i>D :</i>	<i>Dalloz Périodique</i>
<i>Déc. :</i>	<i>Décision</i>
<i>Gaz. Pal :</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>Ibid. :</i>	<i>Ibidem</i>
<i>IR :</i>	<i>Informations Rapides</i>
<i>JCP :</i>	<i>Juris Classeur Périodique (La semaine juridique)</i>
<i>JCP A.:</i>	<i>Juris Classeur périodique administration et collectivités territoriales</i>
<i>JCP G. :</i>	<i>Juris Classeur Périodique édition générale</i>
<i>JCP E. :</i>	<i>JurisClasseur Périodique édition Entreprise et Affaires</i>
<i>:JOAN :</i>	<i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i>
<i>JOCE :</i>	<i>Journal officiel de la Communauté européenne</i>

<i>JOUE :</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>Jur :</i>	<i>Partie Jurisprudence (périodiques)</i>
<i>LP :</i>	<i>Légipresse</i>
<i>Obs. :</i>	<i>Observations</i>
<i>PA :</i>	<i>Les petites affiches : PA</i>
<i>PI :</i>	<i>Revue Propriété Intellectuelle :</i>
<i>RDPI :</i>	<i>Revue du Droit de la Propriété Intellectuelle</i>
<i>RFDA :</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDA :</i>	<i>Revue Internationale des Droits d'auteur : RIDA</i>
<i>RIDP :</i>	<i>Revue International de Droit Pénal</i>
<i>RLDI :</i>	<i>Revue Lamy Droit de l'Immatériel</i>
<i>RSC :</i>	<i>Revue de Sciences Criminelles et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD Civ. :</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil</i>
<i>RTD Com. :</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Commercial</i>
<i>RTDH :</i>	<i>Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme</i>
<i>RUDH :</i>	<i>Revue Universelle des Droits de l'Homme</i>
<i>Réf. :</i>	<i>Référé :</i>
<i>T.Corr :</i>	<i>Tribunal correctionnel</i>
<i>TGI :</i>	<i>Tribunal de Grande Instance</i>

Sommaire

INTRODUCTION.....	1
PARTIE I. LA DIMENSION INDIVIDUELLE DE LA LIBERTE DE RECEVOIR UN MESSAGE ARTISTIQUE.....	23
TITRE 1 : LE CONTENU DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE DE RECEVOIR	25
<i>Chapitre 1 : le droit individuel de recevoir un message artistique.....</i>	<i>27</i>
<i>Chapitre 2 : Le droit individuel de ne pas recevoir un message artistique.....</i>	<i>115</i>
TITRE 2 : LA CONCILIATION DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE DE RECEVOIR AVEC LES DROITS INDIVIDUELS CONCURRENTS	184
<i>Chapitre 1 : L'artiste et le récepteur</i>	<i>186</i>
<i>Chapitre 2 : L'artiste, l'intermédiaire de diffusion et le récepteur</i>	<i>253</i>
PARTIE II. LA DIMENSION COLLECTIVE DE LA LIBERTE DE RECEVOIR UN MESSAGE ARTISTIQUE	307
TITRE 1 : LE PLURALISME DE SENSIBILITES DES RECEPTEURS.....	309
<i>Chapitre 1 : Le pluralisme de sensibilités protecteur du droit individuel de recevoir.....</i>	<i>310</i>
<i>Chapitre 2 : Le pluralisme des sensibilités, une limite au droit individuel de recevoir.....</i>	<i>377</i>
TITRE 2 : LE PUBLIC	428
<i>Chapitre 1 : Les droits du public.....</i>	<i>429</i>
<i>Chapitre 2 : L'influence des droits du public sur les droits individuels concurrents</i>	<i>489</i>
<i>Conclusion générale.....</i>	<i>550</i>

Introduction

1. « *L'activité créatrice est par définition source permanente de nouveauté, donc de changement, donc de désordre* »¹. Ces mots du Professeur D. Cohen sur la liberté de création s'adaptent parfaitement à une activité artistique qui dérange autant qu'elle charme. Elle excite inévitablement les passions et la verve de l'opinion publique lorsqu'il s'agit de « *rendre justice à l'objet [artistique]* »².

2. Si l'art devait être personnifié à travers un conte, le choix pourrait se porter vers un succès de Hans Christian Andersen : *Le vilain petit canard*. À son exemple, l'art prétendrait enfin accéder au premier rôle. Ainsi, ce récit initiatique montrerait comment l'art, a dû apprendre à se connaître et s'accepter malgré un entourage lui renvoyant une image négative non propice à son développement. L'expression artistique ne ressemble pas à ses sœurs que sont les expressions politiques et journalistiques. Rejetée de tous, l'expression artistique fait figure d'exception et serait écartée de sa famille. Fille indigne de la liberté d'expression, elle ne peut accéder à une place de choix, à la reconnaissance de sa mère, laissant le privilège de l'épanouissement à ses sœurs.

3. L'expression artistique emprunte alors la figure du génie incompris, tel ce vilain petit canard ou encore le héros mutilé Gwynplaine de Victor Hugo³, conspué par les puissants et dénigré par le peuple. En effet, l'art est à même de véhiculer des expressions aussi déplaisantes que l'image supposée de Gwynplaine. Par analogie au discours du personnage, l'art peut se décrire ainsi : Je représente l'humanité telle que ses maîtres l'ont faite. Je suis un mutilé. Ce qu'on m'a fait, on l'a fait au genre humain. On lui a déformé le droit, la justice, la vérité, la raison, l'intelligence, comme à moi les mots, les images et les sons; comme à moi, on lui a mis au cœur un cloaque de colère et de douleur, et sur la face un masque de contentement⁴. Ironie du sort que

¹ D. COHEN, « *La liberté de créer* », *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, Dalloz, 16^{ème} édition, 2010, p.475 et s., p.476

² M. DUFRENNE, « *Art* » p.29 dans *Eycyclopaedia Universalis*, Corpus 3, 1996

³ V. HUGO, *L'homme qui rit*, 1^{ère} publication en 1869

⁴ « *Je représente l'humanité telle que ses maîtres l'ont faite. L'homme est un mutilé. Ce qu'on m'a fait, on l'a fait au genre humain. On lui a déformé le droit, la justice, la vérité, la raison, l'intelligence, comme à moi les yeux, les*

d'appliquer le thème romantique du génie incompris à la forme d'expression qui l'a fait naître. Cette ironie pourrait en rester là si, comme dans *Le vilain petit canard*, l'art devenait ce cygne aimé plus que tous et plus beau que jamais. On doit pourtant affirmer que l'art ne recherche pas que le beau et ne tend pas à être aimé par tous, car alors sa quête serait réductrice. Stendhal l'avait justement souligné lorsqu'il écrivait qu'«*un tableau sans expression n'est qu'une image pour amuser les yeux un instant*»⁵. L'expression artistique, consciente de sa différence, tient à la conserver, voire la développer jusqu'à l'excès.

4. L'appréhension de l'art, sous l'angle des droits et libertés, n'a pas pour but d'en dégager une conception élitiste. Le but de l'étude de la liberté artistique et de sa réception n'est aucunement de donner ses propres conceptions et limites de l'art. Quelle que soit la définition que l'on donne à l'art, elle reste contestable et incomplète. Une définition synthétique ne couvre pas la diversité des expressions artistiques. En outre, à l'instar du thème de cette étude, toute objectivité d'expression d'une définition est soumise à la subjectivité de son appréciation. Introduire cette étude par *Le vilain petit canard*, plutôt que par une œuvre littéraire vantée pour ses mérites esthétiques ou intellectuels, pourrait d'ailleurs être critiqué. Pourtant, qu'il soit question du *Vilain petit canard* d'Andersen ou de *L'homme qui rit* de Victor Hugo, ces deux livres sont des œuvres artistiques qui, au regard du droit et *a priori*, ne supportent pas la hiérarchisation de leur mérite⁶ et de leur qualification. Ces ouvrages expriment simplement différentes choses, par différents moyens et s'adressent à un public potentiellement différent. Fonder un jugement, qu'il revienne à la qualification artistique ou à la légitimité de son expression, à partir de l'impression personnelle provenant de la réception, c'est confondre le postulat et la finalité de l'expression. Et c'est en raison de cette subjectivité de la perception que la liberté artistique reste en retrait.

5. Même si «*la tradition esthétique tend à considérer le public comme un élément relativement contingent, secondaire par rapport à la souveraineté de l'artiste face à sa propre*

narines et les oreilles; comme à moi, on lui a mis au cœur un cloaque de colère et de douleur, et sur la face un masque de contentement ». V. HUGO, *L'homme qui rit*, préc., Vol. 4, p.263

⁵ STENDHAL, *Histoire de la peinture en Italie*, XX, in MATORE

⁶ Toutefois, l'arrêt *Akdas* pourrait remettre en cause une telle idée. En effet, la Cour EDH se fonde sur l'entrée de l'œuvre dans le patrimoine littéraire européen pour justifier sa diffusion. Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010 ; A. ZOLLINGER, « CEDH : Nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale », LP avr. 2010, pp.78 et s. ; J.-P. MARGUENAUD et B. DAUCHEZ, « Les onze milles verges fondatrices du patrimoine littéraire européen », D. 2010, pp.1051 et s.

création »⁷, la réception, en tant que l'une des finalités de la liberté artistique, ne saurait être éludée. En effet, Stendhal estimait que la finalité de l'art est l'expression⁸. L'expression artistique résulte ainsi de « l'action d'exprimer quelque chose »⁹ et tend à « rendre sensible [...] en en dégagant le sens ». Mais, cette récompense personnelle d'un effort créatif, à travers une libération des pensées et des passions, ne peut pas s'envisager que par rapport à l'artiste. Si l'acte de création est une volonté d'expression pour soi, l'artiste s'exprime aussi en vue « de faire connaître »¹⁰ sa création par la diffusion. L'expression artistique « se donne avant tout comme à percevoir »¹¹.

6. La réception des expressions artistiques, omniprésente dans la société contemporaine, fait que l'intérêt pour l'art est grandissant. Il ne se destine plus à une élite privilégiée car, « pour que le monde de la production du rendement ne devienne pas un enfer pour l'homme, l'art est plus nécessaire que jamais, pas seulement pour un cénacle d'initiés mais pour le peuple tout entier. »¹². L'activité créatrice de l'artiste devient donc de plus en plus « fondée sur le désir de communiquer à d'autres certains sentiments et certaines pensées »¹³. Elle ne se réduit pas à la simple action d'exprimer, mais induit la volonté d'être transmise à un destinataire. L'inondation des expressions artistiques par l'avènement des techniques d'information et de communication confortent l'idée déjà énoncée par Kant et Hegel : l'art s'envisage avant tout par « la perception »¹⁴, « la contemplation »¹⁵ et le « jugement »¹⁶. La création de l'artiste ne prend réellement vie que lorsqu'elle est confrontée au monde extérieur et sa valeur artistique relève, le plus souvent, de sa prétention à être reçue. La volonté de transmission de l'expression artistique est donc au cœur du droit à la réception. Elle conduit à considérer que la réception du fruit de la liberté d'expression artistique est celle d'un message artistique. La réception du message, preuve

⁷ N. HEINICH, « Public et art », Encycloppedia Universalis en ligne, <http://www.universalis-edu.com/article2.php?napp=4460&nref=P151171>

⁸ Stendhal a mis l'accent sur l'expression dans l'art tout en mettant à mal l'idée d'une recherche de la perfection par l'artiste « L'expression est tout l'art. Un tableau sans expression n'est rien qu'une image pour amuser les yeux un instant. Les peintres doivent sans doute posséder le dessin, le coloris, la perspective, etc. Mais s'arrêter dans une de ses perfections subalternes, c'est prendre le moyen pour le but. » STENDHAL, *Histoire de la peinture en Italie*, XX, in MATORE

⁹ Le Petit Larousse, 2009, « expression »

¹⁰ Le Petit Robert, 2006, « exprimer »

¹¹ M. DUFRENNE, « Art » p.29 in *Eycyclopaedia Universalis*, Corpus 3, 1996

¹² « Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne » Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 sept. 1973

¹³ *Ibid.* p.69

¹⁴ E. KANT, *Kritik der Urteilskraft*, (Critique de la faculté de juger), 1790

¹⁵ G. W. F. HEGEL, *Vorlesungen über die Ästhetik*, (Leçons sur l'esthétique), 1818-1829, publié par Heinrich Gustav Hotho 1835-1838, Berlin

¹⁶ E. KANT *Kritik der Urteilskraft* (Critique de la faculté de juger), 1790

de l'effectivité de la liberté d'expression de l'artiste et condition de sa conservation, ne peut se réduire à un rôle accessoire¹⁷.

7. Cette étude du droit à la liberté de recevoir un message artistique accorde une place dominante à la Convention européenne des Droits de l'Homme (ci-après CEDH), plus particulièrement à son article 10. En effet, le premier paragraphe de cet article protège explicitement le droit à la liberté de recevoir des informations et idées. La Cour européenne des Droits de l'Homme (Ci-après Cour EDH) l'a affirmé dans l'arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979¹⁸. Ainsi, à la fonction de la presse consistant à communiquer des informations et idées, « s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir »¹⁹. Si cette consécration du droit à la réception apparaissait limitée, notamment en raison de son rattachement à la fonction de la presse et à la notion de public, l'arrêt *Guerra* du 19 février 1998 en a précisé et étendu la définition. Ce droit « interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir »²⁰. L'essor du droit du public à l'information sur les sujets d'intérêt général ou « de nature à intéresser le public »²¹ a donc déplacé l'analyse du contentieux du droit à la liberté d'expression. Il est passé de l'étude du seul contenu de l'expression vers l'analyse des effets de la diffusion sur le public. Cette démarche est d'autant plus justifiée que, comme le précise le Professeur Sudre, « la liberté d'expression est un droit hors du commun : à la fois droit en soi et droit indispensable ou préjudiciable à la réalisation d'autres droits »²². Le lien intime qu'elle entretient avec le droit à la liberté de recevoir, qu'il soit un moyen de parvenir ou de s'opposer à l'exercice de la liberté d'expression, ou encore une de ses finalités, ne saurait être mis à l'écart. Cette acception du droit de recevoir répond alors à la protection de la relation entretenue entre les récepteurs et l'artiste à travers le message diffusé.

¹⁷ On peut voir une telle mise en avant de la notion de message et de l'importance de sa réception dans l'analyse de l'article 10 du Professeur Gérard Cohen-Jonathan. Il affirme que « le principe demeure donc que le contenu du message demeure libre, sans ingérence d'une autorité publique ni de toute autre personne ». De plus, il énonce que l'article 10 « couvre toutes les variétés de message ». Il consacre dans son analyse une place particulière au droit de recevoir des informations et idées. **G. COHEN-JONATHAN**, « L'article 10 », p.365 et s., dans *La Convention Européenne des Droits de l'Homme : commentaire article par article*, **L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT**, Economica, 2^{ème} édition

¹⁸ Cour EDH, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, 26 avril 1979

¹⁹ *Ibid.*, §65

²⁰ Cour EDH (Gde Ch.), *Guerra et autres contre Italie*, 19 fév. 1998, §53

²¹ Cour EDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, 27 mai 2004, §42

²² **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} édition refondue et augmentée, PUF, 2008, p.525, n°242

8. En 1983, selon la Commission européenne des droits de l'Homme « *la question de savoir si l'expression artistique bénéficie, au titre de l'article 10, d'une protection plus étendue que toute autre, [...] demeur[ait] ouverte* »²³. La Cour EDH, dans l'arrêt *Müller* du 24 mai 1988, avait affirmé, plus clairement, que l'article 10 englobait « *la liberté d'expression artistique – notamment dans la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées* »²⁴. Cette affirmation n'a pas empêché, qu'en réalité, ce droit spectaculairement mis en avant en matière de presse²⁵, intégrant l'ensemble de ses acteurs, ne trouve pas son pendant en matière artistique. Les développements relatifs au droit à liberté de recevoir un message artistique ont souvent été relégués dans les opinions dissidentes des juges²⁶ de la Cour EDH ou dans les travaux doctrinaux²⁷. Les juges, dans l'arrêt *Yalçın Külçük*, du 5 décembre 2002, relatif à un livre de style littéraire et métaphorique, ont reproché aux juges internes de ne pas avoir « *suffisamment pris en compte le droit du public de recevoir une information d'une autre manière* »²⁸. Toujours attachée à la notion de public, la Cour joue sur une confusion entre l'activité informative et artistique qui ne laisse entrevoir qu'une étendue limitée pour le droit de recevoir. Les juges, dans l'arrêt *Akdas* du 16 février 2010, ont constaté une ingérence étatique

²³ Com. EDH, *N. c. Suisse*, 13 oct. 1983, §2

²⁴ Cour EDH *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988 §27 ; confirmé par : *Karatas c. Turquie*, 8 juill. 1999, §49, Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 3 mai 2007, §42

La liberté d'expression artistique n'est pas expressément reconnue par la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La consécration de la liberté d'expression artistique par la Cour Européenne des Droits de l'Homme est intervenue par l'arrêt *Müller et autres contre Suisse* du 24 mai 1988. Néanmoins, la question de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention à la liberté d'expression artistique a pu trouver une première réponse dans la décision d'irrecevabilité de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, *X. Ltd. Et Y. contre Royaume-Uni* du 7 mai 1982 concernant la publication de poèmes. Ensuite, la Commission a dû se prononcer dans la décision *N. contre Suisse* sur la question de savoir si l'expression artistique bénéficiait d'une protection plus étendue que d'autres formes d'expression. (Com. EDH, *N. c. Suisse*, 13 oct. 1983). La Commission, considérant la requête mal fondée, n'a pas donné l'occasion à la Cour de se prononcer sur la question de l'expression artistique. Cependant, cette décision semble partir du postulat de l'existence d'une protection de la liberté d'expression artistique par l'article 10. L'arrêt *Müller* n'en est que la confirmation par la Cour européenne. Les travaux de la du Conseil de l'Europe jouaient déjà en faveur d'une applicabilité de l'article 10 de la CEDH au domaine artistique. « *Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne* » Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 septembre 1973

²⁵ Pour preuve, Gérard Cohen Jonathan, dans son analyse de l'article 10 de la CEDH utilise le terme message lorsqu'il décrit la liberté de communiquer. Le terme de message est remplacé par celui d'information lorsqu'il se place en matière de liberté de recevoir. Ainsi nous pourrions en déduire que la liberté de recevoir reste encore plus limitée. La notion d'information, bien que largement entendu par la Convention, se rattache plus largement au droit d'être informé sur un sujet d'intérêt général, qu'à la réception d'un message de toute sorte. **G. COHEN-JONHATAN**, in **L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT**, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme : Commentaire article par article*, 2^{ème} édition, Economica, pp.365 et s.

²⁶ Cour EDH, *Otto Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, opinion dissidente commune des Juges Palmet, Pekkanen et Makarczyk, §9

²⁷ On peut déjà voir des exemples de cette démarche dans les thèses de Christophe GEIGER « *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé* », (op. cit.) et de Karine FAVRO. **K.FAVRO**, *Télespectateur et message audiovisuel : contribution à l'étude des droits du spectateur*, Bibliothèque de droit public, tome 215, L.G.D.J, 2001 dont la quatrième de couverture explique que « *cet ouvrage revisite l'ensemble du droit audiovisuel autour de sa raison d'être : le télespectateur* ».

²⁸ Cour EDH, *Yalçın Kulcuk c. Turquie*, 05 déc. 2002, §41

qui empêchait « l'accès du public (...) à une œuvre donnée »²⁹, le roman les onze milles verges de Guillaume Apollinaire, sans pour autant justifier leur solution sous l'angle du droit de recevoir.

9. « Dans la conception libérale on s'est contenté pendant longtemps de mettre l'accent sur la libre diffusion mais la seule raison d'être de l'émission c'est d'être reçue »³⁰. Cette assertion du Professeur Cohen-Jonathan est toujours d'actualité. L'étude de la jurisprudence européenne démontre que le droit de recevoir, supposé droit individuel au titre de l'article 10§1 de la CEDH, ne reçoit pas d'application autonome et une faible reconnaissance. Le débat s'en tient généralement aux ingérences premières dans le droit à la liberté de l'expression de l'artiste. Il en résulte que, dans la mesure où l'on ne peut recevoir que ce qui a été émis, la liberté de recevoir reste accessoire et n'est pas considéré comme « une cible privilégié »³¹. Pourtant, à la lumière de l'arrêt *Guerra*³², le droit de recevoir implique que l'État n'empêche pas la réception de messages qu'autrui consent à fournir. L'ingérence dans le droit de recevoir naît donc de l'ingérence dans la liberté première de l'artiste. À l'heure où la liberté d'expression artistique prend son envol, le droit de recevoir un message artistique doit faire partie de ce mouvement. En effet, la valorisation de la liberté artistique, bien que tardive, se profile au fil de la jurisprudence. En témoigne les arrêts *Vereinigung Bildender Künstler*³³ et *Ulusoy*³⁴ qui, par le constat de violation de l'article 10, ont conduit « la liberté artistique en grâce auprès de la (Cour) EDH »³⁵. L'arrêt *Alves Da Silva*³⁶, qualifiant une expression satirique de sujet d'intérêt général et l'arrêt *Akdas*³⁷, laissant primer la liberté d'expression artistique sur une protection de la morale à relativiser, sont autant de confirmations de sa nouvelle éminence. L'évolution de la liberté artistique se confond encore avec le discours de Gwynplaine, héros mutilé de *L'homme qui rit* : « j'étais l'habitant de la lumière, et l'on m'avait fait habitant des ténèbres ! (...) C'est donc là qu'on m'avait précipité, sous l'écrasement de ceux qui vont et qui viennent, sous le trépignement de tous, (...) à l'endroit

²⁹ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010, §30

³⁰ G. COHEN-JONATHAN, *L'article 10*, dans, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (sous la direction de), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme : commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p.373

³¹ D. TRUCHET, *Cahiers du droit*, 1984, Tome IV, p.173

³² Cour EDH, *Guerra et a. c. Italie*, préc.

³³ Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007

³⁴ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007

³⁵ A. ZOLLINGER, « *La liberté artistique en grâce auprès de la CEDH* », note sous Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, LP oct. 2007, pp.205 et s., p.205

³⁶ Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009

³⁷ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010 ; notes : A. ZOLLINGER, « *CEDH : Nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale* », LP avr. 2010, pp.78 et s. ; J.-P. MARGUENAUD et B. DAUCHEZ, « *Les onze milles verges fondatrices du patrimoine littéraire européen* », D. 2010, pp.1051 et s.

où le chaos devient cloaque, au fond de la disparition ! Et c'est de là que je sors ! C'est de là que je remonte ! C'est de là que je ressuscite ! Et me voilà. Revanche ! »³⁸

10. Malgré cette évolution, la question reste encore totalement ouverte sur l'effectivité et sur l'étendue du droit à la liberté de recevoir. Sans aller jusqu'à revisiter l'ensemble d'une liberté artistique en mutation autour d'une seule raison d'être, le droit à la liberté de recevoir un message artistique doit émerger de manière à ce que les conditions de son épanouissement en fassent une partie intégrante et un allié de la liberté artistique. Cet essor dépasserait divers écueils liés à la spécificité actuelle du message artistique et à son rapport à la réception. En effet, si le message artistique est inextricablement lié à l'artiste, il se lie autant avec les récepteurs lors de sa diffusion. Il convient d'expliquer le choix de la notion de message artistique, objet de l'échange entre l'artiste et le récepteur (1). Ainsi, la spécificité du message artistique procède de deux facteurs qui mettent en évidence lors de l'échange, tant un aboutissement recherché par l'acte d'expression que de réception : la quête du sentiment (2) et la quête de la reconnaissance (3).

1) Le message artistique, objet de l'échange

11. « *L'activité créative* »³⁹ de l'artiste se détache *a priori* de toute idée de diffusion. Elle est un acte gratuit, libre de tout, dont le but premier est d'atteindre un idéal personnel. L'artiste le plus libre est celui qui fait fi de toute aliénation du public, d'idée de succès, pour se donner une « *liberté de choix dans les sujets* » et une liberté de créer « *selon son inspiration* »⁴⁰. La recherche artistique est donc sans commune mesure avec la recherche nécessaire à l'information. Etant originellement d'ordre personnel, la création artistique possède des liens étroits avec son créateur. L'artiste possède donc une maîtrise sur sa création que la volonté du récepteur ne saurait éroder. Cette maîtrise se comprend car l'art n'a pas la vérité pour objet. L'artiste n'a pas vocation à être un diffuseur de l'information. Il se place sur un plan différent. Il se sert de l'information pour endosser le rôle de spectateur des événements qu'il relate ou qu'il juge. Par principe, l'artiste n'a pas la vérité pour limite et l'information pour objectif. Le message

³⁸ **V. HUGO**, *L'homme qui rit*, Librairie Internationale, Paris, 1869, pp.281-282

³⁹ Voir en ce sens C.Cass., 1^{ère} civ. 3 nov. 1988, RIDA 4/1989, p.299, C.Cass., 1^{ère} Civ., 13 avril 1992, RIDA, 4/1992, p.149

⁴⁰ CA Paris, 19 mars 1947 : D. 1949, p. 20, obs. **H. DESBOIS**

artistique, « *émanation incessamment agissante de la faculté de créatrice de l'individu* »⁴¹ jaillit de la « *volonté productive* »⁴² de l'artiste « *vivant et maître de sa pensée* »⁴³.

12. L'information, quant à elle, n'a pas de propriétaire, de maître susceptible de la contrôler. Le débat d'idée qui s'y attache ne donne pas naissance à une forme protégeable. Les médias et autres acteurs de la liberté d'information qui possèdent une information vont avoir pour objectif de la faire partager. Il en va même de leur fonction⁴⁴. L'artiste peut, quant à lui, se limiter à une fonction créatrice ; l'œuvre de l'artiste n'est pas alors un message qui a vocation à être transmis. La création n'implique pas l'impérativité de sa réception par le public, malgré l'intérêt qu'il lui porte⁴⁵. On comprend que l'objectif de l'artiste est de protéger sa création avant toute idée de partage.

13. Le message se caractérise par sa vocation à être « *transmis à quelqu'un* »⁴⁶. Cette notion, par l'idée de transmission, envisage l'acte d'expression et de réception. La notion de message suppose donc à la fois la volonté de transmission et l'existence de destinataires potentiels. En effet, informer revient à « *faire savoir quelque chose à quelqu'un, porter quelque chose à la connaissance de quelqu'un* »⁴⁷. Cette définition, liée à l'idée de partage, envisage donc les deux acteurs de l'échange, celui qui s'exprime et celui qui reçoit. La notion de message se distingue donc de la simple notion de création. À la différence du message, la création se détache de toute idée de diffusion ; elle est le seul résultat de la mise en forme d'informations et d'idées par l'artiste. L'activité créatrice ne conduit pas à produire un message, mais une œuvre⁴⁸ ; elle n'a donc pas de destinataire. Ce n'est que lorsque l'artiste a la volonté de diffuser sa création, qu'elle devient un message en recherche de récepteurs. C'est donc à l'artiste, fort de son droit de divulguer l'œuvre au public⁴⁹, que revient le choix de faire de sa création un message à diffuser.

⁴¹ DP., 1903.1.5, Spéc. p.6, 2^e col., dans P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} édition refondue, Puf Droit, 2004, p.33

⁴² Voir Sirey, 1900.2.121, note R. SALEILLES, dans P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.33

⁴³ DP., 1903.1.5, Spéc. p.6, 2^e col., dans P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} édition refondue, Puf Droit, 2004, p.33

⁴⁴ Voir en ce sens, Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991, §50

⁴⁵ On voit au contraire, qu'au sein de l'arrêt *Stoll*, les juges recherchent « *l'intérêt du public à la publication* » d'informations qui n'avaient pas vocation à être divulguées. Dès lors, la liberté d'information, à la différence du cas de l'artiste, suppose la divulgation d'informations dans l'intérêt du public et contre l'avis du détenteur de ladite information. Cour EDH, *Stoll contre Suisse* (Grande chambre), 10 déc. 2007, §117 et s.

⁴⁶ Le petit Larousse 2009 « *message* », p.639

⁴⁷ « *Informer* », définition, II ; A., Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr

⁴⁸ « *Création* », définition, B, 2., Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr

⁴⁹ En ce sens, article L.121-2 du code de la propriété intellectuelle

L'existence d'un message artistique dépend donc de la volonté première de l'artiste d'user de sa liberté d'expression. Cette liberté influe inévitablement sur le droit à la réception. En effet, le droit de recevoir n'apparaît pas lorsque l'œuvre de l'artiste est à l'état de création, mais lorsqu'elle est devenue un message. Parler du droit de recevoir un message artistique dans cette étude revient à supposer qu'il découle, par principe, de la volonté première de l'artiste de s'exprimer. La notion message artistique contient l'idée que la réception s'effectue dans le respect premier de la volonté de transmission. Elle s'inscrit dans l'idée d'échange artistique, dans lequel l'artiste et les récepteurs ont des quêtes communes.

2) La quête de l'émotion

14. Si l'on peut prétendre que l'art se singularise, se radicalise, parallèlement il se démocratise. Les critiques contemporaines ne manquent pas de signaler que l'art, fait de sexe, de violence et de mauvais goût⁵⁰, concourt à « voir la société accepter une lente dérive de la moralité publique »⁵¹. Présupposer un tel caractère néfaste de l'art tend inévitablement à laisser penser qu'une invocation de la liberté d'expression ne serait « qu'un prétexte à cautionner des œuvres qui ne se peuvent créditer du qualificatif artistique »⁵². L'art, dans ses nouvelles émanations, emporte rapidement la critique et la recherche de censure. Pourtant, la problématique ne semble pas différentes des précédents historiques relatifs aux œuvres *Les fleurs du mal* de Baudelaire⁵³ et *Madame Bovary* de Flaubert⁵⁴. Néanmoins, les conceptions personnelles se diversifient, impliquant pour certaines un rejet même de la qualification d'expression artistique. Si cette tendance au rejet s'intensifie, elle trouve de plus en plus de mal à s'imposer à tous.

15. Il est loin le temps de « l'art pour l'art »⁵⁵, théorie du XIX^{ème} siècle, ou l'œuvre apparaît comme « un travail dégagé de toute préoccupation autre que celle du beau en lui-

⁵⁰ Le mauvais goût était invoqué par l'AGRIF à l'encontre d'un tract caricatural au profit de l'évènement La nuit de la sainte capote. **J. FRANCILLON**, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », note sous C.Cass. Crim., 14 février 2006, RSC 2006, pp.625 et s., p.625

⁵¹ **M.-F. DELHOSTE**, « Liberté d'expression et moralité publique : la pérennité d'un discours », RDP, préc., p.889 et s., p.896

⁵² *Ibid.*, p.897

⁵³ T. Corr. de la Seine, 6^{ème} ch., 20 août 1857

⁵⁴ T. Corr. de la Seine, 6^{ème} ch., 7 fév. 1857

⁵⁵ Le principal défenseur de la doctrine de L'art pour l'art est Théophile Gautier. La préface de son roman « *Mademoiselle de Maupin* » (1835) est considérée comme un manifeste au profit de l'art pour l'art.

même »⁵⁶. Le beau, dans son acception esthétique est ce « *qui fait naître un sentiment d'admiration, souvent mêlé de plaisir, par des qualités d'équilibre, de proportion qui assurent, dans une norme sociale donnée, en effet d'appréciation esthétique positive.* »⁵⁷. Rattacher l'art à la seule notion de beau emporterait une conception restrictive de l'expression artistique. Cette définition, quoique fondée sur sa reconnaissance par une norme sociale donnée, ne peut emporter l'adhésion de l'ensemble de la société. Une société véritablement démocratique se reconnaît à travers la diversité des normes sociales qui la composent et leur respect mutuel. L'appréciation de la qualité artistique et esthétique d'une expression est donc éminemment subjective et se rattache à l'émotion provoquée. Afin d'éviter ce premier écueil, le droit opère une protection de la création de l'artiste par une appréciation objective, dégagée de toute préoccupation d'ordre esthétique, artistique et moral. L'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle, pose le principe de la protection des œuvres de l'esprit indifféremment de leur mérite⁵⁸. Cette indifférence « *vaut d'abord pour l'opinion formulée sur la valeur esthétique de l'œuvre* » car, sans ce principe, « *il n'y aurait plus aucune sécurité juridique si l'on devait faire dépendre l'application de la loi au bon vouloir d'un juge érigé en critique* »⁵⁹.

16. L'artiste entreprend, non pas une recherche du beau, mais du sublime à travers le sentiment comme l'envisagerait Emmanuel Kant. « *Le sentiment du sublime tantôt s'accompagne de tristesse ou d'effroi, tantôt de tranquille admiration, et tantôt s'allie au sentiment d'une auguste beauté* »⁶⁰. L'artiste recherche à travers sa création la sublimation de sa pensée pour en faire ressurgir la représentation la plus à même de la matérialiser. Cette conception de l'art, non plus focalisée sur le beau qui n'a d'autre fin que l'art lui-même, est plus

⁵⁶ T. GAUTIER, *La revue des deux mondes*, vol. XIX, 1847

⁵⁷ Le beau, dans son acception esthétique est ce « *qui fait naître un sentiment d'admiration, souvent mêlé de plaisir, par des qualités d'équilibre, de proportion qui assurent, dans une norme sociale donnée, en effet d'appréciation esthétique positive.* » « Beau », Le grand Robert de la langue française, 2^{ème} édition, Tome 1. Le beau étant lié à la norme sociale, il ne peut être universel et conduit à sa subjectivisation.

⁵⁸ Le mérite se définit comme « *une valeur* ». Pour le de l'œuvre son mérite tiendrait à l' « *ensemble de qualités intellectuelles et morales* ». (Dictionnaire Le nouveau petit Robert de la langue française, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2006) L'article L112-1 du Code la Propriété intellectuelle énonce que « *les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ». La jurisprudence française a rappelé l'indifférence du mérite. Notamment, la Cour de Cassation affirme que la protection légale est « *indépendante de toute considération d'ordre esthétique ou artistique* ». Cour de Cassation, Civile 1^{ère}, 15 Avril 1982. Elle affirme de même le principe de l'acquisition de la protection du droit d'auteur indifféremment du mérite de la création. (A titre d'exemple : Cour de Cassation Assemblée Plénière, 7 Mars 1986, Cour de cassation, Crim. 13 Février 1969 affaire relative à des dessins humoristiques)

⁵⁹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} édition, p.68 n°71.

⁶⁰ E. KANT, *Observation sur le sentiment du beau et du sublime*, édition Vrin, 1969, p.19. On peut prendre pour exemple concret la vision affirmée au sein du film *Control* de Anton Corbijn (2007) sur la vie de Ian Curtis, chanteur du groupe *Joy Division*. Dans le film le chanteur affirme lui-même que sa musique n'a pas toujours pour objectif d'être belle.

propice à admettre que l'art a une vocation expressive. Pour Charles Baudelaire, ce n'est pas par la beauté, mais « *par le sentiment seul que vous devez comprendre l'art* »⁶¹. L'existence de l'expression artistique réside dans « *le désir de communiquer à d'autres certains sentiments et certaines pensées* »⁶². Le rejet de l'expression ou l'effroi ressenti par certains ne conteste pas la qualité artistique d'un message par l'absence de beauté, mais le conforte. L'art n'est donc pas qu'esthétique, il est aussi une formalisation de la pensée, un appel au ressenti d'émotions par une alliance « *de la forme et du contenu* ». « *...Comme la langue colore le contenu de l'écriture ou du discours, les formes artistiques colorent et, en réalité, aident à définir le produit de l'expression artistique* »⁶³. Une information, quelque émotion puisse-t-elle provoquer, n'est qu'un contenu qui doit rester le plus objectif et digne de crédit. Quant au message artistique, créé librement à partir de toute idée ou information, il s'en détache par sa mise en forme. À la différence de l'expression d'une information, qui prône la seule quête de la connaissance par le public, le message artistique marque ouvertement sa volonté de provoquer une émotion par sa perception.

17. La conception de l'art ne doit pas être restrictive et élitiste. Au contraire, elle doit s'accommoder des différentes formes et des contenus. Toutefois, la difficulté provient de la délimitation des frontières de l'expression artistique. En effet, la question se pose de savoir en quoi le message artistique se différencie d'autres expressions ? Les expressions artistiques transcendent tous les sujets que la liberté d'expression peut connaître. La Cour EDH le confirme, dès l'arrêt *Müller* : « *la liberté d'expression artistique (...) permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte* »⁶⁴. L'appréhension de la liberté artistique n'a effectivement pour but de donner une liste exhaustive des sujets que les artistes sont en droit d'aborder. Il n'y a aucun étonnement à voir que les contentieux relatifs à cette liberté laissent apparaître des expressions à vocations purement artistique⁶⁵, politique⁶⁶, militante⁶⁷, polémique ou publicitaire⁶⁸. Néanmoins, la

⁶¹ C. BAUDELAIRE, *Curiosité esthétiques*, Salon de 1846, « *Aux bourgeois* »

⁶² Cour Suprême du Canada, *Affaire de la Loi sur les questions constitutionnelles*, 31 Mai 1990, R.C.S. 1123, p.69

⁶³ *Ibid.*, p.68

⁶⁴ Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, §27

⁶⁵ Voir notamment : E. TREPPOZ, « *« La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur* », TGI Paris, 3^e Ch., 23 nov. 2005, *Gautel c. Mme Rheims*, D.2006, pp.1051 et s., E. TREPPOZ, « *« La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin !* », C.Cass. Civ. 1^e, 13 nov. 2008, D.2009, n°4, p.266 et s. ; A. TRICOIRE, « *Le droit pénal au secours du Ready Made : n'est pas Duchamp qui veut* », TGI Paris, 28^e Ch., 24 janv. 2006, *Pinoncely c. Centre national d'art et de culture Georges Pompidou*, D.2006, n°26, pp.1827-1832

⁶⁶ En ce sens : Cour EDH, *Lindon, Otchakowsky-Laurens, July c. France*, 22 oct. 2007 ; *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007

⁶⁷ En ce sens : Cour EDH Gde Ch., *Karatas c. Turquie*, 8 juil. 1999 ; *Leroy c. France*, 2 oct. 2008

profusion contemporaine des expressions artistiques pousse les artistes à bousculer continuellement les lois du genre, voire à les transgresser. Le danger réside dans l'idée que la couverture artistique serait un blanc-seing pour s'exprimer sur tout et offrir « *l'impunité* »⁶⁹ à l'artiste. De cette fonction dévoyée de l'expression artistique, émerge la critique que les artistes font plus que d'abuser de la liberté d'expression ; ils tentent de la pervertir⁷⁰. Dépraver « *l'une des libertés les plus précieuses de l'homme* »⁷¹, voici le vice de l'artiste.

18. L'éminence nouvelle de la liberté artistique semble impliquer une tolérance de la société envers l'artiste. Cependant, toute idée de tolérance s'effondre dès lors que la tentation présumée de l'artiste de corrompre la liberté d'expression déteint sur la réception. Pourtant, la dimension sociale⁷² du droit à la liberté d'expression impose que le droit de communiquer ne puisse se réaliser pleinement que s'il s'accompagne d'une réception effective⁷³. Notamment, l'article 10 relatif au droit à la liberté d'expression de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ci après CEDH) envisage tant le droit de « *communiquer* » que de « *recevoir* »⁷⁴. On pourrait supposer que le choix de la forme artistique n'est que d'une incidence mineure dans une approche globale de la liberté d'expression qui, de plus, « *transcenderait les supports qu'elle utilise* ». D'ailleurs, malgré l'affirmation de l'existence de la liberté d'expression artistique, la Cour n'a pas tiré les conclusions d'une spécificité du domaine. Selon l'arrêt *Müller*, « *la liberté d'expression artistique (...) entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant*

⁶⁸ Exemple : C.Cass., Civ. 1^e, *Sté GIP c/ Assoc. Croyances et libertés et a.*, 14 nov. 2006, pourvoi numéro 05-15.822, Juris-Data n°2006-035890

⁶⁹ **P. MBONGO**, « *Réflexion sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste* », CA Nîmes, 8 avril 2004, LP n°213, juil.août 2004, II, pp.85 et s.

⁷⁰ **M.-F. DELHOSTE**, « *Liberté d'expression et moralité publique : la pérennité d'un discours* », RDP, préc., p.897

⁷¹ **J. MORANGE**, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p.1

⁷² Le professeur Sudre évoque la dimension individuelle et sociale des libertés de la pensée au sein desquelles est comprise la liberté d'expression. **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} op.cit., p.509. Notamment, la Cour Interaméricaine des droits l'homme reconnaît explicitement la dimension sociale de la liberté d'expression. « *Freedom of expression has an individual and social dimension* ». Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 Février 2001, série C 73, §64

⁷³ La classification classique des droits fondamentaux semble encore trop renier la dimension sociale du droit à la liberté d'expression. On peut le remarquer, notamment et à titre d'exemple, dans la classification des droits au sein de l'ouvrage de Jean François Renucci. La liberté d'expression reste catégorisée au sein du chapitre sur les droits civils et politiques, droits de la première génération. Il n'en est plus question lorsque la question des droits à dimension sociale est abordée au sein des droits économiques et sociaux (Chapitre 2). **J.-F. RENUCCI**, *Traité européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 2007

⁷⁴ Article 10§1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Pour d'autres exemples la même référence se retrouve à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne du 7 décembre 2000. D'autres textes internationaux font référence au droit de « *recevoir* » et de « *répandre* », comme au sein de l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme des nations unies du 10 décembre 1948, de l'article 19 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne du 7 décembre 2000, de l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969. Il est aussi à noter que la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, ne fait une référence implicite à la réception en ce que « *toute personne a droit à l'information* » dans son article 9.

les diverses formes d'expression »⁷⁵. Or, comme l'a souligné M. le Professeur Morange, ce sont les supports « *qui déterminent la portée et les modalités de mise en œuvre* »⁷⁶ de cette liberté. Cette assertion n'est pas sans rappeler la pensée de Mac Luhan lorsqu'il énonce « *medium is the message* »⁷⁷. Cette affirmation, de prime abord absolutiste, démontre l'interdépendance du message, le contenu, et du *medium*, ou encore média, à savoir le contenant. Même si le simple contenu détaché de toute forme peut affecter la société, le moyen de transmission influence les effets lors de la réception. L'incidence de la forme artistique est bien souvent mal appréhendée. Elle conduit à une analyse du récepteur dénaturée, parfois dès sa qualification.

19. L'artiste est considéré comme le « *sujet actif* »⁷⁸ de la liberté d'expression car il en est l'initiateur. Les récepteurs, soumis à l'exercice du droit à la liberté d'expression première de l'artiste sont, quant à eux considérés comme des « *sujets passifs* »⁷⁹. Comme le présente M. le Professeur Morange, envisager la réception conduit classiquement à qualifier les récepteurs, ou « *receveurs* », non pas comme acteur de la liberté, mais comme des individus à protéger⁸⁰. Pour M. le Professeur Morange, « *les adaptations de la liberté d'expression liées aux personnes peuvent découler de la prise en considération de ces dernières en tant qu'acteurs* »⁸¹. Toutefois, il ne fait entrer dans cette catégorie que les personnes qui s'expriment. La prise en compte du récepteur n'aurait que « *pour finalité d'assurer la protection des individus* » par l'existence de « *limites à la liberté d'expression* »⁸². Considérés comme victimes potentielles de l'artiste, les récepteurs bénéficieraient plus largement de protection que de droits. Cette conception de la réception est dénaturante. Elle envisage les récepteurs sous le seul angle du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH. La relation entre l'artiste et les récepteurs partirait donc du postulat d'un conflit opposant le droit à la liberté d'expression aux droits d'autrui. Confiné dans l'idée que « *la liberté de chacun s'arrête là où commence celle d'autrui (...) (et que) la liberté de communiquer s'arrête là où commence la liberté de ne pas recevoir* »⁸³, l'autrui défini comme récepteur s'avère être celui qui n'entendait pas endosser ce rôle. Une telle conception a été confortée dès la décision de la Commission européenne des Droits de l'Homme, *X. Ltd. Et Y. contre Royaume-*

⁷⁵ Cour EDH, *Müller et autres c. Suisse*, préc., §27

⁷⁶ J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p.10

⁷⁷ H. M. MAC LUHAN, « *Understanding Media : The extensions of man* », Mentor, 1964, New York

⁷⁸ C. GEIGER « *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé* » (Thèse), Le droit des affaires propriété intellectuelle 25, Litec, 2004, p.57

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p.187

⁸¹ *Ibid.*, p.141

⁸² *Ibid.*, p179-180

⁸³ *Ibid.*, P187

Uni⁸⁴ ou par l'arrêt *Otto-Preminger Institut contre Autriche*⁸⁵. La première affaire était relative à un poème publié dans un périodique principalement destiné aux homosexuels, la seconde concernait un film devant être diffusé dans une salle de cinéma d'art et d'essais. Dans ces deux affaires, les juges ont retenu une conception abstraite du public née de la diffusion publique du message. Cette démarche souffre de deux critiques.

20. Elle opte pour une conception globalisante des récepteurs en un public, indifférenciés par le recours aux droits d'autrui. La question de la réception revient alors à une émanation de l'intérêt général. Cette conception est encore plus critiquable en matière artistique car la dimension émotionnelle du message conduit à la seule protection « *contre les expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui* »⁸⁶. Seulement, c'est une simple fraction de la population choquée incluse dans la « *masse anonyme et indifférenciée* »⁸⁷ qui constitue autrui⁸⁸. La seule existence d'une opposition au message devient source de restriction. Cette conception concourt à une aseptisation de l'art, une dévalorisation des sentiments et des émotions, pour que l'expression artistique soit tolérée par tous. La prise en compte du récepteur tend alors à « *permettre aux juges répressifs de protéger le sentiment moyen de la population* »⁸⁹. Les dangers de cette interprétation se font sentir car « *la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité* »⁹⁰. L'indétermination des récepteurs des messages artistiques se retrouve en porte à faux avec les tentatives de contextualisation de l'impact du message artistique⁹¹. C'est, de manière regrettable, aux expressions artistiques de se soumettre aux limites de « *l'esprit de tolérance et d'ouverture* » plutôt que de permettre leur exacerbation.

⁸⁴ Comm. EDH, déc., *X. Ltd. Et Y. contre Royaume-Uni*, 7 mai 1982

⁸⁵ On peut ici prendre l'exemple de l'affaire *Otto Preminger Institut*. La question de la réception est, en l'espèce, abordée de manière générale, reprenant l'idée du public en général composé de l'ensemble de la société : Elle prend en compte les conséquences de la réception au regard d'un public en tant qu'émanation de l'intérêt général de la société. Cour EDH, *Otto-Preminger c. Autriche*, 20 sept. 1994

⁸⁶ *Ibid.*, §49

⁸⁷ **P. WACHSMANN**, « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme* », Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, RUDH, 1994, Vol.6 n°12, pp.441 et s., P.447

⁸⁸ En ce sens le Professeur Morange estime que lors de diffusion dans un lieu public « *même si une minorité seulement était choquée par une annonce, il y aurait lieu de l'interdire* ». **J. MORANGE**, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p.188

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Cour EDH, *Young James et Webster c. Royaume Uni*, 18 oct. 1982

⁹¹ On peut voir comme exemple de ces tentatives les arrêts de la Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juillet 1999 et *Alinak c. Turquie* du 29 mars 2005. La Cour s'appuie notamment sur les conditions de diffusions pour mesurer l'impact de l'œuvre dans la société.

21. Cette seule analyse sous l'angle des récepteurs, en tant que sources de restrictions, fait oublier que la réception est, avant tout, une liberté protégée par l'article 10§1 de la CEDH. Ce paragraphe, considéré comme « *l'un des fondements essentiels d'une société démocratique* », protège le droit, pour l'individu, de « *recevoir sans entrave tout message qui lui plaît* »⁹² selon la Professeur Cohen-Jonathan, ou, tout du moins, « *que l'on consent à lui fournir* » selon la Cour EDH. Ainsi, que le droit à la réception permette à l'individu « *de capter plusieurs messages, choisir entre eux et à partir de ces expressions multiples de former son propre jugement, d'enrichir sa personnalité* »⁹³, fait de lui un révélateur de la garantie du pluralisme et de la diversité d'opinion. Cependant, cette affirmation, le plus souvent reliée à l'idée d'une information d'intérêt général, trouve plus de mal à s'affirmer en matière artistique en raison de son intérêt plus largement individuel.

22. L'existence d'un intérêt inhérent à la matière artistique peut être opposée. Comme l'exprimait Werner Jaeger, « *c'est par le truchement de l'expression artistique que les valeurs les plus hautes acquièrent une signification éternelle et une force capables d'émouvoir l'humanité. L'art possède la faculté illimitée de transformer l'âme humaine* »⁹⁴. Une telle mise en valeur est louable. Toutefois, l'appel aux sentiments que provoque l'expression artistique suppose que l'exercice de la liberté de réception se fonde avant tout sur le désir et non sur le besoin. Lié à son désir, l'Homme est inévitablement perçu différemment. Il devient l'homme « *égoïste, hédoniste, à la recherche de son seul plaisir ; sa préoccupation première, essentielle, c'est l'amour de soi, l'émerveillement de soi, la satisfaction de soi, et l'État est sommé d'y satisfaire* »⁹⁵. Dès lors, laisser prospérer le droit individuel à la réception du message artistique, c'est satisfaire plus largement « *l'homme du désir* » que « *l'homme des droits de l'homme* ». L'homme des droits de l'homme, selon Bernard Edelman, est celui qui veut « *la paix et non la guerre, la tranquillité et non la subversion, le paradis et non l'enfer de la passion* ». Quant à l'homme du désir, « *la transgression l'habite et il veut s'affranchir de toute contrainte, du temps, de l'espace, du sexe, du corps ; sa seule crainte est d'être entravé dans sa liberté* »⁹⁶. Si le récepteur est à protéger plus qu'à émanciper face à sa recherche de sentiments, c'est pour combattre « *une des illusions*

⁹² G. COHEN-JONATHAN, « *L'article 10* », p.365 et s., in « *La Convention Européenne des Droits de l'Homme : commentaire article par article* », L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT, Economica, 2^{ème} édition, p.365 et 373

⁹³ *Ibid.*, p.374

⁹⁴ W. JAEGER, *Paideia: la formation de l'homme grec*, traduit par A. et S. DEVYVER, collection Tel, Gallimard, 1964, p. 66

⁹⁵ B. EDELMAN, « *Naissance de l'homme sadien* », Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, Droits, n°49, 2009, pp.107-133, p.108

⁹⁶ *Ibid.*, p117-118

de la modernité » qui « consiste à considérer l'être humain comme un pur sujet, tout entier dans sa volonté, et doté d'une raison infaillible »⁹⁷.

23. Si la réception du message artistique est une liberté, elle se rattache à « une autonomie de la personne (...) où les bénéficiaires peuvent agir a priori comme ils l'entendent, exercer un pouvoir d'agir ou de ne pas agir »⁹⁸. C'est donc l'existence d'une volonté qui emporte le droit à exercer cette liberté⁹⁹ ; qu'elle soit fondée sur le désir ou la raison n'y changerait rien. Pourtant, c'est dans cette distinction que l'empreinte de la conception du récepteur, en tant qu'individu à protéger, ressurgit pour laisser en sommeil le droit à la réception. Lorsque c'est le désir qui commande à l'individu de recevoir une expression artistique, car potentiellement immorale ou subversive, il s'oppose à la raison, car le désir dénature, voire remet en cause la volonté. En effet, la volonté peut être définie comme la « faculté de l'homme de se déterminer, en toute liberté et en fonction de motifs rationnels, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »¹⁰⁰. Ainsi, l'homme possède une « disposition à agir (de manière) conforme aux exigences du devoir et de la loi morale »¹⁰¹. Quant au désir, il n'est qu'un « mouvement instinctif qui traduit chez l'homme la prise de conscience d'un manque, d'une frustration »¹⁰². Cette mise en opposition de l'instinct de l'homme et de son appel à la raison peut amener à la conclusion que « le désir n'est point la volonté; mais seulement une passion de la volonté »¹⁰³. L'homme de désir, enchaîné par ses instincts ne devient un homme des droits de l'homme que par « l'effort de volonté » qui fait primer sa raison sur ses aspirations instinctives, car « le désir est passif et impersonnel, la volonté est le type même de l'activité et de la personnalité, le caractère le plus éminent de l'homme »¹⁰⁴. On peut ainsi comprendre la frilosité envers le droit de recevoir ; une crainte d'accorder des droits à l'homme de désir et non à l'homme des droits de l'homme. Or, la volonté de recevoir un message artistique émane du désir individuel. N'y a-t-il pas lieu de défendre cette « tendance consciente de l'être vers un objet ou un acte déterminé qui comble une aspiration profonde (bonne ou mauvaise) de l'âme, du cœur ou de l'esprit »¹⁰⁵ ? Peut être que l'enjeu est là ; trouver l'équilibre entre le désir et la raison.

⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », D. 2008, n°1, Chronique pp.31 et s., p.38

⁹⁸ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Némésis, 3^e édition refondue, 2010, p.52

⁹⁹ En ce sens, *ibid.*

¹⁰⁰ Définition de « volonté », Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Définition de « désir », Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr

¹⁰³ J. DE MAISTRE, *Les Soirées de Saint-Pétersbourg ou Entretiens sur le gouvernement temporel de la Providence*, édit. Rodolphe de Maistre, Paris, 1821, Tome 1, p. 431

¹⁰⁴ V. COUSIN, *Cours d'histoire de la philosophie moderne*, 1846, Tome 2, p. 319

¹⁰⁵ Définition de « désir », Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr

Cette quête de sentiments, qu'elle s'inscrive dans la liberté de l'artiste ou dans le désir du récepteur, soulève déjà de nombreux problèmes. La réception du message artistique se distingue par l'apparition et la confrontation de différents acteurs qui cherchent à être reconnus.

3) La quête de reconnaissance

24. L'aboutissement de la quête de sens par l'artiste se retrouve dans la finalisation de l'expression artistique en tant que telle, diffusable. Elle est une satisfaction personnelle. Néanmoins, cette quête de l'artiste n'aboutit réellement que lorsqu'elle est confrontée au monde extérieur en vue d'une reconnaissance par autrui. Ainsi, les artistes recherchent un public capable de faire vivre leurs œuvres, ou pour certains, de les faire exister à travers leurs œuvres. Cette quête de reconnaissance incite l'artiste à rechercher un moyen de diffuser son message à l'ensemble le plus large d'individus. L'essor des techniques d'information et de communication renouvellent alors le débat sur l'exercice de la liberté artistique.

En effet, il y a de cela un demi siècle, Charles Aznavour s'imaginait faire « *du porte à porte* » pour enfin se voir « *en haut de l'affiche* » et ainsi « *conquérir Paris* »¹⁰⁶. Désormais, ce même artiste possède des pages sur les sites *myspace* et *facebook* où sont disponibles certaines de ses œuvres. Ses albums sont en écoute gratuite sur les sites *deezer* et *jiwa*. Ses vidéo-clips peuvent être regardés sur *youtube* et *dailymotion* notamment. Il n'en faudrait pas plus à Céline Dion pour dire « *que le temps d'avant, c'était le temps d'avant* »¹⁰⁷. Du moins, pour Charles Aznavour, le temps du porte à porte doit sembler bien loin. Il l'est tout autant pour une majeure partie des artistes. En effet, ces nouveaux moyens de communication permettent à tout un chacun de se prétendre artiste et de diffuser ses créations. L'art n'est plus un monde réservé aux professionnels, voire aux initiés, que ce soit pour les artistes, les diffuseurs, ou le public. La profusion des expressions artistiques sur l'ensemble des médias de masses est un fait acquis. Toutefois, « *si elle est parfaitement connue, l'évolution des techniques de communication a des incidences tellement diverses que l'on n'en mesure pas encore véritablement la portée* »¹⁰⁸. Tant la quête de sens que la quête de reconnaissance ou de visibilité de l'artiste, le pousse à rechercher

¹⁰⁶ Extrait de la chanson « *Je m'voyais déjà* », de Charles Aznavour, 1960

¹⁰⁷ Extrait de la chanson « *Pour que tu m'aimes encore* », de Céline Dion, Album *D'eux*, 1995

¹⁰⁸ J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p.7

l'excès, l'idée nouvelle qui le fera émerger de la masse. Tant d'idées que le droit a parfois du mal cerner, ce qui n'en fait qu'un correctif *a posteriori*¹⁰⁹.

25. Le droit a opposé une certaine réticence aux diffusions d'expressions artistiques en quête d'un « *public et cherchant à l'attirer* »¹¹⁰. Cette réticence s'est même transformée, dans la jurisprudence de la Cour EDH, en une peur excessive. La combinaison de la recherche d'un public par l'artiste et la conception d'individus à protéger du récepteur a conduit à des restrictions fondées sur la seule peur du caractère incontrôlable des médias. Une telle crainte ressort de l'arrêt *Wingrove* du 25 novembre 1996. En l'espèce, le requérant n'avait pas obtenu de visa pour son film *Vision of Ecstasy* car il était susceptible d'attenter au sentiment religieux des chrétiens. Le requérant a alors proposé, devant la Cour EDH, de restreindre la diffusion pour que son œuvre ne soit accessible qu'aux seuls adultes consentants et informés¹¹¹. La Cour a pourtant justifié l'interdiction de la diffusion du film car « *il est de la nature des films vidéo qu'une fois mis sur le marché, ils peuvent, en pratique, faire l'objet de copie, de prêt, de location, de vente et de projection dans différents foyers, ce qui leur permet d'échapper facilement à toute forme de contrôle par les autorités* »¹¹². Ainsi, toute volonté de restriction à la diffusion émanant du requérant s'avérait inefficace pour protéger les récepteurs contre la propagation du message artistique. La Cour EDH est allée jusqu'à estimer que le caractère offensant d'une œuvre pouvait se dégager de sa diffusion « *suffisamment publique* »¹¹³. L'artiste, pour vivre libre, devait vivre caché et à l'abri du public. Toute quête de reconnaissance et d'adhésion des récepteurs à son message était un jeu dangereux. Toutefois, cette conception ne correspond plus à la réalité de la diffusion, d'autant plus qu'elle dénigre les possibilités « *de diffuser dans un espace local, sectoriel ou global* »¹¹⁴. Elle laisserait donc régner une cacophonie instaurée par une opposition parfois fantasque¹¹⁵.

¹⁰⁹ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Le droit des affaires propriété intellectuelle 25, Litec, 2004, p.3

¹¹⁰ Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, §36

¹¹¹ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, §62

¹¹² Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, §63

¹¹³ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, §54

¹¹⁴ B. BLIN, Communication écrite sur « *Les nouveaux médias et la liberté d'expression* », *Actes du sixième colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme*, organisé par le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe en collaboration avec les Universités de la Communauté autonome d'Andalousie, Séville, 13-16 Novembre 1985 Direction des droits de l'homme, Martinus Nijhoff Publishers, p.193

¹¹⁵ Nous verrons au long de cette étude que de nombreuses décisions ont fondé une restriction à la liberté d'expression artistique, et par conséquent à la liberté de recevoir, en vue de la protection d'individus contre une œuvre qu'ils n'ont jamais eu à connaître ou encore d'individus qui avaient fait le choix de ne pas se soumettre à l'œuvre litigieuse.

26. La Cour EDH, depuis l'arrêt *Karatas* du 8 juillet 1999, a ouvert la voie de la contextualisation de l'échange artistique. En l'espèce, les juges ont relevé que la poésie est « *un genre qui par définition s'adresse à un public très restreint* »¹¹⁶, ce qui limite l'impact du message. On peut supposer que certaines expressions artistiques et leur public peuvent converger, voire être en adéquation. Ainsi, l'œuvre et le public qui lui est adapté se retrouvent moyennant la recherche de reconnaissance restreinte. Cette première mise en contexte de l'œuvre par rapport à son public, quoique maladroite, n'a pas été reprise, ni fait l'objet d'une consécration. Cette contextualisation, propice à l'alliance de la quête du sens et de la reconnaissance de l'artiste et des récepteurs, n'est encore qu'à l'état d'ébauche. Elle mérite d'être développée afin que l'ensemble des individus, qu'ils soient désireux de recevoir ou en demande de protection, ne soient pas oubliés.

27. Si l'ensemble des récepteurs doit être pris en compte, l'essor de ces moyens de communication ne doit pas laisser l'artiste de côté. En effet, faire ressurgir les droits du récepteur à la lumière de l'hyper-socialisation de la liberté artistique n'a pas pour but d'en faire l'acteur omnipotent. Une œuvre n'est pas qu'une expression, elle est aussi un produit particulier. Elle se distingue ainsi de l'information qui est « *de libre parcours* » et « *n'est pas appropriable en tant que telle* »¹¹⁷. L'œuvre, par sa mise en forme artistique, appartient en premier lieu à son auteur. Si l'on peut supposer qu'être « *Artiste n'est pas un métier, c'est un état* »¹¹⁸, reconnaître un message artistique, en tant que récepteur, c'est aussi reconnaître une dette envers lui. La création de l'artiste est donc à la fois une expression et une valeur, en d'autres termes une richesse « *intellectuelle* » et « *matérielle* »¹¹⁹. La réception du message artistique suppose, du moins, la gratitude née de l'expérience esthétique. En effet, si « *les arts consolident et enrichissent la liberté* »¹²⁰, l'artiste a droit, lui aussi, à s'enrichir. Pourtant, la culture du gratuit et de la réception à tout prix tend à faire primer l'intérêt économique du récepteur sur l'intérêt culturel de l'expression artistique. L'attitude consumériste implique que le récepteur ira plus largement choisir une œuvre gratuite même si elle est incomplète ou de qualité moindre que l'originale, que sa réception constitue ou non une atteinte au droit d'auteur.

¹¹⁶ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 8 juil. 1999, §52

¹¹⁷ C. GEIGER « *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé* » (Thèse), Le droit des affaires propriété intellectuelle 25, Litec, 2004, p.8

¹¹⁸ A. TRICOIRE, « *Le droit pénal au secours du Ready Made : n'est pas Duchamp qui veut* », D.2006, n°26, pp.1827 et s., p.1827

¹¹⁹ *Ibid.*, p.27

¹²⁰ Les artistes « *expriment l'opinion sur l'évolution de la société dans laquelle ils vivent, même si leurs opinions sont critiques vis-à-vis du système en place* » dans « *Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne* » Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 sept. 1973.

28. L'essor des techniques de communication, *a priori* allié de l'artiste dans sa quête de reconnaissance, a pris la forme d'un « *deus ex machina* » ou encore « *tyran inhumain et usurpateur* »¹²¹. Les expressions artistiques ne sont pas seulement reçues, elles se consomment. Les enjeux économiques en la matière deviennent primordiaux à l'heure où l'art entre dans un système où la philosophie serait *Money is the message*. La révolution numérique a permis aux œuvres de circuler de manière plus rapide et sans considération de frontières. La protection juridique de l'artiste, à travers les droits d'auteur, entre en conflit et se trouve bien souvent désarmée face à « *l'opinion publique entendant dénoncer les excès protectionnistes des propriétés intellectuelles* »¹²². Les attitudes du récepteur ont changé. L'avènement du numérique opère une extension remarquable des facultés de l'utilisateur qui voudrait les ériger en droit individuel.

Le piratage, le *streaming* et le *peer-to-peer* notamment, ont sorti les enjeux liés à la protection des propriétés intellectuelles du simple débat juridique pour entrer dans la sphère publique et le débat politique. L'art, désormais étiqueté « *Produit à consommer de préférence* » en toute légalité, ne convainc, ni l'opinion publique dans sa philosophie, ni les juristes dans son efficacité. La révolte de l'opinion publique à l'égard de la protection des droits d'auteur n'est pas sans rapprochement avec celle de Diderot contre la censure. Si les droits d'auteur étaient des soldats protecteurs de l'artiste l'opinion pourrait s'écrier ainsi : « *Bordez... toute vos (œuvres) de soldats, armez les de baïonnettes pour repousser tous les (récepteurs) (...) qui se présenteront, et ces (œuvres), pardonnez moi l'expression, passeront entre leurs jambes ou sauteront par-dessus leurs têtes, et nous parviendront* »¹²³. Le public est désormais en quête de reconnaissance et à la recherche de droits.

29. Paradoxalement, la finalité du droit d'auteur n'est pas la seule protection de l'artiste mais la protection de l'intérêt collectif du public¹²⁴. La fondamentalisation des droits d'auteur sous l'égide de l'article 1 Protocole 1 de la CEDH, notamment par l'arrêt *Balan contre Moldavie* du 29 janvier 2008, doit donc aboutir à servir les intérêts de tous. Pourtant, si cette protection ne convainc pas encore, c'est qu'elle révèle plusieurs maux. En premier lieu, la protection de principe des droits d'auteur en tant que droit fondamental au respect des biens n'empêche pas de relever sa part d'inadaptation aux nouveaux échanges artistiques. La conception française des droits d'auteur apparaît comme une protection tant économique qu'intellectuelle des œuvres de

¹²¹ *Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne*, Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 sept. 1973, préc.

¹²² C. GEIGER, Thèse, préc., p.3

¹²³ DIDEROT, *Sur la liberté de la presse*, dans J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p.101

¹²⁴ C. GEIGER, Thèse, préc., p.6

l'artiste. Le caractère complet de cette protection conduit à la critique de la seule défense de l'artiste, créant un contexte économique non favorable à l'échange. En outre, ce caractère si complet ne permet pas l'abandon, par l'artiste, d'une part de reconnaissance afin de tisser des liens plus étroits avec les récepteurs. En particulier, l'abandon de prérogatives économiques en vue d'une utilisation étendue par les récepteurs reste contesté. Le développement de protections alternatives, apprécié par un public qui y voit la promesse de nouveaux droits, à peine à séduire les partisans des droits d'auteur qui craignent un délaissement de l'artiste.

30. La question se pose alors de savoir s'il est toujours opportun de contenter le public et ses aspirations. En effet, les critiques sur la protection actuelle révèlent l'attitude symptomatique d'une opinion publique qui ne recherche que la satisfaction d'un intérêt individuel. La protection des droits de l'artiste apparaît généralement comme le moyen de brider des libertés individuelles qui sont pourtant méconnues ou simplement revendiquées. Si l'on oppose au récepteur que le téléchargement tue l'artiste ; il peut rétorquer qu'il participe à la sélection naturelle pour ne conserver que les meilleurs¹²⁵. Pour les plus jeunes, aller acheter un CD est comme aller chercher de l'eau au puits lorsque l'on a connu que le robinet. L'image actuelle du public est à l'inverse de la réalité de ses droits : il estime offrir à l'artiste le privilège d'être reçu.

Ceux qui reçoivent les expressions artistiques sont une nouvelle fois au cœur de la problématique de la liberté artistique. Non plus en tant qu'individus à protéger, ils sont envisagés comme une menace potentielle. Les récepteurs, regroupés en un public, apparaissent alors comme une source d'entraves à la liberté d'expression artistique et non comme des bénéficiaires. Le pouvoir de fait des récepteurs, ancrés dans le désir individuel, met à mal l'équilibre économique du domaine artistique et remet en cause l'exploitation classique des œuvres. La reconnaissance de droits au public se heurte donc à l'hostilité des tenants des droits d'auteur. Ils y voient une érosion de la protection de l'artiste déjà supposée servir l'intérêt du public. Ainsi, l'analyse de la dimension collective de la liberté de réception s'en tient à la recherche d'un intérêt abstrait qui fait fi des revendications individuelles.

31. Tout est donc destiné à faire des récepteurs le pire ennemi de la liberté d'expression artistique. Cette conception s'explique, même si elle est à renverser. En effet, lorsque le récepteur est en quête d'émotion, la reconnaissance du droit individuel à la réception est traditionnellement suspendue à l'opportunité de la réception collectivement entendue. Or, l'exercice du droit de recevoir n'entre pas toujours en conflit avec les droits des autres récepteurs

¹²⁵ <http://blogasty.com/billet/367893-le-telechargement-tue-t-il-vraiment-l-artiste--post>

potentiels et peut rester strictement individuel. En outre, si les récepteurs potentiels s'affrontent, la rivalité qui en ressort prend la forme, en principe, d'un conflit entre droits individuels, non entre un droit individuel et la protection générale du public. La simple communication au public du message entraîne bien souvent une globalisation des intérêts. Tous les récepteurs potentiels prennent la même place dans le conflit et le rapport entre eux est faussé. L'individu ne fait pas partie d'un public, il s'y confond avec autrui. La liberté de choix du récepteur est restreinte par la suprématie d'un intérêt collectif qui n'a, parfois, pas lieu d'être. Souvent, l'individu entend satisfaire de simples intérêts personnels sous couvert d'un intérêt collectif, qu'au fond, il met à mal.

L'intérêt collectif des récepteurs est instrumentalisé au nom du désir individuel et c'est donc une totale confusion qui règne sur le droit à la réception. La distinction entre les manifestations individuelles est collective du droit de recevoir sont souvent appréhendées de manière éronnée ou non suffisamment délimitée. Si souvent ces manifestations se confondent, parfois elles se distinguent. Et c'est par ce manque de distinction entre la dimension individuelle et collective que l'on assiste à un déni de l'individu ainsi qu'à une conception éronnée de l'intérêt collectif. La liberté de recevoir un message artistique a alors du mal à entrer dans ce « *droit moderne qui tente [...] de concilier les droits fondamentaux au lieu de favoriser leur conflit.* »¹²⁶. Il apparaît donc fondamental de faire la distinction entre la dimension individuelle de la liberté de recevoir un message artistique (Première Partie), et sa dimension collective (Deuxième Partie) pour obtenir une conception équilibrée de la liberté artistique.

¹²⁶ E. DREYER, « *La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique* », D.2006, pp748 et s., p.750

PARTIE I. LA DIMENSION INDIVIDUELLE DE LA LIBERTE DE RECEVOIR UN MESSAGE ARTISTIQUE

32. Les droits de l'Homme sont traditionnellement centrés sur l'individu. Dès son célèbre arrêt *Handyside*, la Cour EDH affirme l'importance de la liberté d'expression pour chaque individu¹. En effet, ce droit fondamental « *est avant tout un droit inhérent à la personne humaine* »². Le droit de recevoir ne dérogerait pas *a priori* à la règle. Le caractère individuel du droit à la réception est conforté par une lecture transversale de l'article 10 de la CEDH : « *Toute personne a droit à la liberté [...] de recevoir des informations ou des idées* ». Pourtant, l'existence même de la liberté individuelle de recevoir un message artistique, non inscrite dans la Convention³, n'a pas été consacrée par la jurisprudence européenne. L'analyse des juges s'entient, le plus souvent, à la caractérisation d'un abus dans l'exercice de la liberté d'expression de l'artiste à la lumière des impératifs de la société démocratique. La liberté individuelle du récepteur reste négligée et circonscrite à la tolérance première de l'ensemble d'une société qui daigne accepter le message. Or, « *bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité* »⁴. Néanmoins, le message artistique ne possède pas la même impérativité que l'information, imposant à l'évidence un droit à l'information du public⁵. Fondée sur le désir, la réception des messages artistiques relève avant tout du choix individuel. Avant d'être un droit, la réception est une liberté individuelle. L'ultime liberté, à l'égard du message artistique n'est pas de tout pouvoir recevoir, mais de choisir ce que l'on reçoit.

¹ « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* ». Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, §49

² P. BLACHER, « *Droits fondamentaux (classification)* », p.275 et s., dans, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, sous la direction de D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO, Dalloz, 2006

³ Notons que la liberté d'expression artistique n'est pas consacrée dans l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 déc. 2000, adaptée au 14 déc. 2007, entrée en vigueur au 1^{er} déc. 2009

⁴ Cour EDH, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, §63

⁵ , Cour EDH, *Lindon Otchakowsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, §62

33. La mise en valeur de la liberté individuelle ne tend pas nécessairement à obtenir un accroissement à tout prix du volume de la réception de messages artistiques par l'individu. Il faut avouer qu'une telle idée peut conduire à ébranler tout équilibre dans la liberté artistique. Si la liberté de recevoir se rattache ici à un message, c'est qu'il existe en amont une volonté de transmission de l'expression artistique. L'idée d'échange artistique ne saurait donc ignorer la volonté de sa réception. Cette dernière étant une liberté, sa garantie réside dans l'exacerbation de l'aptitude du récepteur à choisir les messages artistiques à titre purement individuel. Or, la liberté du récepteur, secondaire dans le temps, ne peut apparaître qu'après la volonté de diffusion du message. Elle ne saurait donc, d'emblée, être absolue. Elle ne peut se défaire de la mise en jeu concurrente de droits fondamentaux par les autres acteurs de la liberté artistique. Le récepteur, introduit de manière plus ou moins légitime dans l'exercice de la liberté artistique, n'accepterait pourtant que difficilement un recul de sa condition acquise de fait. Si le conflit règne, l'effort est à faire dans le jeu de la conciliation des droits avant que tout divorce ne soit définitivement prononcé entre le récepteur et les autres acteurs.

Nous définirons, dans un premier temps, le contenu de la liberté individuelle de recevoir (Titre 1) avant de la confronter, dans un second temps, aux droits individuels concurrents mis en œuvre (Titre 2).

Titre 1 : Le contenu de la liberté individuelle de recevoir

34. Sous l'effet de l'expansion et de la démocratisation de l'art, l'individu a acquis la possibilité d'accéder aux œuvres de manière strictement individuelle. Chacun est désormais plus à même de développer ses goûts, de se tourner vers certains types de messages artistiques et d'en répudier d'autres. La prise en considération de l'intérêt individuel à la réception devient inévitable. La liberté individuelle de recevoir un message artistique, dans la droite ligne de la conception de l'article 10 de la CEDH, se rallierait à l'idée que « *la pluralité d'opinions individuelles est à la source même de la liberté d'expression* »⁶. Cependant, l'existence d'opinions plurielles n'impose pas au récepteur de se confronter à chacune d'entre elles. Fondée sur le désir, la réception de messages artistiques ne doit pas s'ériger en contrainte.

35. L'accent mis sur les notions de droit et de liberté n'est pas sans conséquences. La liberté, « *moins pré-orientée qu'un droit* », laisse à son titulaire un usage plus large. Comme l'affirme M. le Professeur Levinet, il appartient au titulaire « *de mieux définir lui-même, par sa propre volonté, l'orientation finale - passagère ou définitive - de ce qui deviendra, une fois cet acte de volonté posé, un véritable droit* »⁷. Ce serait avant tout la liberté de l'individu d'exercer, en fonction de sa volonté, le droit de recevoir un message artistique. Le principe de « *l'autonomie personnelle* »⁸ garantit la volonté de choix de l'individu dans la façon de mener sa vie. La liberté de réception de messages artistiques s'inscrit dans cette volonté. Elle est une liberté qui garantit, en fonction du choix effectué par le récepteur potentiel, l'exercice du droit en cause. Cette action

⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} édition revue et augmentée., Collection droit fondamental, PUF p.492

⁷ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Droit et justice, Bruylant, Némésis, 3^{ème} édition refondue, 2010, p.52

⁸ Le principe de l'autonomie personnelle a fait l'objet de développements particuliers au sein des arrêts de la Cour européenne : Voir notamment, Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002 ; Cour EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002 ; Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005.

pour soi, sans effet direct sur les autres récepteurs⁹, laisse apparaître deux manifestations du droit à la liberté de recevoir un message artistique : le droit individuel de recevoir un message artistique (Chapitre 1) et le droit de ne pas le recevoir (Chapitre 2).

⁹ Les droits d'autrui peuvent limiter la liberté de recevoir au sens du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH. Néanmoins, dans le cadre de la dimension individuelle de la liberté de recevoir un message nous n'envisagerons pas la possibilité de restriction à la liberté de recevoir par le droit des autres récepteurs. En effet, cette liberté doit, dans un premier temps, se concentrer sur la personne du récepteur recevant une œuvre de manière personnelle et individualisée. Le droit des autres récepteurs n'entrera en jeu que dans le cadre de la dimension collective du droit.

Chapitre 1 : le droit individuel de recevoir un message artistique

36. Manifestation positive de la liberté de recevoir, ce droit entre en jeu dès que l'individu souhaite recevoir un message artistique. Il garantit et conditionne l'exercice de la réception en effet, le désir de réception conduit l'individu à un processus de réflexion, plus ou moins abouti, afin de prendre la décision de recevoir le message artistique. La seule réception ne suffit pas à démontrer un libre choix de l'individu. Ce serait oublié l'élément intentionnel qui précède l'exercice du droit de recevoir. Le désir est un élément subjectif et interiorisé. Il n'est pas en lui-même un élément de preuve de l'exercice du droit de recevoir. Alors, ce droit commande l'existence d'une volonté manifestée du récepteur. Toutefois, la volonté individuelle ne mène pas à l'acceptation d'un droit absolu à la réception. Elle, ne saurait conférer une immunité à l'artiste dans l'exercice de sa liberté d'expression. En effet, laisser une place de choix à la volonté de l'individu ne conduit pas nécessairement à s'abstenir de toute limite ou le priver de protection. Si l'intérêt purement privé de l'engagement à la réception se fonde sur la volonté de la personne (Section 1), elle reste relative (Section 2).

Section 1 : Un droit attaché à la volonté du récepteur

37. L'écrivain Marcel Jouhandeau avait écrit que « *l'originalité de l'esprit aussi bien que de la sensibilité, c'est d'esquiver l'évidence pour être sensible à ce qui risque de ne pas être remarqué* »¹⁰. Chaque individu possédant sa propre sensibilité, l'attention de chacun se porte sur des messages divers. Le choix individuel prend alors une particulière importance ; il dévoile une recherche de sensations personnelles à travers l'art. L'individu doit alors pouvoir prétendre à recevoir de son propre gré une œuvre que la société dans son ensemble commande de censurer. La jurisprudence relative à la liberté artistique ne s'est pourtant que trop peu intéressée à la situation du récepteur et à sa liberté de choix ; la question du droit individuel de recevoir est restée contingente. L'évolution de la liberté artistique s'effectue alors à la marge de la découverte du principe de l'autonomie personnelle. Or, la mise en avant de l'autonomie personnelle du récepteur trouverait sa justification dans l'autonomie de la volonté de l'individu à faire des choix, de marquer son consentement à la réception du message artistique. Si le droit individuel de recevoir n'intègre pas le principe d'autonomie personnelle (§1), son accueil permettrait de le clarifier (§2).

§1. Une jurisprudence indifférente à l'autonomie personnelle

38. Le manque de préoccupation envers le récepteur individuel s'explique car la principale jurisprudence relative à la liberté artistique est ancienne. Avant la découverte du principe de l'autonomie personnelle, la volonté du récepteur individuel était en submersion. La Cour EDH concentrait son analyse de la liberté artistique à l'égard du public en général, non du récepteur. Cependant, cette collectivisation des intérêts des individus composant le public met désormais la jurisprudence européenne en porte-à-faux avec ses développements relatifs à l'autonomie personnelle. Le temps a laissé place à l'instauration d'un réel malaise à l'égard du droit de la liberté de réception dans sa dimension individuelle, emportant parfois la négation de son existence. Le fait est que la Cour européenne a toujours eu peur de s'aventurer dans une

¹⁰ M. JOUHANDEAU, *Journaliers XX « jeux de miroirs »* (1965-1966), NRF, collection Blanche, 1973, Paris

conception individualiste du droit de recevoir. La Cour, qui a longtemps négligé la volonté du récepteur individuel (I), n'a pas su retirer tous les bénéfices de la découverte de l'autonomie personnelle pour consacrer le droit au libre choix du récepteur (II).

I. Un déni traditionnel de la liberté de choix du récepteur

39. Avant que la Cour EDH ne découvre le principe d'autonomie personnelle, le droit de recevoir souffrait d'un manque de reconnaissance de sa dimension individuelle. Dès la décision *N. contre Suisse*, la Commission EDH s'est posée la question, sans pour autant y répondre, de savoir si l'expression artistique bénéficiait, « *aux termes de l'article 10, d'une protection plus étendue que toute autre forme d'expression* »¹¹. La jurisprudence qui s'en est suivie a apporté une réponse négative. La Cour EDH n'accorde qu'une faible place à la volonté du récepteur individuel. La liberté de choix du récepteur était limitée car l'analyse des restrictions à la liberté artistique s'effectuait à l'égard du public dans son ensemble. Cependant, la position de la Cour EDH n'est pas celle de tous les juges. Une individualisation de l'exercice du droit de recevoir est donc recherchée, mais non consacrée. Derrière l'indifférence envers la liberté de choix du récepteur (A), se cachait des tentatives de sa reconnaissance (B).

A/ Une liberté non reconnue

40. L'arrêt *Müller* est relatif à un tableau susceptible de choquer certains individus en raison de son contenu sexuel présenté au cours d'une exposition publique. La Cour EDH a relevé que l'accès à l'exposition était libre, à savoir « *ouverte au grand public sans restriction* ». Elle s'est appuyée sur le fait que « *les organisateurs n'avaient fixé ni droit d'entrée ni de limite d'âge* »¹² pour justifier de la restriction à l'article 10. En outre, les juges ont souligné que « *les organisateurs (de l'exposition) n'avaient pas jugé utile d'avertir le public (...) de la nature le cas échéant provocante des œuvres exposées* »¹³. Ce manque d'information sur la nature du message supposait, selon les juges, que les spectateurs de l'exposition pouvaient être confrontés aux œuvres litigieuses sans l'avoir voulu. Le seul fait d'entrer dans une exposition accessible à

¹¹ Comm. EDH, *N. c. Suisse*, 13 oct. 1983, §9

¹² Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, §36

¹³ Commission EDH, *Müller c. Suisse*, 8 oct 1986

tous et sans condition ne pouvait donc être considéré comme un comportement indiquant la volonté du récepteur d'exercer son droit à la réception. Cette situation impliquait alors une analyse du conflit à la lumière de la réception collective par le public en raison de l'absence de certitude sur l'existence de volontés individuelles. Bien que non susceptible, à l'époque, de recourir à la notion d'autonomie personnelle, la Cour a semblé relever l'absence de consentement à la réception des œuvres incriminées. La Cour aurait ainsi estimé que les conditions de la réception ne faisaient ressortir aucun élément de nature à démontrer la volonté des individus à recevoir le tableau litigieux. La diffusion du message artistique touchait donc le grand public. Si l'analyse des juges n'était que peu approfondie sur le point du consentement individuel, en l'absence d'autonomie personnelle reconnue, elle laissait supposer, *a contrario*, que la preuve de la volonté du récepteur serait protectrice du droit individuel de recevoir.

41. Cette idée a pourtant été battue en brèche devant la Cour EDH quelques années plus tard. L'arrêt *Otto-Preminger Institut*¹⁴ en est la preuve. L'association requérante, ayant prévu de projeter un film susceptible d'heurter le sentiment religieux dans son cinéma, avait mis en place les modalités d'un contrôle préalable : le film était interdit au moins de dix-sept ans, une explication de la teneur du film avait été publiée dans un périodique et affichée dans divers vitrines de la ville, le visionnage du film était payant. L'association invoquait ainsi qu'il n'y ait « *aucun danger réel que quiconque se fût trouvé confronté sans l'avoir voulu à une œuvre choquante* »¹⁵. Les précautions prises laissaient une liberté de choix aux individus pour déduire leur volonté de recevoir l'œuvre en cause. Cette solution, largement soutenue par la Commission¹⁶, n'a pas convaincu la Cour.

La Cour EDH a justifié la restriction à la liberté artistique car le film représentait, « *à l'aune de la conception du public tyrolien, une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine* »¹⁷ et constituait « *une atteinte au sentiment religieux* »¹⁸. La Cour s'en est tenue à une analyse du film en cause à l'égard d'un « *public en général* »¹⁹. Une telle analyse se retrouve d'ailleurs dans l'arrêt *I.A.*²⁰. En l'espèce, la Cour a estimé qu'un livre, de style romanesque, que

¹⁴ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994

¹⁵ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, §53

¹⁶ La Commission a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention par neuf voix contre 5 concernant la restriction à la liberté d'expression et à treize voix contre une concernant la saisie du film. Commission EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 14 janv. 1993.

¹⁷ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §56

¹⁸ *Ibid.* §48

¹⁹ Cour EDH., *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, § 56

²⁰ Cour EDH, *I.A. c. Turquie*, 13 septembre 2005

les croyants pouvaient « *légitimement se sentir attaqués, de manière injustifiée et offensante* »²¹, par certains passages de l'ouvrage. La Cour inscrit, de manière critiquable, l'ensemble des croyants en tant que public d'une œuvre qui n'a été éditée qu'à deux milles exemplaires. Dans ces affaires, la Cour a éludé les conditions de diffusion qui permettant de rechercher l'existence d'un libre choix de chaque spectateur. Dans l'arrêt *I.A.*, le faible tirage du livre ne pouvait que minorer l'impact du message et non donner l'assurance d'une volonté des récepteurs. Cependant, dans l'arrêt *Otto-Preminger Institut*, la Cour a affirmé que ces informations permettaient au spectateur individuel de se faire une idée claire sur le message diffusé. Elle n'en a pas dégagé pour autant, à la différence de la Commission, l'éviction du danger que les personnes non consentantes soient confrontées au film. Les juges ont fait des informations préalables à la diffusion des éléments constitutifs du caractère offensant du message²². La Cour a ainsi marqué son indifférence envers la volonté individuelle d'exercer le droit de recevoir en détournant ces informations de leur objectif premier. Pourtant, l'opinion dissidente fournie par trois juges dans cet arrêt est particulièrement éloquente. Selon les juges dissidents, l'annonce publiée par l'association requérante devenait la preuve d'un consentement éclairé du récepteur individuel, porteur de sa liberté individuelle²³. Le raisonnement de la Cour, largement critiqué par la doctrine²⁴, met en évidence les méfaits de l'absence de reconnaissance d'une autonomie de la volonté du récepteur.

42. Ce déni de la dimension individuelle s'est poursuivi dans l'arrêt *Wingrove*²⁵. La Cour EDH, alors ancrée dans une politique d'autolimitation²⁶, a une nouvelle fois rejeté l'idée que les

²¹ *Ibid.*, §29

²² La Cour estime que « *le film avait fait l'objet d'une large publicité. Le public avait une connaissance suffisante de son thème et de ses grandes lignes pour avoir une idée claire de sa nature; pour ces motifs, la projection envisagée doit passer pour avoir constitué une expression suffisamment "publique" pour être offensante* ». Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §54. Une telle appréciation peut faire l'objet de critiques. Le Professeur Vouin estimait que « *le témoin volontaire, c'est-à-dire volontairement présent et consentant, ne constitue pas la publicité requise par la loi et peu importe alors que l'acte s'accomplisse en présence de plusieurs personnes, passives ou participant* ». **R. VOUIN**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, édition 1968, p.322

²³ Les juges estiment que la restriction n'était pas justifiée car les conditions de diffusions permettaient de protéger ceux qui pourraient être hostile au message de sa réception. Ils énoncent que « *Ces spectateurs eurent en outre suffisamment l'occasion d'être avertis à l'avance de la nature du film. Contrairement à la majorité, nous considérons que l'annonce publiée par OPI visait à fournir des informations au sujet de la manière critique dont le film traitait de la religion catholique romaine; en réalité, elle était suffisamment claire pour permettre aux personnes religieusement sensibles de prendre en connaissance de cause la décision de ne pas aller voir le film.* » Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., opinion dissidente commune à Mme Le Juge PALM, PEKKANEN et MAKARCZYK, §9

²⁴ Voir notamment : **P. WACHSMANN**, « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme* », RUDH, 1994, Vol.6 n°12, p.441

²⁵ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996

²⁶ En ce sens, **M. OETHEIMER**, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Thèse, 2001, Edition A. PEDONE, pp.37 et s.

informations préalables puissent fournir un consentement éclairé aux récepteurs. Dans cette affaire relative à l'interdiction de diffusion du film *Vision of Extasy*, la Cour n'a pas fait de ces informations une circonstance aggravante de l'offense. Toutefois, elle a refusé d'y voir des éléments de preuve de la volonté individuelle de recevoir un message artistique. La Commission avait pourtant estimé que les mesures envisagées par le requérant, pour ne permettre l'accès de son œuvre qu'aux « *seuls [...] adultes consentants* », suffisaient à réduire le risque qu'un individu voit le film malgré lui. Selon la Commission, ce ne serait pas la diffusion du film qui serait condamnable, mais sa diffusion en l'absence d'information préalable. Or, la Cour a estimé qu'une telle mesure était inopérante. Les juges ont ainsi relevé « *qu'il est de la nature des films vidéo qu'une fois mis sur le marché, ils peuvent, en pratique, faire l'objet de copie, de prêt, de location, de vente et de projection dans différents foyers, ce qui leur permet d'échapper facilement à toute forme de contrôle par les autorités* »²⁷. La Cour n'entendait donc tirer aucune distinction des différentes conditions de réception sur la volonté de recevoir.

43. La Cour ne s'est traditionnellement souciée que du public et non des individus qui le compose. Elle faisait découler le droit individuel à la réception du droit du public, de tout le public. Le pluralisme était réduit à l'hypothèse dérisoire d'un message homologué par l'ensemble de la société. Assurément, le principe de l'autonomie personnelle était le chaînon manquant pour apporter une effectivité au droit individuel de recevoir un message artistique. Cette position sévère de la Cour était pourtant critiquée en raison de l'absence de liberté de choix accordée au récepteur.

B/ Une liberté recherchée

44. Certains juges, désireux de rompre avec l'approche collective du public, ont recherché l'individualisation du droit de recevoir. Cette analyse approfondie, dans un but de protection de la liberté de choix du récepteur, n'a pourtant jamais reçu les faveurs de la Cour strasbourgeoise.

La jurisprudence nationale avait retenue une conception plus individualiste du droit de recevoir, avant même que ne soit consacrée la liberté d'expression artistique par la Cour EDH. L'exemple le plus marquant est celui de l'affaire relative au film *Je vous salue Marie* de Jean-Luc Godard. Le Tribunal de Grande Instance de Paris, dans un jugement du 28 janvier 1985, a

²⁷ *Ibid.* §63

mis en exergue que la diffusion de l'œuvre s'effectuait « *dans une salle où l'on se rend librement et volontairement* »²⁸. Ces conditions de diffusions laissaient apparaître ainsi la volonté « *du spectateur individuel qui prend l'initiative, en payant un billet d'entrée, d'engager un colloque singulier* »²⁹ avec l'œuvre. *A contrario*, la passivité du récepteur, qui n'aurait laissé que la réception du message comme preuve de sa volonté, n'aurait pu suffire. Ces actes du récepteur, relevés par les juges, devenaient l'expression de l'exercice individuel du droit de recevoir. Ils renfermaient la preuve d'une volonté de recevoir le message, guidée par des conditions de diffusion qui garantissaient une liberté de choix au récepteur.

45. La reconnaissance de la manifestation de volonté comme élément fondateur de l'exercice du droit individuel à la réception du message artistique était aussi recherchée dans l'affaire *Scherer*³⁰. Dans cette affaire relative à la projection d'un film à caractère pornographique dans un sex-shop, M. Scherer avait été condamné devant les juridictions allemandes. La Cour EDH, saisie de l'affaire, avait alors l'occasion de préciser le rôle de la volonté du récepteur, mais a opéré à une radiation du rôle³¹. Toutefois, l'affaire a laissé une importante place à la volonté individuelle de réception. Le tribunal de district de Zurich, dans sa décision du 27 juin 1984, a relevé que seul « *un nombre restreint de personnes* » qui connaissait l'existence du film en question « *et qui souhaitai(t) le regarder* » avait pu le visionner. En effet, le Tribunal a déduit la volonté de réception des individus à travers l'obligation « *de s'identifier* », « *de montrer sa carte de membre* » ou encore de « *payer un droit d'entrée* »³² avant tout visionnage. M. Scherer, à l'initiative de la diffusion du film litigieux, « *avait [ainsi] pris toutes les précautions nécessaires pour épargner à quiconque de se trouver involontairement confronté* »³³ à ce message. Par conséquent, le tribunal a estimé que la diffusion était licite en raison de son caractère non public.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ TGI Paris, réf., 28 Janvier 1985, *Association Alliance Générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne contre Godard*, n° Jurisdata : 1985-764695. Les juges ont eu un raisonnement similaire dans l'affaire relative à l'interdiction du film *La dernière tentation du Christ* de Martins Scorsese. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 27 septembre 1988, et la Cour de cassation dans son arrêt du 29 octobre 1990, s'appuient sur la circonstance de la diffusion dans une salle pour établir l'existence de la protection d'autrui contre la vision du film. Elle justifie alors la liberté de diffusion de l'artiste sur l'absence de préjudice à autrui.

³⁰ Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994

³¹ La radiation du rôle est intervenue à la suite du décès du requérant, emportant pour la Cour une solution au litige.

³² Tribunal de Zurich, 27 juin 1984, in Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, §7 et §10

³³ Trib. de district de Zurich, 27 juin 1984, en partie reproduite dans : Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, préc.

La diffusion était restreinte aux seuls spectateurs qui avaient fait le choix de recevoir l'œuvre³⁴. Cette qualification s'est confirmée par la décision du tribunal fédéral de Zurich du 20 septembre 1988. Le juge a estimé que « *la différence [entre l'affaire Müller] et l'affaire à juger aujourd'hui réside dans la circonstance qu'en l'espèce aucun adulte, contre sa volonté, ni aucun jeune n'a été confronté avec le film New York City* »³⁵. Telle une application par anticipation du principe de l'autonomie personnelle, le juge allemand a qualifié l'exercice individuel du droit de recevoir pour en dégager la liberté de choix du récepteur. Ainsi, l'individu, soumis au choix de s'engager dans la réception, était autonome dans sa volonté et pouvait, de manière individuelle, exercer son droit de recevoir. Or, les faveurs montrées pour la volonté individuelle du récepteur n'ont pas suffi, à l'époque, à faire échapper M. Scherer à une condamnation fondée sur la protection de la morale publique. La solution peut se comprendre. Cet arrêt, antérieur à la découverte du principe de l'autonomie personnelle par la Cour EDH, est marqué par une forte protection de la morale publique non encore relativisée en matière artistique. La liberté de choix de l'individu a, encore une fois, été mise en échec par une appréhension collective du droit de recevoir.

46. Ce déni de la dimension individuelle du droit de recevoir par la Cour EDH, qui a l'arrêt *Otto-Preminger Institut* pour emblème, a été fortement critiqué. Faute de prise en compte de la volonté du récepteur, la Cour s'était résolue à justifier les restrictions à la liberté artistique en raison de l'existence même de l'œuvre. Les critiques s'étaient rapidement élevées³⁶. En particulier, la remarquable opinion dissidente des juges *Palm, Pekkanen* et *Makarczyk* dans l'affaire *Otto-Preminger Institut* prend la forme d'un manifeste en faveur de la protection de la liberté de choix du récepteur. Les juges soutenaient que le droit de recevoir devait être pris en compte dans sa dimension individuelle. Ils ont affirmé, qu'à la différence de l'affaire *Müller*³⁷, les spectateurs avaient été « *avertis à l'avance de la nature du film* » de manière « *suffisamment*

³⁴ On retrouve un raisonnement similaire au sein de l'affaire américaine *Cablevision* (Cartoon network c. CSC Holdings) où « *la Cour estime en effet que, puisque Cablevision avait mis en place le système de lecture de telle manière qu'une seule personne (...) soit « en mesure » de recevoir la transmission effectuée à partir de sa voie de stockage, la représentation n'était pas « publique* ». **J. C. GINSBURG**, « *Droits exclusifs en déclin ?* » *Chronique des Etats Unis, RIDA*, oct. 2008, p.167-356, p.258

³⁵ Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, préc., §17

³⁶ Notamment, le Professeur Waschmann critique « *l'absence de prise en compte de la manière dont le public est mis en présence de l'œuvre litigieuse* », à savoir que « *la Cour ignore les précautions prises* » dans la diffusion. **P. WASCHMANN**, « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour Européenne des droits de l'homme* », note sous l'arrêt Cour EDH, *Otto Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, RUDH 1994, p.441

³⁷ Les juges énoncent que « *les peintures de M. Müller étaient accessibles sans restriction au grand public, de sorte qu'elles pouvaient être vues - et qu'en réalité elles le furent - par des personnes pour qui elles étaient incongrues* » Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, préc., §8

claire » pour « *prendre en connaissance de cause la décision de ne pas aller voir le film* »³⁸. Ainsi, « *ce n'est que si [la personne usant de sa liberté d'expression] omet de prendre les mesures nécessaires [pour protéger la liberté de choix], ou si celles-ci s'avèrent insuffisantes, que l'État peut intervenir* »³⁹. Les juges dissidents s'étaient placés sur le terrain de la volonté pour démontrer que seuls des individus consentants et avertis avaient assisté à la projection⁴⁰. L'accent était mis sur contrôle positif du consentement de l'individu.

47. Détacher le droit individuel de toute approbation collective, voilà ce que proposent ces exemples. Ils démontrent la volonté de garantir l'exercice du droit individuel de recevoir par le respect de la liberté individuelle de choix. Le contrôle extérieur de la volonté effectué, par les juges, permettait de distinguer le droit de recevoir du public en général et son acception individuelle. Toutefois, cette interprétation du droit de recevoir n'a jamais été reprise par la Cour EDH. La découverte du principe de l'autonomie personnelle était alors l'élément permettant une évolution en la matière. En effet, ce principe permettrait d'affermir le droit individuel de recevoir un message artistique par la consécration d'un droit au libre choix. Or, la Cour EDH a laissé ce principe à l'écart des développements relatifs au droit de recevoir.

II. Des développements jurisprudentiels à l'écart de l'autonomie personnelle

48. La conception traditionnelle du droit de recevoir apparaît désormais en contradiction avec la philosophie de sa nouvelle jurisprudence relative à l'autonomie personnelle ainsi qu'avec les interprétations de nombreuses autres juridictions⁴¹. Les arrêts de la Cour EDH *Vereinigung*

³⁸ *Ibid.* §9

³⁹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., opinion dissidente commune à Mme Le Juge PALM et MM. Les Juges PEKKANEN et MAKARCZYK, §7

⁴⁰ Les juges dissidents raisonnent par analogie avec l'arrêt *Müller*. Ils estiment que, contrairement aux faits de l'affaire *Müller*, les conditions de diffusions établies par l'association requérante permettaient un réel contrôle de volonté des participants à la projection. « *Contrairement aux peintures de M. Müller, le film devait être projeté à des spectateurs payants, dans un "cinéma d'art" qui servait un public relativement restreint, amateur de films expérimentaux. Il est dès lors peu probable qu'eussent figuré parmi eux des personnes non spécialement intéressées par le film.* » Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., opinion dissidente commune à Mme Le Juge PALM et MM. Les Juges PEKKANEN et MAKARCZYK, §9

⁴¹ Voir à titre d'exemple : Tribunal de Zurich, 29 sept. 1984, in, Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, préc. ; CIDH, *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 fév. 2001, série C 73 ; CA Paris, 27 sept. 1988, *A.G.R.I.F. et c. Martin Scorsese et autres*, Gaz. Pal., 1988, Jur. p.735.

Bildender Künstler, *Ulusoy*⁴² et *Alves da Silva*⁴³ et *Akdas*⁴⁴ offrent pourtant une valorisation contemporaine de la liberté artistique. Ces affaires tendent vers l'émergence d'une conception plus individualiste du droit à la réception. Cependant, ces affaires ne reviennent pas, de manière explicite, sur la question de l'autonomie de volonté du récepteur. L'autonomie personnelle n'a pas alors trouvé à s'appliquer en matière de liberté artistique alors qu'elle est retenue en matière de liberté sexuelle. Ne serait-il pas surprenant que l'individu possède une réelle autonomie de volonté pour pratiquer des actes sadomasochistes sans pour autant être capable de juger de l'opportunité de se soumettre à un message artistique en connaissance de cause ? Nul doute que oui, à moins que l'art ait des effets plus néfastes que les « *aiguilles* » et « *la cire brûlante* »⁴⁵ sur la personne. Et même si l'analogie peut sembler facile, rien ne justifie que le droit individuel de recevoir un message artistique soit subordonné à l'intérêt d'un public qui n'a pas « *pu être confronté sans l'avoir voulu à une œuvre (même) choquante* »⁴⁶. Le rattachement du principe d'autonomie personnelle au droit de recevoir est alors essentiel à la garantie de la liberté individuelle de choix(A). La relativisation de la morale en matière artistique apparaît comme les prémices de l'affirmation d'une autonomie de la volonté du récepteur (B).

A/ Un principe nécessaire à la garantie de la liberté de choix du récepteur

49. Le droit au libre choix de l'individu est essentiel pour que la réception du message artistique provienne du désir. Il impose que la notion d'autonomie personnelle transcende le domaine traditionnel du corps pour s'étendre aux activités portant leurs effets sur l'esprit de l'individu. Selon la Cour EDH le droit à l'autonomie personnelle consiste en « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend* ». Cette définition, de prime abord, sibylline, inclut « *la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant de nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* »⁴⁷. Ce « *droit au libre choix* »⁴⁸, contenu dans le principe de l'autonomie personnelle, ne s'en tient pas aux seules conséquences physiques sur la personne mais s'attache, plus largement, aux « *pratiques librement*

⁴² Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007 et Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007

⁴³ Cet arrêt est relatif à la plainte de certains téléspectateurs suite à la diffusion d'un programme télévisé engagé sur le rôle de la Suisse pendant la seconde-guerre mondiale. Cour EDH, *Alves da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009

⁴⁴ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

⁴⁵ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005, §13

⁴⁶ Arrêt *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., Opinion dissidente commune des juges PALM, PEKKANEN et MAKARCZYCK, § 9

⁴⁷ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, §66, Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005, §83

⁴⁸ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, op. cit.

consenties »⁴⁹. La référence aux actes moralement dommageables, effectuée par la Cour, permet d'envisager l'application de ce droit aux activités « *purement intellectuel(les)* »⁵⁰.

50. La Cour a confirmé cette conception extensive de la notion d'autonomie personnelle à travers le temps. Elle ne la cantonne plus aux simples « *droits relatifs au corps humain* », mais s'en sert pour « *enrichir l'interprétation de bien d'autres articles* »⁵¹. Le principe de l'autonomie personnelle est potentiellement applicable à la liberté de recevoir un message artistique. Il s'inscrit dans la définition de la liberté conçue comme « *un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même ses comportements personnels* »⁵². Toutefois, la doctrine a pu mettre en garde contre le « *risque de confusion* »⁵³ né d'une telle extension. Notamment, une scission du corps et de l'esprit dans le principe l'autonomie personnelle est encore contestée ou critiquée⁵⁴. L'aspect moral du principe ne tiendrait qu'aux limites de la dichotomie entre le corps et l'esprit. Mme la Professeure Fabre-Magnan démontre ainsi qu'« *il n'y a pas d'atteinte à l'intégrité corporelle qui ne soit, indissociablement, souffrance morale : ce n'est pas le corps isolément qui souffre, mais la personne dans sa totalité* »⁵⁵. Partant, l'aspect moral du dommage causé par un acte ne serait que le corollaire du dommage physique. Or, ce risque de confusion n'oblige pas à repousser toute idée d'une autonomisation de l'aspect moral de l'autonomie personnelle.

51. L'autonomie est à préciser afin de l'appliquer à la liberté individuelle de recevoir un message artistique comme une source de protection de l'intégrité morale du récepteur⁵⁶. En effet,

⁴⁹ **J. MOULY**, dans **M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD, F. TULKENS**, « *Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement* », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, N°48, 2009, pp.3 et s., p.4

⁵⁰ **G. CORNU**, « *Morale* », *Vocabulaire Juridique*, Association Henry Capitant, PUF, 8^{ème} édition, 2000

⁵¹ **J.-P. MARGUENAUD**, « *Le droit à l'autonomie personnelle* », dans, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, **F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET**, *Thémis droit*, PUF, 5^{ème} édition, 2009, pp.473 et s., p.480. Voir de même, *Cour EDH (Gde Ch.), Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janv. 2006

⁵² **J. RIVERO, H. MOUTOUH**. *Libertés publiques*. T. I. 9^{ème} éd. Paris : PUF, 2003, p.5. Dans le même sens, sur la proximité des notions d'autonomie personnelle et liberté individuelle :

⁵³ **J.-P. MARGUENAUD**, « *Le droit à l'autonomie personnelle* », dans, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc.

⁵⁴ En ce sens, le professeur Levinet parle, dans le cadre du domaine d'application de l'autonomie, de « *débordement intempestif* » (p.9). **M. LEVINET**, « *La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°49, 2009, pp.3 et s.

⁵⁵ **M. FABRE-MAGNAN**, « *Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale* », préc., p.32, note 3. Jean Carbonnier affirmait que le corps et la personne était inséparables, que le corps constituait la personne (**J. CARBONNIER**, *Droit Civil, Introduction*, Tome 1, PUF, 2002, p.17). Ceci avait pour objectif de montrer l'indissociabilité du corps et de l'esprit.

⁵⁶ La nécessité d'une protection de l'intégrité morale de l'individu avait déjà été évoquée, en droit interne, par Dominique Fenouillet : « *il serait trop réducteur de limiter la dignité à la protection de la personne en son corps.*

la reconnaissance de l'autonomie personnelle du récepteur s'inscrit dans la ligne directrice de la conception développée par M. le Professeur Marguénaud⁵⁷. Cette garantie accordée à l'individu se comprend comme une protection d'une « *autonomie de la volonté* »⁵⁸. Elle lui confère ainsi le droit d'effectuer des actes conformes à son identité, à sa propre morale, même s'ils lui sont préjudiciables. Placée au centre du droit au développement personnel⁵⁹, la volonté de l'individu de recevoir un message artistique en devient une acception culturelle⁶⁰ et identitaire. Une telle conception s'ancre dans l'idée que la société démocratique se nourrit de « *développements*

La dignité de la personne doit prévaloir aussi à l'égard de la personne en son âme. La dignité de l'être humain ne réside-t-elle pas dans sa faculté de penser, de parler, dans sa conscience ? L'article 16 n'offre-t-il pas ainsi, en quelque sorte, le fondement textuel, qui manquait dans le Code civil, à tout le statut protecteur de l'intégrité morale de la personne ? » **D. FENOUILLET**, Jurisclasseur Civil, Art. 16 à 16-2, Fasc. 10, p. 12, n° 51

⁵⁷ **J.-P. MARGUENAUD**, « *Le droit à l'autonomie personnelle* », dans *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit. Il y distingue deux formes d'émanation de l'autonomie personnelle au sein du concept plus général du « *droit à l'épanouissement personnel* ». Dans un premier temps, cette dernière peut être « *circonscrite à des questions de choix concernant son propre corps et de droit d'en disposer* ». Dans un second temps, l'autonomie personnelle serait une garantie du droit à un libre choix en matière de développement personnel. L'autonomie accordée à la personne en tant que récepteur individuel relève de cette deuxième hypothèse. Voir de même sur la question, **M.LEVINET**, « *La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°49, 2009, pp.3 et s., p.10-11-12.

⁵⁸ L'idée d'autonomie de la volonté a déjà été utilisée par Muriel Fabre-Magnan dans son article « *Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale* », préc.. Cette notion pourrait parfaitement cadrée avec l'acception particulière de l'autonomie personnelle au sein du droit au développement personnel. En effet, l'idée de volonté paraît appropriée au choix que fait l'individu en vue de son propre développement. La volonté se définit comme une « *disposition mentale ou acte de la personne qui veut* » (Volonté, Le Petit Robert, 1993, Les dictionnaires le Robert). Il n'est pas à nier l'idée de volonté au sein de l'autonomie personnelle lorsqu'elle a rapport au corps. Néanmoins, les atteintes consenties par un individu à son intégrité physique peuvent être perçues comme un acte volontaire comme au sein de l'affaire *K.A. et A.D.* (Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005) ou comme une nécessité, notamment en matière de conversion sexuelle (Voir Cour EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002). En matière de développement personnel, et plus précisément de droit de recevoir, la volonté est au centre de l'autonomie accordée à l'individu. L'individu est alors disposé mentalement à recevoir ce qu'il souhaite. La volonté se traduit par « *une décision effective conforme à une intention* » (Volonté, Le Petit Robert, 1993, Les dictionnaires le Robert).

⁵⁹ Notons que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a condamné le Chili pour violation de l'article 13 relatif à la liberté d'expression en raison de l'interdiction de diffusion du film *La dernière tentation du Christ*. L'un des requérants avait fondé son argumentation sur le préjudice moral relatif à son développement intellectuel en raison de l'impossibilité de voir le film. « *The judgment that prohibited the exhibition of the film caused him a moral prejudice and impaired his intellectual development, because, owing to the censorship that was imposed* ». De plus, la réforme de la censure, en cours au moment de l'affaire, met en avant l'autorégulation face au choix de la soumission au message artistique. « *The final paragraph of the draft replaces prior censorship by a classification system in which the client of cinematographic exhibitions chooses whether he wishes to view this type of spectacle, in accordance with the principle of self-regulation and freedom*. » (Traduction personnelle: Le paragraphe final du projet remplace la censure préliminaire par un système de classification dans lequel le client d'expositions cinématographiques choisit s'il souhaite voir ce type de spectacle, conformément au principe d'autorégulation et de liberté.) CIDH, *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 fév. 2001, série C 73

⁶⁰ Pour exemple, l'Article Premier de la déclaration sur le droit au développement adoptée par l'Assemblée Générale du Haut commissariat aux droits de l'homme, dans sa résolution 41/128 du 4 décembre 1986 énonce que : « *Le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement [...] culturel [...] dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, et de bénéficier de ce développement.* » La Convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de Paris du 20 octobre 2005 affirmant sur l'importance de la vitalité des cultures « *liberté de créer, diffuser et distribuer leurs expressions culturelles traditionnelles et d'y avoir accès de manière à favoriser leur propre développement.* » p.2

différents » et « *complémentaires* » « *sans pour autant être uniformes* »⁶¹. Elle assure la liberté de choix de l'individu⁶² dans ce qu'il souhaite se procurer comme sensations à travers la réception de messages artistiques.

52. L'autonomisation de l'aspect moral de l'autonomie personnelle a, d'ailleurs, été entreprise par la volonté de certains juges européens⁶³ et par l'arrêt *Goodwin*⁶⁴ de la Cour EDH. En outre, la pénétration de l'autonomie personnelle dans les développements relatifs à l'article 11 de la CEDH apporte la preuve de l'applicabilité de la notion aux questions identitaires, relevant du fort intérieur de l'individu. Dans son affaire *Tourkiki Enosi Xanthis*, la Cour a affirmé le rôle de l'autonomie personnelle dans « *le droit de chacun d'exprimer [...] ses convictions sur son identité ethnique* »⁶⁵ et par conséquent, le droit pour chacun de les recevoir⁶⁶. En l'espèce, rattachée à l'article 11 en tant que *lex specialis*, la notion d'autonomie personnelle s'intègre donc bien à la liberté d'expression⁶⁷ de chacun. La jurisprudence relative au droit à l'information et notamment l'arrêt *Monnat*⁶⁸, avait d'ailleurs affirmé le droit individuel de recevoir une information. Il résultait de cet arrêt la nécessité de protéger le droit de ceux qui

⁶¹ L'Unesco et la question de la diversité culturelle : bilans et stratégie 1946-2000 http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=2941&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁶² Pour une critique de cette extension : M. LEVINET, « *Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement* », préc., p.35 et M. LEVINET, « *La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme* », Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, 2009, pp.3 et s.

⁶³ On peut voir l'opinion dissidente des juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS et PELLONPAA au sein de l'affaire Cour EDH, *Odièvre c. France*, du 13 février 2003 (Grande Chambre). Les juges dissidents souhaitaient voir reconnaître au sein de la notion d'autonomie personnelle un droit à l'identité.

⁶⁴ Au sein de l'arrêt *Goodwin* (Cour EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 Juillet 2002), la Cour raccroche la notion d'autonomie personnelle à une question de l'ordre de l'identité, de l'esprit de l'individu et non pas du corps. En effet, les juges utilisent cette notion pour justifier un revirement de jurisprudence relatif à la modification de la mention de sexe à l'état civil. L'opération ayant déjà été effectuée, et non interdite, le recours à l'autonomie personnelle n'avait pas pour but de justifier la décision de l'individu de changer de sexe sur le plan purement physique. La question s'était déplacée sur l'identité de la personne. L'autonomie personnelle intervient dans le but d'une reconnaissance juridique du changement de sexe pour que le sentiment qu'éprouve un sujet de morphologie sexuelle normale d'appartenir au sexe opposé cesse. La Cour relève ainsi que la requérante est face à des « *sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété* » (§77) et que la reconnaissance juridique de sa situation participe à ce que « *la personne transsexuelle se rapproche autant que possible du sexe auquel elle a le sentiment d'appartenir réellement* » (§78). En définitive, l'appel à la notion de l'autonomie personnelle au profit de la reconnaissance juridique du transsexuel a pour but d'éliminer toute souffrance morale de l'individu. Ainsi, le Cour applique cette notion à une question relative à l'intégrité morale de manière autonome.

Cependant, il pourrait encore nous être rétorqué que l'arrêt *Goodwin* n'est que la régulation sur le plan de l'intégrité morale d'un problème d'ordre physique préalablement réglée, ce qui reviendrait à retenir l'indissociabilité du corps et de l'esprit au sein de la notion d'autonomie personnelle.

⁶⁵ Cour EDH, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, 28 mars 2008, §56. Concernant l'application de l'autonomie personnelle à l'article 11, voir aussi, Cour EDH, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, préc.

⁶⁶ La Cour énonce que : « *aussi choquants et inacceptables que peuvent sembler certains points de vue ou termes utilisés aux yeux des autorités, leur diffusion ne saurait automatiquement s'analyser en une menace pour l'ordre public et l'intégrité territoriale d'un pays* », Cour EDH, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, préc., §56

⁶⁷ Rappelons que la notion de liberté d'expression comprend l'activité de communication et de réception.

⁶⁸ Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006

souhaitent recevoir une information contre ceux qui s'en plaignent⁶⁹. La Cour privilégiait alors la volonté de l'individu sur le manque de tolérance d'autrui susceptible « *d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir* »⁷⁰. Plus largement, l'autonomie personnelle s'imisce dans l'ensemble des libertés de la pensée des articles 9, 10 et 11 de la Convention. Les articles 8 à 11 procédant d'une même logique⁷¹, son application s'ancre dans la dialectique de la jurisprudence européenne.

53. Une telle émanation se retrouve en droit français. À titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a affirmé en matière audiovisuelle, dans un considérant de principe, que « *l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs, qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions* »⁷². Par ce considérant, le Conseil constitutionnel a reconnu une liberté de choix aux récepteurs des expressions protégées par l'article 11 relatif à la liberté d'expression de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

54. L'autonomie personnelle est l'élément primordial pour la garantie du droit de recevoir un message. Elle procure à l'individu, en amont, une liberté de choix effective de réception des messages artistiques ; la liberté d'entreprendre une activité d'ordre intellectuel et personnelle avec le message de l'artiste. L'autonomie personnelle intervient donc pour garantir la liberté de choix dans l'acte décisoire de réception⁷³. L'individu peut ainsi se tourner vers des œuvres qui reflètent le mieux sa personnalité, s'en nourrir en vue de son épanouissement et de son

⁶⁹ La Cour estime d'ailleurs que la simple admission de plaintes par l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision concernant un reportage constitue une censure qui incite un journaliste à ne pas se livrer, ce qui restreint, en aval, le droit de recevoir. La Cour préfère laisser se réaliser le droit de recevoir au mépris du préjudice occasionné par ceux qui ne souhaitaient pas se confronter à un tel message. Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006, §70

⁷⁰ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, 19 fév. 1998

⁷¹ Voir **P. WACSHMANN**, *Les droits de l'homme*, Connaissance du droit, Dalloz, 4^{ème} édition, p.94

⁷² Ce considérant de principe se retrouve notamment dans les décisions : Conseil Constitutionnel, n°86-217,DC, *Liberté de communication audiovisuelle*, 18 septembre 1986, ou plus récemment, Conseil Constitutionnel, n°2000-433, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication*, 27 Juillet 2000. De plus, Karine Favro met en avant dans sa thèse que l'individu dans un rôle particulier de téléspectateur exerce un réel choix dans les faits. Ainsi « *Le choix télévisuel des téléspectateurs est conditionné par le contenu du message audiovisuel, et non par la chaîne qui le dispense* ». **K. FAVRO**, *Téléspectateur et message audiovisuel : contribution à l'étude des droits du spectateur*, op.cit., p.2

⁷³ Décisoire : « *qui est posé par une libre décision de l'esprit* ». Source. <http://www.cbtrl.fr/lexicographie/>, définition n°2

développement personnel⁷⁴. Néanmoins, la liberté de choix ne peut être effective qu'en dépassant l'écueil de la protection classique de la morale.

B/ Une reconnaissance implicite découlant la relativisation de la morale

55. L'article 8 de la CEDH, domaine de prédilection de l'autonomie personnelle, et l'article 10, énonçant le droit à la liberté de recevoir, ont pour limite la protection de la morale dans leur deuxième paragraphe. En matière de liberté artistique, les précédents des affaires *Müller, Otto-Preminger-Institut* et *Wingrove*⁷⁵ ont mis en exergue une protection accrue de la morale⁷⁶. L'impossibilité de dégager « *une conception uniforme* »⁷⁷ de la morale conduisait à opter pour sa conception dominante. La dimension individuelle de la liberté de réception était alors absorbée par la prédominance de l'intérêt général, du moins d'une majorité. Cette interprétation, favorisant l'uniformisation contestable des valeurs morales, n'est plus en adéquation avec la découverte du principe de l'autonomie personnelle. En effet, si la morale a pour but « *de contrarier l'instinct immédiat de l'homme, pour l'amener à se dominer dans un but de perfectionnement individuel* »⁷⁸, la logique de la société démocratique ne peut abandonner ce perfectionnement à un modèle unique.

56. L'autonomie personnelle peut être conçue comme un fondement du pluralisme moral⁷⁹. Ainsi, « *le respect de consciences individuelles multiples, caractérisées par un contenu*

⁷⁴ La Cour suprême du Canada a largement mis en avant l'idée d'un épanouissement personnel par la réception des idées, notamment artistiques. Elle estime que « *la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante, tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.* » (*Irwin Toy Ltd. c. Québec* (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927). Dans l'affaire *College royal (Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232), la Cour a considéré que l'expression ainsi réglementée était de telle nature que sa restriction se situait en deçà d'une atteinte des plus graves à la liberté d'expression, « *étant donné que la restriction ne touchait ni la participation au processus politique ni la possibilité pour un particulier de s'épanouir sur le plan spirituel ou artistique* ». Affaire citées in Cour Suprême du Canada, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697

⁷⁵ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, Cour EDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996

⁷⁶ Philippe Jestaz a défini la morale ainsi : « *La morale se propose de diriger les conduites humaines selon un système de valeur* » **P. JESTAZ**, *Le Droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 1991, p.30. Elle peut encore être défini comme « *un ensemble de règles de conduite considérés comme valables, de façon absolue* » Dictionnaire le Nouveau Petit Robert, 2009, « morale », p.1634

⁷⁷ Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 déc. 1976, Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc.

⁷⁸ **F. VIANGALLI**, « *Le consentement à la violence et la règle violenti non fit injuria dans la responsabilité civile* », Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, 2009, pp.29 et s., p.44

⁷⁹ **P. MUZNY**, « *Approches théoriques du pluralisme* », pp.14 et s., p.25, dans, **LEVINET M.** (sous la direction de), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruylant, 2010

pléthorique favoriserait le développement du pluralisme moral »⁸⁰. Le développement de ce principe par la Cour EDH a permis d'entamer une certaine relativisation de la protection de la morale. La jurisprudence de la Cour fait référence à la morale en tant que « *domaine* ». Ce dernier peut comprendre, par exemple, « *la morale chrétienne* »⁸¹. Les juges ont été confrontés à la difficulté de la notion en raison de ses caractères évasifs et fluctuants, sachant que la morale peut « *même varier au sein d'un seul pays* »⁸². La Cour de Strasbourg a érigé la notion de morale en une norme de valeur variable spatialement et temporellement qui se veut protectrice des droits d'autrui. Toutefois, l'« *époque (est désormais) caractérisée par une évolution profonde des opinions* »⁸³ en la matière. Les valeurs morales varient même entre les individus.

L'exemple marquant reste celui la différence d'appréciation entre les affaires *Laskey Jaggard et Brown*⁸⁴ et *K.A. et A.D.*⁸⁵, toutes deux relatives aux pratiques sadomasochistes. Dans la première affaire, la Cour n'avait pas jugé nécessaire d'apprécier les pratiques privées des requérants au regard de la morale. Néanmoins, cette dernière ressurgissait en raison de l'affirmation de la Cour d'un « *droit de l'État de chercher à détourner de l'accomplissement de tels actes au nom de la morale* »⁸⁶. L'État conservait, en toute légitimité, un rôle moralisateur sur les individus. Or, huit ans après, dans l'affaire *K.A. et A.D.*, la position de la Cour fut tout autre. Les juges, ne faisant plus aucune référence à la morale, sont allés jusqu'à l'écarter des buts légitimes invoqués par le Gouvernement. Alors, la notion d'autonomie personnelle devient un instrument pour « *libér(er) de l'emprise morale* »⁸⁷ la jurisprudence de la Cour EDH. On assiste ainsi à un net recul de la protection généralisée de la morale au profit d'une réflexion sur l'intégrité morale de la personne en matière de pratiques individuelles.

57. La mise en jeu de l'autonomie personnelle distingue alors entre la protection de la morale, qui se rapporte classiquement à la morale publique, et l'intégrité morale⁸⁸ relevant de l'individu. Il n'est donc pas question de nier le rôle de la morale, mais d'en amoindrir son impact dans l'exercice individuel d'une liberté. Le respect dû à l'individu, à sa liberté de pensée⁸⁹, implique « *en conséquence le principe de neutralité de l'État envers les convictions morales et*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., §48

⁸² Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §50

⁸³ Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., Cour E.D.H. *Müller et autres c. Suisse*, préc.

⁸⁴ Cour EDH, *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni*, 19 fév. 1997

⁸⁵ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Royaume-Uni*, 17 fév. 2005

⁸⁶ Cour EDH, *Laskey Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, préc., §55

⁸⁷ **J.-P. MARGUENAUD**, « *Sadomasochisme et autonomie personnelle* », RTD Civ. 2005, pp.341 et s.

⁸⁸ Voir en ce sens, Cour EDH, *Tysiack c. Pologne*, 20 mars 2007 ; Cour EDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010

⁸⁹ La liberté de pensée est protégée par l'article 9 de la CEDH

politiques »⁹⁰. Il impose, de même, un certain respect des « *conception(s) de la vie* »⁹¹ de chacun. Se concentrer sur la personne individuellement impliquée dans la réception d'un message artistique incite fortement à relativiser les restrictions émanant des valeurs morales communes. L'autonomie de volonté de l'individu est le vecteur du droit de recevoir un message artistique conforme à sa conception de la morale. Cependant, selon M. le Professeur Sudre, la Cour EDH n'aurait pas à retenir de droit d'avoir des convictions concernant les préférences culturelles⁹². La Cour n'avait effectivement pas retenu d'obligation positive de l'État visant à se conformer aux préférences culturelles des parents en matière d'éducation dans l'affaire linguistique belge⁹³. Or, lorsqu'il est question de droit individuel à la réception de messages artistiques, la position doit être différente. Tout d'abord, parce que la conviction du récepteur ne se rattache pas au caractère culturel du message mais, au contenu qu'il renferme. Ensuite, parce que l'individu ne prétend qu'au respect de ses préférences et de sa liberté de choix. Ce respect n'impose donc qu'une obligation d'abstention de l'État à l'égard des choix de l'individu.

58. Le respect du droit au choix en fonction des conceptions individuelles des préférences artistiques s'inscrit dans la conception que se fait la Cour EDH des libertés. Ce respect de l'individu dans ses valeurs morales et dans l'opinion qu'il souhaite se créer⁹⁴ s'accorde aux principes de « *pluralisme, (de) tolérance et (d) esprit d'ouverture* »⁹⁵, valeurs cardinales de la société démocratique. La Cour a affirmé, sous couvert de l'autonomie personnelle, que la diffusion de points de vue « *aussi choquants et inacceptables* »⁹⁶ qu'ils puissent paraître ne constituait pas nécessairement une menace pour l'ordre public. Ces points de vue pouvant être exprimés, ils sont logiquement accessibles au récepteur. En outre, l'arrêt *Dudgeon* avait déjà démontré l'indifférence de l'immoralité des actes personnels pour autrui, lorsque ceux-ci se font

⁹⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.511

⁹¹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §47

⁹² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.511, à propos de l'affaire : Cour EDH (plénière), *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juil. 1968.

⁹³ Cour EDH (plénière), *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juil. 1968. Dans cette affaire la Cour n'avait pas retenue les préférences culturelles en ce qu'elles impliquaient un respect des préférences culturelles des parents qui bénéficieraient aux enfants.

⁹⁴ La Cour interaméricaine des droits de l'homme a condamné le Chili pour violation de l'article 13 relatif à la liberté d'expression en raison de l'interdiction de diffusion du film *La dernière tentation du Christ*. L'un des requérants estimait que l'interdiction du film violait son droit de recevoir un message artistique en raison de l'intérêt personnel qu'il pouvait y porter ainsi que de se former une opinion par le biais de l'oeuvre. « *He was prejudiced as an individual, because he was prevented from having access to an artistic film with an apparently religious content. Consequently, he was deprived of the possibility of having elements of judgment, forming an opinion and having access to information that was relevant to him* » CIDH, *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 fév. 2001, série C 73

⁹⁵ Cour EDH, *Young James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, §63

⁹⁶ Cour EDH, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, préc.

en privé⁹⁷. La réception individuelle est à même de faire partie de ces actes qui nécessitent un certain délaissement de la morale.

59. La Cour EDH a enfin procédé à une relativisation générale de la morale en matière artistique à travers l'arrêt *Akdas*⁹⁸. Selon les autorités, l'œuvre *Les onze milles verges* de Guillaume Apollinaire comportait « *des scènes de rapports sexuels crues, avec diverses pratiques telles que le sadomasochisme, le vampirisme, la pédophilie* »⁹⁹. La Cour s'est fondée sur « *le caractère relatif des conceptions morales dans l'espace juridique européen* »¹⁰⁰ pour laisser primer le droit d'accès du public turc au livre. L'analyse a été effectuée, en l'espèce, à l'égard du public et non du récepteur. Toutefois, elle laisse entrevoir l'aspect individuel du droit de recevoir. En effet, la Cour a estimé que « *la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen* »¹⁰¹. La Cour ne cherche pas à protéger une morale dominante abstraite, mais la diversité de ses conceptions. Le droit de recevoir ne découle plus de la conformité du message artistique à la morale publique mais de la diversité des conceptions individuelles. La diversité des conceptions morales des individus composant le public devient donc propice à la diffusion d'œuvres diversifiées. La relativisation de la protection de la morale laisse alors une place au respect de l'intégrité morale de l'individu, notion intégrée au principe d'autonomie personnelle¹⁰². Cette solution offre donc un rattachement indirect du droit de recevoir à l'autonomie personnelle. Elle devient la garantie de principe du droit au libre choix du récepteur et laisse une place au respect de la volonté individuelle. Cette individualisation de la réception laisse concevoir que les restrictions fondées sur la protection de la morale puissent constituer des atteintes à l'intégrité morale du récepteur. En effet, le principe de l'autonomie personnelle suppose que « *le caractère dommageable de*

⁹⁷ « *L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants.* » Cour EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, §60

⁹⁸ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

⁹⁹ *Ibid.* §6

¹⁰⁰ *Ibid.* §29

¹⁰¹ *Ibid.* §30

¹⁰² Voir en ce sens, Cour EDH, *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010, §212

l'option retenue par la personne en fonction de son libre choix ne (fasse) pas, par principe, échapper celle-ci à la protection offerte »¹⁰³.

60. La volonté de l'individu est un rempart contre la sanction d'un message artistique fondée sur des valeurs morales communes ou dominantes, tant qu'il ne représente pas de danger pour l'ordre public ou pour autrui. Une mise en valeur de l'intégrité morale du récepteur déjoue les tentations protectionnistes contestables¹⁰⁴ pour laisser place au libre choix. Le respect de l'autonomie de la volonté du récepteur lui offre donc le droit de s'engager dans une recherche de sensations à travers l'œuvre de l'artiste, qu'elles soient positives ou négatives, qu'elles mènent au plaisir ou à la souffrance. Toutefois, le principe de l'autonomie personnelle ne peut être appliqué que pour les actes individuels. L'application de l'autonomie personnelle dans le droit de recevoir doit alors être étudiée à la lumière de la spécificité de l'acte de réception.

§2 Un accueil de l'autonomie personnelle

61. L'individu ne peut user de son droit individuel de recevoir que si l'artiste a décidé de communiquer son œuvre au public. Ce droit pourrait sembler teinté d'absolutisme dès que l'œuvre lui est accessible. Or, l'artiste communique son œuvre à un public diversement composé. Il est apparu que la reconnaissance d'un droit strictement individuel de recevoir nécessite que l'individu se détache de la notion prépondérante de public. La large cible de la communication peut renverser l'absolutisme apparent en une fragilité particulière du droit individuel. En effet, l'acte de réception de l'individu sort du simple « *rapport de soi à soi* »¹⁰⁵. L'individu n'est pas totalement libre, car limité dans son activité à une offre de l'artiste qui ne lui est pas personnellement destinée¹⁰⁶. « *Ce n'est pas la personne elle-même (le récepteur) qui porte*

¹⁰³ **F. MASSIAS**, chronique internationale, droit de l'homme, note relative à l'affaire Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni* 29 avril 2002, RSC juill. 2002, p.645 et s.

¹⁰⁴ Gilles Lebreton affirmait à juste titre qu' « *un individu ne peut en effet réaliser son accomplissement personnel que si on respecte sa liberté, qui englobe la liberté de déterminer ce qui est conforme à sa propre dignité. Prétendre le protéger contre lui-même, c'est nier sa liberté et l'empêcher de s'accomplir comme il l'entendait, c'est par conséquent nier sa dignité* », **G. LEBRETON**, « *Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine* », in Mélanges offerts à Patrice GELARD, Montchrestien, 1999

¹⁰⁵ **M. FABRE-MAGNAN**, « *Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale* », préc., p.36

¹⁰⁶ Néanmoins, Fornis énonçait que : « *toute production intellectuelle donne naissance à un dialogue subtil et continu, dans lequel l'auteur ne connaît évidemment pas son interlocuteur, ni ne peut écouter ses réponses, mais où il a néanmoins la certitude que ses idées trouveront audience en d'autres esprits, et qu'elles établiront une relation spirituelle lointaine et cachée, et cependant cordiale et intime, avec tous ceux qui se montrent capables de le*

atteinte à sa propre intégrité » morale, « mais une autre », l'artiste « et ce même si c'est à la demande de la première qui, en d'autres termes est consentante »¹⁰⁷. La réception présuppose donc l'existence d'autrui par la création d'une relation indirecte avec l'artiste. Le récepteur ne se trouve pas dans le cas classiquement évoqué d'une demande d'aide à un tiers en vue de l'accomplissement d'un acte conforme à sa volonté¹⁰⁸. Le récepteur possède une part active dans l'engagement à la réception et dans son déroulement.

62. Le consentement du récepteur ne se résume alors pas à la seule demande directe adressée à l'artiste de faire part de sa création. Bien peu de personnes se retrouvent dans la situation du Petit Prince demandant à l'aviateur : « *S'il vous plaît... dessine moi un mouton !* »¹⁰⁹. Néanmoins, le récepteur du message artistique et le Petit Prince sont dans une position semblable quant à leur consentement à la réception. L'aviateur dessina au Petit Prince un boa cerclant un éléphant, un bélier, plusieurs moutons différents. Or, le Petit Prince ne trouva satisfaction que dans le dessin d'une boîte où était censé se trouver le fameux mouton¹¹⁰. Les rejets récurrents des propositions de l'aviateur par le Petit Prince jusqu'à obtenir satisfaction dans un dessin pourtant étranger à sa demande pose la question de l'identification du consentement. Le Petit Prince avait-il consenti à la réception en demandant le dessin ou en acceptant le dessin de la boîte ? Le fait d'accepter le dessin de la boîte n'était-il que le signe de la satisfaction du bon déroulement de la réception ? Le consentement à l'acte de réception implique de s'engager sur un message par essence inconnu et nouveau. La satisfaction personnelle découle du déroulement de l'activité. Le consentement doit alors intervenir avant la phase de réception. Ainsi, le Petit Prince n'aurait consenti qu'à la réception d'un dessin, l'ensemble des propositions de l'aviateur s'inscrivant dans le déroulement de l'activité. Les effets de la réception n'étaient pas totalement prévisibles au moment du consentement. Ils étaient dépendants du déroulement de l'activité. La demande du Petit Prince, qui correspondait fort activement au consentement, est une manifestation positive de volonté. Le cas du Petit Prince, bien loin de savoir ce qu'il allait recevoir, laisse émerger plusieurs questions sur l'exercice du droit individuel de recevoir. Il fait apparaître l'exigence d'un consentement individuel à la réception né du rapport avec l'artiste (I). Toutefois, le résultat de

retrouver dans son œuvre ». **J.FORNS**, *Le droit de propriété intellectuelle dans ses relations avec l'intérêt public et la culture*, Dd'A 1951, p.28 cité dans : **C. GEIGER**, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, op. cit., p.57. Ainsi, le fait qu'elle ne lui soit pas totalement destinée se trouve pallier par le fait que l'auteur est recherché à établir une relation avec certaines personnes définissable par son œuvre.

¹⁰⁷ **M. FABRE-MAGNAN**, « *Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale* », préc., p.33

¹⁰⁸ Ce cas est mis en avant par l'affaire *Pretty* où la requérante demandait le droit au suicide avec l'assistance d'un tiers. Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁰⁹ **A. DE SAINT-EXUPÉRY**, *Le petit Prince*, Chapitre 1, publié en 1943 à New York

¹¹⁰ *Ibid.*

l'activité de réception étant aléatoire, le consentement reste limité dans sa portée par l'application du droit pénal(II).

I. La volonté du récepteur

63. L'application du principe de l'autonomie personnelle au récepteur du message artistique impliquerait que ce dernier ait un droit au libre choix sur le message qu'il souhaite recevoir. Elle distinguerait donc les cas où le message se propose et où le message s'impose. Les juridictions internes l'ont déjà mis en exergue. Dans l'affaire relative à la diffusion cinématographique de *Je vous salue Marie*, les juges ont estimé que la diffusion « *dans une salle où l'on se rend librement et volontairement* »¹¹¹ suffisait à garantir une liberté de choix au récepteur. En l'espèce, la manifestation de la volonté individuelle résidait dans l'initiative du spectateur de se rendre dans une salle afin de regarder le film en cause. Ainsi, la volonté se déduisait de l'acte positif qui mène à la réception. Cette affirmation laisse place à l'idée que la liberté de choix résulte de l'aménagement des modalités de réception, impliquant une part active du récepteur pour accéder à l'œuvre.

La part active du récepteur qui, *a priori*, tient lieu de volonté ne saurait suffire à l'application de l'autonomie personnelle. En effet, pour que le Petit Prince reçoive le dessin d'un mouton, il a été nécessaire qu'il le demande. Toutefois, cette demande expresse à l'aviateur, artiste pour l'occasion, n'a pas empêché le Petit Prince de recevoir des dessins étrangers à sa volonté. L'aviateur pouvait ainsi se servir de l'acceptation du Petit Prince pour dévoiler le message qu'il souhaitait, sous couvert d'offrir le dessin d'un mouton. La preuve en est que le dessin espéré du mouton devient, en définitive, le dessin d'une boîte. La volonté du Petit Prince pouvait donc être escamotée. La manifestation de la volonté apparaît comme un préalable à l'exercice du droit individuel de recevoir (A). La vérification de son intégrité doit aussi être recherchée (B).

¹¹¹ TGI Paris, réf., 28 Janvier 1985, *Association Alliance Générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne contre Godard*, n° Jurisdata : 1985-764695

A/ La manifestation de la volonté individuelle à la réception

64. Si la volonté du Petit Prince semblait précise quant à sa manifestation, le rapport indirect et impersonnel entre le récepteur et l'artiste rend plus difficile sa détermination. L'artiste, en exerçant sa liberté d'expression, propose un message au public. Chaque membre du public est, par principe, libre de choisir s'il accepte de recevoir l'œuvre. Toutefois, ce droit au choix n'existe pas toujours. La volonté du récepteur devient donc l'élément essentiel de l'exercice du droit individuel de recevoir un message artistique. Le récepteur pactise avec l'artiste pour créer un rapport intime avec le message. L'exercice du droit de recevoir, relevant de l'autonomie de la personne, commande l'existence d'une volonté individuelle (1). La manifestation d'un consentement apparaît plus précisément lorsque l'activité de réception donne lieu à un contrat (2).

1) La volonté individuelle de recevoir

65. La réception est souvent une démarche individuelle qui ne répond à aucune forme précise. Il est donc difficile de savoir quand le récepteur a entendu s'engager et sur quoi il s'engage. Le récepteur n'extériorise pas sa volonté. Souvent, le seul élément visible de l'exercice du droit de recevoir est la réception en elle-même. Or, cet élément ne saurait être la preuve de la volonté individuelle. Il la présume seulement. On comprend alors pourquoi la Cour EDH a été réfractaire à la reconnaissance d'une acception individuelle de la réception du message artistique. Or, la découverte du principe de l'autonomie personnelle appelle inéluctablement à un changement de cap de la jurisprudence européenne.

66. La question de la volonté individuelle de recevoir peut être rapprochée de l'arrêt de la Cour EDH *K.A et A.D*¹¹² relatif à des pratiques sadomasochistes. Si l'analogie peut être faite entre le sadomasochisme et la réception du message artistique, c'est qu'ils ont des caractères communs. Ces activités commandent l'existence d'une volonté individuelle qui ne vaut que pour soi car elles sont potentiellement dommageables pour la personne et aléatoires dans leurs effets. La différence notable reste que le sadomasochisme porte ses effets sur l'intégrité physique de la personne alors que la réception joue sur l'intégrité morale. Dans l'affaire *K.A et A.D*, deux

¹¹² Cour E.D.H., *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005

hommes et une femme avaient eu des pratiques sadomasochistes dans des lieux prévus à cet effet. Cependant, lorsque la femme « *criait « pitié ! », mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations* »¹¹³, ses partenaires ont continué les pratiques. Les deux hommes furent reconnus coupables de coups et blessures volontaires. Dans cet arrêt, la Cour affirme que le sadomasochisme fait partie de ces « *activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable pour sa personne* »¹¹⁴. Il s'inscrit dans le cadre des « *pratiques sexuelles librement consenties* » qui bénéficient de l'application du principe de l'autonomie personnelle. La Cour met ainsi en exergue que ces pratiques relèvent du « *libre arbitre* »¹¹⁵ des individus et que, par principe, les pouvoirs public n'ont pas à s'ingérer dans ce domaine.

67. La volonté des participants étant l'élément principal du droit d'exercer les pratiques sadomasochistes, elle est approfondie par les juges. Ils affirment que « *si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas* » en l'espèce. Plusieurs conclusions peuvent découler de cette affirmation. Le droit d'exercer la pratique en cause est lié à la volonté de la victime et, plus largement, à celle de chacun des participants. Ainsi, l'exercice de l'activité doit s'arrêter là où la volonté disparaît. Il est donc possible d'affirmer que les individus qui ne prennent pas part à l'activité, car ils n'en ont pas la volonté, ne doivent pas en subir les effets. En outre, l'activité doit s'exercer dans des conditions qui permettent le respect de la volonté. La volonté individuelle qui mène à l'activité n'est pas toujours explicite. Néanmoins, les conditions dans lesquelles se déroule l'activité doivent permettre à la personne de manifester sa volonté, que ce soit pour la confirmer ou révoquer. Il ressort que la preuve du respect de la volonté ressort plus largement des conditions d'exercice de l'activité que d'un échange de consentement formalisé.

68. Rapporté à l'activité de réception, ces développements offrent des précisions sur les éléments permettant de déduire l'existence de la volonté individuelle de recevoir. Le fait que cette volonté doive être respectée dans les modalités d'exercice de l'activité revient à se

¹¹³ *Ibid.*, §15

¹¹⁴ *Ibid.*; §83

¹¹⁵ *Ibid.*, §84

concentrer sur les conditions de réception du message. En effet, en cas de contentieux, il est impossible de rechercher la volonté de chacun des récepteurs d'un message artistique donné. Néanmoins, la preuve de la volonté peut se déduire de modalités de réception qui impliquent certains formalismes, certains obstacles à l'accessibilité du message ou des informations sur son contenu. Les techniques modernes de communication permettent à chacun de recevoir des messages artistiques sous différentes formes de manière individualisée. Les appareils électroniques de réception audiovisuelle à usage personnel en sont une des meilleures preuves. Ces modalités peuvent être de nature à démontrer que le récepteur, dans sa démarche menant à la réception, a effectué des actes ou gestes qui font connaître sa volonté de recevoir le message. Ainsi, la question principale est de savoir si les conditions de réception permettent aux récepteurs potentiels d'effectuer le choix de recevoir le message ou de le refuser.

69. En outre, le choix effectué ne doit valoir que pour le récepteur. Il ne doit pas porter ses effets sur les tiers. Bien que largement entendue, l'autonomie personnelle se cantonne classiquement à la sphère « *intime* »¹¹⁶, « *privée* »¹¹⁷ ou encore la « *sphère personnelle de l'individu* »¹¹⁸. Cette « *vision isolée des individus* »¹¹⁹ suppose une individualisation de la réception du message artistique afin qu'elle corresponde à un acte relevant de la sphère personnelle¹²⁰. L'autonomie personnelle pose la question « *de savoir ce que chacun peut faire sur lui-même* » et non de savoir ce que la personne, au nom de sa liberté, peut faire supporter à autrui. L'acte de réception ne saurait donc créer une ingérence dans la sphère personnelle d'autrui, non récepteur. Le principe d'autonomie personnelle ne peut donc s'appliquer que lorsque les modalités de réception permettent à l'individu d'accomplir un acte de réception qui ne remet pas en cause la volonté d'autrui.

70. Le récepteur s'engage à se confronter au message ; libre à lui de n'exécuter que partiellement la réception, de ne pas souscrire au contenu¹²¹, de le critiquer¹²². La réception

¹¹⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.459

¹¹⁷ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., §83

¹¹⁸ Cour EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002, §90

¹¹⁹ M. FABRE-MAGNAN, « *Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale* », D. 2008, n°1, Chronique pp.31 et s., p.32

¹²⁰ Les moyens de diffusions du message artistique sont multiples ; de la réception purement privée, chez soi, en passant par l'écoute d'un baladeur en pleine rue, jusqu'à l'œuvre exposée à la vue de tous, la part est dure à faire entre les réceptions protégées ou non par l'autonomie personnelle.

¹²¹ Le tribunal de district de Zurich, dans sa décision du 27 Juin 1984, relative à l'affaire Scherer, avait mis en exergue le pouvoir d'action du récepteur. Il accueillit l'argumentation du requérant : « *la circonstance que l'inculpé se souvenait du comportement dudit agent qui avait quitté très rapidement la salle montrait l'effectivité du contrôle des admissions* ». Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, préc., §10

apparaît avant tout comme un acte pour soi. L'autonomie personnelle se fait garante du droit individuel de recevoir des messages artistiques conformes à sa volonté et aux sensations que l'on souhaite se procurer. Partant, la mise en jeu de l'autonomie personnelle du récepteur est encline à réduire les tentations de censure des messages en offrant « *une protection renforcée de la liberté d'expression des artistes [...] protégés de l'ordre moral* »¹²³. La variabilité de la morale et de sa conception militent en faveur d'un strict respect des convictions de chacun. Un rejet de l'autonomie personnelle au profit du seul contrôle du contenu des messages risque de réduire les choix de l'individu à « *une information « aseptisée », « lyophilisée », « dévitalisée » (qui) atrophie la liberté de savoir, de pensée, l'esprit de vérité* »¹²⁴. Bien évidemment, les modalités de réception ne peuvent pas toujours suffire à prouver l'existence d'un acte volontaire du récepteur. La volonté ne pourrait être que présumée. Lorsque les conditions de réception induisent et donc présumement seulement la volonté de recevoir, l'exercice du droit individuel ne peut se défaire des contraintes inhérentes à l'ensemble du public. La présence d'autrui aspire la dimension individuelle du droit de recevoir dans la recherche d'une « *justice sociale* »¹²⁵, d'une pondération d'intérêts. Cette problématique ressurgira sur la dimension sociale ; lors de la confrontation entre les volontés opposés, il ne sera pas d'abord question de rechercher qu'elle volonté l'emporte, mais si les conditions de réception permettaient que les deux soient respectées.

2) La contractualisation de la réception, preuve du consentement individuel

71. Les juges, en cherchant à autonomiser le récepteur dans ses choix, ont mis en avant plusieurs éléments de nature à prouver la volonté individuelle : des informations préalables à la réception, le paiement d'un droit d'entrée ou encore la nécessité d'avoir une carte de membre¹²⁶. Si ces éléments sont à prendre en compte, c'est en raison de l'obligation qu'ils créent sur le

¹²² Concernant le droit à la critique et ses limites dans la jurisprudence de la Cour européenne voir notamment : Cour EDH, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998 ; Cour EDH, *Janowski c. Pologne*, 21 janv. 1999, Cour EDH, *Lindon, Otchakowsky-Laurens, July c. France*, 22 oct. 2007, Cour EDH, *July et SARL Libération c. France*, 14 fév. 2008

¹²³ **A. TRICOIRE**, n°119 « *Victor Hugo et le droit* », (Juillet-Septembre 2002), Pour une liberté d'expression en matière de création, Ligue des droits de l'homme

¹²⁴ Ces propos étaient tenus sur les restrictions fondés sur la dignité mais s'appliquent avec une particulière force ici. **J. RAVANAS**, « *image ou crime indigne ?* », note sous C.Cass., 20 déc. 2000, n°007502. JCP G., 2001, II, 10488, p.547

¹²⁵ **M. FABRE-MAGNAN**, « *Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale* », préc. p.31

¹²⁶ Tribunal de Zurich, 27 juin 1984, in Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, §7 et §10

récepteur. Ce dernier doit contracter avec l'artiste ou le diffuseur pour recevoir le message. Le rapport entre celui qui diffuse et celui qui reçoit s'analyse alors comme « *deux engagements réciproques* »¹²⁷. L'acte de communication fait office de « *proposition de contracter* »¹²⁸ auprès du public. Chaque membre du public possède une liberté de choix. En effet, le récepteur, destinataire de l'offre, est « *toujours libre de la refuser* »¹²⁹. Il peut aussi manifester « *son intention de conclure le contrat* »¹³⁰. Ainsi, il consent à la réception.

72. L'individu est souvent amené à payer un droit d'entrée pour accéder à une réception déterminée ou achète un support où l'œuvre est fixée. Le contrat conclu par le récepteur revient à « *l'adhésion à une proposition* »¹³¹ par un « *agrément pur et simple* »¹³². Le récepteur, destinataire de l'offre, ne peut que l'accepter ou la refuser. Il ne dispose pas du pouvoir de faire une contre-proposition. Cette absence de négociation entre l'artiste et le récepteur n'est pas de nature à remettre en cause la validité du consentement du récepteur. Cette contractualisation reprend cette idée que « *l'échange des consentements qui forme le contrat peut se faire sans même qu'aucun mot ne soit prononcé ou sans que les parties se rencontrent ni se connaissent* »¹³³. Le consentement du récepteur est « *une adhésion au projet de (l'artiste) sans qu'il y ait place pour une contre-proposition* »¹³⁴. Le récepteur, en remplissant les conditions exigées par l'offrant, exprime son acceptation à la réception.

73. La contractualisation de la réception offre un autre avantage quant à la preuve de l'exercice individuel du droit de recevoir. L'acceptation de la réception est un « *un acte unilatéral de volonté émanant du destinataire de l'offre* »¹³⁵ qui ne vaut, *a priori*, que pour lui. Le principe de l'effet relatif des contrats présume le caractère individuel de l'exercice du droit de recevoir. Ce principe veut que le rapport créé entre le diffuseur et le récepteur n'ait d'effets que

¹²⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droits des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.247

¹²⁸ *Ibid.*, p.247, n°104

¹²⁹ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso édition, 2010, p.50

¹³⁰ M. FABRE-MAGNAN, préc., p.256, n°108

¹³¹ COLIN, CAPTANT, JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Cours élémentaire de droit civil*, Tome 2, 8^{ème} édition, Paris 1935, n°24 et F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 8^{ème} édition, 2002, n°91, in V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, tome 480, L.G.D.J., p.338

¹³² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.257, n°108, P.MALINVAUD, D. FENOUILLET, op.cit., p.105

¹³³ M. FABRE-MAGNAN, préc., p.226, n°96

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1.L'acte juridique, 12^{ème} édition, Sirey, p.107, *Ibid.*, p.256, n°108

sur eux, sans qu'il puisse nuire à autrui¹³⁶. Considéré par certains comme « *l'un des corollaires de la théorie de l'autonomie de la volonté* », ce principe s'oppose à ce « *qu'une personne puisse en lier une autre sans que celle-ci l'ait voulu* »¹³⁷. Rattaché à l'étude, l'acte de réception ne doit pas engager autrui sans son consentement. Il doit être écarté de la réception. Ainsi, l'exercice du droit individuel de recevoir un message artistique par les uns ne doit, par principe, ni nuire, ni profiter aux autres¹³⁸. La contractualisation de la réception permet de conférer à l'individu qui n'a pas choisi la réception le statut d'autrui au sens de la Convention. On assiste alors à une pleine mise en jeu de l'autonomie personnelle lorsque l'individu se détourne d'autrui pour accomplir l'acte de réception dans des conditions garantissant « *le respect de la volonté* »¹³⁹ individuelle, ou plutôt des volontés individuelles.

74. La volonté du récepteur est donc « *décisive dans la formation du contrat conclu* »¹⁴⁰ car elle aboutit à « *la rencontre de deux volontés concordantes* »¹⁴¹. L'existence d'un contrat conditionnant la réception du message suppose le consentement individuel du récepteur. Le contrat soutient l'exercice du droit individuel à la réception car il renferme un accord de volonté entre le récepteur et le diffuseur du message. La contractualisation de l'échange est la preuve de la mise en jeu de l'autonomie de la personne et de son droit au choix. Elle offre à l'individu une réception à l'abri de ceux qui ne souhaitent pas recevoir le message. Elle ne laisse que peu de place à sa remise en cause, sauf à supposer que le consentement soit entaché d'un vice¹⁴². Cette contractualisation s'inscrit dans les modalités de réception qui garantissent le droit au libre choix. Elle est la preuve la plus évidente de la mise en jeu de l'autonomie personnelle dans l'exercice du droit de recevoir. Cependant, la réception ne résulte pas toujours d'un contrat. Cette absence de contractualisation ne constitue pas une barrière à la mise en jeu de l'autonomie personnelle, cette dernière se déduisant plus largement des conditions de réception. Cependant, la volonté du récepteur doit reposer sur certains éléments pour qu'il puisse être considérée comme intègre.

¹³⁶ En ce sens, **M. FABRE-MAGNAN**, *Droits des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, Thémis droit PUF, 2008, p.493, n°197

¹³⁷ **F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit Civil. Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2005, p.488, n°485

¹³⁸ En ce sens, *Ibid.*

¹³⁹ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., §85

¹⁴⁰ **R. ENCINAS DE MUNAGORRI**, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Bibliothèque de droit privé, Tome 254, LGDJ, 1995, p.4

¹⁴¹ **STARCK, ROLAND, BOYER**, *Obligations*, 2. Contrat, 4^{ème} édition, Litec, 1993, n°144, in **V. FORRAY**, Thèse, Op.cit., p.338

¹⁴² Cf. *infra*, n°244 et s.

B/ L'intégrité de la volonté du récepteur

75. L'acte de réception sort du simple « rapport de soi à soi »¹⁴³. L'individu n'est donc pas totalement libre, car limité dans son activité à une offre de l'artiste qui ne lui est pas personnellement destinée¹⁴⁴. « *Ce n'est pas la personne elle-même (le récepteur) qui porte atteinte à sa propre intégrité* » morale, « *mais une autre* », l'artiste « *et ce même si c'est à la demande de la première qui, en d'autres terme est consentante* »¹⁴⁵. Le rapport à l'artiste, à travers son message, rend l'acte entrepris incertain. Qu'il soit question de volonté ou de consentement, la protection du récepteur nécessite d'avoir la certitude d'aller dans son sens. La protection du droit de recevoir, malgré le doute existant sur la volonté du récepteur, tendrait à l'érosion de sa protection. Le respect de la volonté consolide donc la liberté de choix en évitant de retenir comme volontaires des individus qui n'auraient pas réellement souscrit à la réception du message. L'existence d'un choix délibéré fait en connaissance de cause, sous réserve de la capacité de consentir¹⁴⁶, est essentielle. Le récepteur se soumet à un message artistique qui par essence est nouveau et inconnu avant la première réception. Cette spécificité de la réception du message artistique impose une analyse de la volonté, tout d'abord, en amont de la réception, puis lors de la réception. Le respect de la volonté individuelle se déduit des informations dont dispose le récepteur sur la réception, plus particulièrement sur le message (1), ainsi que des garanties dont il dispose dans le déroulement de l'activité de réception(2).

1) Respect de la volonté et connaissance du contenu du message

76. Le récepteur du message artistique n'exerce pas son choix *ex nihilo*. En effet, il serait difficile de conférer une autonomie personnelle au récepteur qui exercerait aléatoirement son

¹⁴³ M. FABRE-MAGNAN, « *Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale* », préc., p.36

¹⁴⁴ Néanmoins, Fornis énonçait que : « *toute production intellectuelle donne naissance à un dialogue subtil et continu, dans lequel l'auteur ne connaît évidemment pas son interlocuteur, ni ne peut écouter ses réponses, mais où il a néanmoins la certitude que ses idées trouveront audience en d'autres esprits, et qu'elles établiront une relation spirituelle lointaine et cachée, et cependant cordiale et intime, avec tous ceux qui se montrent capables de le retrouver dans son œuvre* ». J. FORNIS, *Le droit de propriété intellectuelle dans ses relations avec l'intérêt public et la culture*, in Dd'A 1951, p.28 cité dans : C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, op. cit., p.57. Ainsi, le fait qu'elle ne lui soit pas totalement destinée se trouve pallier par le fait que l'auteur est recherché à établir une relation avec certaines personnes définissable par son œuvre.

¹⁴⁵ M. FABRE-MAGNAN, « *Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale* », préc., p.33

¹⁴⁶ Cf. *infra*, n°137 et s.

droit de recevoir « *parce que non prévenu du contenu* »¹⁴⁷ du message. La réalité de la volonté du récepteur dépend donc de l'information qu'il possède sur le message artistique. Faire peser une telle obligation sur l'artiste et les diffuseurs du message mènerait à leur révolte. Si les acteurs de la diffusion sont enclins à vanter les mérites du message artistique qu'ils diffusent, ils sont réfractaires à l'idée de devoir détourner le récepteur du message. Ce qui serait encore plus critiquable, c'est qu'elle obligerait l'artiste à délivrer une information sur le contenu de son message par avance. L'effet de surprise dans l'art, la provocation directe au sentiment et à la réaction par la découverte du message, seraient amoindris. Engagé de manière plus sûre, le récepteur y perdrait en quête de sentiment et en liberté d'interprétation, éléments qui sont pourtant l'essence de la réception du message artistique. Ordonner une telle obligation serait perçue comme une restriction à la liberté d'expression artistique. Elle conditionnerait l'exercice de ce droit à un formalisme qui n'a pas lieu d'être. Si l'absence d'information sur le message peut être une source de restriction à la liberté d'expression artistique, elle ne constitue pas, en soi, un abus dans son exercice. L'obligation de la personne qui offre le message artistique au public se résumerait donc à la seule communication.

77. Prétendre à l'autonomie personnelle du récepteur qui n'a pas connaissance du contenu de l'activité dans laquelle il s'engage est hasardeux. L'ignorance du récepteur sur le contenu du message ne peut conduire à affirmer sa pleine et entière volonté de recevoir. La contractualisation de l'échange artistique offrirait d'ailleurs une protection spécifique contre l'absence d'information. En effet, elle laisserait place à l'hypothèse de la remise en cause du consentement en raison d'un vice qui aurait conduit à une réception non désirée. La réception, en l'absence de consentement valide, attenterait alors au droit de ne pas recevoir un message artistique. Cette hypothèse sera à traiter spécifiquement¹⁴⁸. Il doit être démontré, d'abord et de manière générale, que ces informations sont des éléments constitutifs de la volonté ; par conséquent, qu'elles participent à autonomiser le récepteur dans ses choix. Qu'il y ait contractualisation ou non, les éléments d'information sur le contenu du message portent inévitablement leur incidence sur la volonté du récepteur. Ils l'éclairent sur la nature de l'activité qu'il entend entreprendre et participent à la formation de sa volonté de recevoir. La problématique ne réside pas tellement dans la constitution d'une obligation d'information sur tous les modes de diffusions et ce, même en l'absence de contractualisation de l'échange. Elle revient en premier lieu à la nécessité de prendre en compte ces éléments qui conduisent le

¹⁴⁷ CA Paris, 27 sept. 1988, Gaz. Pal, 22 oct. 1988

¹⁴⁸ Cf. *infra*, n°244 et s.

récepteur à effectué un choix éclairé. Ces éléments, qu'ils soient attractifs ou répulsifs, à vocation informative ou publicitaire, sont autant d'indices pour le récepteur. Ils influent inévitablement sur le processus de décision de s'engager à la réception.

78. La jurisprudence européenne a toujours eu peine à prendre ces informations en considération. Paradoxalement, la Cour EDH en a fait des éléments justifiant une restriction à la liberté d'expression artistique au nom de la protection du public. Les juges, dans l'arrêt *Otto-Preminger Institut*¹⁴⁹, ont perçu les informations préalables fournies par l'association diffusant le film litigieux comme des éléments constitutifs du caractère offensant du message¹⁵⁰. En l'absence d'autonomie du récepteur reconnue, la Cour n'en a pas fait des indices de la volonté de recevoir. Elle a détourné ces informations de leur objectif premier. Elle en fait la justification du droit pour tout individu de se plaindre de la diffusion du film. Dans l'affaire *Wingrove*, les juges ont rejeté l'idée que toute précaution prise par le requérant dans la diffusion du message soit de nature à faire disparaître la restriction dont le film était l'objet¹⁵¹. Les informations préalables étaient, en l'espèce, indifférentes. Ces informations préalables, désormais à analyser en fonction du principe de l'autonomie personnelle, permettent la recherche d'une volonté acquise en connaissance de cause.

La Cour EDH a semblé faire un premier pas dans l'arrêt *Orban*, relatif à la publication d'un livre historique. Cet ouvrage était assorti d'un texte explicatif en quatrième de couverture à

¹⁴⁹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.

¹⁵⁰ La Cour estime que « le film avait fait l'objet d'une large publicité. Le public avait une connaissance suffisante de son thème et de ses grandes lignes pour avoir une idée claire de sa nature; pour ces motifs, la projection envisagée doit passer pour avoir constitué une expression suffisamment "publique" pour être offensante ». Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §54. Une telle appréciation peut faire l'objet de critiques. Le Professeur Vouin estimait que « le témoin volontaire, c'est-à-dire volontairement présent et consentant, ne constitue pas la publicité requise par la loi et peu importe alors que l'acte s'accomplisse en présence de plusieurs personnes, passives ou participant ». **R. VOUIN**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, édition 1968, p.322

¹⁵¹ Dans l'affaire *Wingrove* l'office des visas britannique avait, par restriction préventive, interdit la diffusion du film *Visions of Ecstasy*. Nigel Wingrove, pour contrecarrer cette décision, proposa devant la Cour EDH de réduire la diffusion du film litigieux et de fournir une information préalable aux destinataires potentiels du message. Il invoque en effet, que l'on aurait pu « réduire encore le risque en restreignant la diffusion du film aux sex-shops titulaires d'une licence. Le film aurait alors été présenté dans un boîtier incluant une description de son contenu et seuls des adultes consentants l'auraient vu ». La Commission avait encore une fois suivie l'argumentation du requérant. Néanmoins, la Cour ne prend pas la peine de répondre sur ce point particulier de l'information préalable et justifie la restriction par l'impossibilité de contrôler la diffusion d'une œuvre de ce genre. Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., § 62. Le temps ne faisant rien à l'affaire, Nigel Wingrove est de nouveau la cible d'associations à caractère religieux depuis que le l'office des visas a proposé au réalisateur de soumettre de nouveau le film *Visions of Ecstasy* en vue d'une classification. Le 06 Avril 2008 les medias sur internet donnent l'information de l'invitation faite à Nigel Wingrove de soumettre de nouveau son film à l'office des visas (BBFC) <http://www.lexferenda.com/06042008/visions-of-wingrove/> <http://www.mediawatchwatch.org.uk/2008/04/06/visions-of-ecstasy-invited-to-resubmit-to-bbfc/>. Les réactions en vue d'une interdiction de licence sont arrivées le même jour. <http://www.christianvoice.org.uk/Press/press075.html>, *Jesus porn film couldn't be licensed*, 06 Avril 2008.

Néanmoins, cette invitation émanant de l'office qui avait lui-même censuré le film est la preuve de l'obsolescence d'une telle jurisprudence ainsi que de l'évolution du rôle des organes de contrôle¹⁵¹.

destination du lecteur. La Cour estime que « *dans ces circonstances, le reproche fait par la cour d'appel de Paris aux requérants, en leur qualité d'éditeur, de ne pas avoir pris de distance par rapport au récit du général Aussaresses, (notamment au sein de l'avertissement) ne saurait être justifié* »¹⁵². Elle a constaté la violation de l'article 10 de la CEDH en raison de l'interprétation négative qu'avaient effectué les juridictions françaises de l'avertissement¹⁵³. À la différence de l'arrêt *Otto-Preminger Institut*¹⁵⁴, les juges ont refusé de faire des informations préalables un élément de restriction à la liberté d'expression. Ainsi, la connaissance de ses informations par le public n'a plus pour effet de restreindre la liberté d'expression de l'artiste. Néanmoins, elle n'en a toujours pas dégagé une évaluation positive pour démontrer l'existence de la volonté éclairée du récepteur.

79. La protection de la liberté individuelle de choix nécessite que ces informations préalables à la réception puissent être conçues comme des éléments positifs confortant la volonté du récepteur. Depuis plus d'une vingtaine d'années, le système américain a accordé une large importance aux informations préalables, notamment en matière musicale¹⁵⁵. L'évolution de la jurisprudence française tend, de même, vers une évaluation positive des informations accessoires participant à l'éclaircissement de la volonté du récepteur. Par exemple, l'affaire relative à l'affiche du film *Amen* de Costa Gravas a mis en lumière la valeur informative de l'affiche de cinéma. Les juges ont considéré l'affichage litigieux dans son aspect fonctionnel, comme accessoire du film. Selon le juge interne, l'affiche révélait « *le propos du cinéaste* »¹⁵⁶, donc le

¹⁵² Cour EDH, *Orban c. France*, 15 janv. 2009, §50

¹⁵³ La Cour explique de même que, « *la cour d'appel de Paris a également estimé que, sur la quatrième de couverture, les requérants auraient « glorifié » l'auteur. La Cour ne perçoit toutefois pas en quoi le fait de qualifier la mission de ce dernier en Algérie de « la plus douloureuse » équivaut à une glorification de l'auteur ou des faits dont il témoigne* ». Dès lors, une analyse restrictive des informations préalables tendant à la restriction est, en l'espèce, constitutive d'une violation de l'article 10 de la CEDH. Cour EDH, *Orban c. France*, préc.

¹⁵⁴ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.

¹⁵⁵ Le 1^{er} novembre 1985, le congrès conclut à un accord avec les maisons de disques appelé le « *Parental Guidance* ». Les maisons de disques, depuis cette époque se doivent d'imprimer sur les pochettes des phonogrammes l'avertissement « *Explicit Lyrics-Parental Advisory* », en tant qu'information pour le public. Cet avertissement avait pour but de permettre de protéger les mineurs en raison du contenu du message dit explicite. Le consentement éclairé revenait ici aux parents en ce qu'il permettait à ces derniers de faire un choix éclairé sur ce que pouvait écouter leurs enfants. En effet, l'apparition de l'avertissement n'emporte pas l'interdiction de vente aux mineurs mais seulement une information préalable prévenant du contenu. Cet accord a permis de laisser en vente libre des phonogrammes qui, sans cet avertissement, auraient encouru la censure et, par conséquent, une restriction à la liberté d'expression de l'artiste. Cette mesure peut ainsi passer pour l'application de mesures adéquates et les moins radicales en vue de protéger la liberté individuelle de recevoir moyennant un consentement éclairé. De telles mesures d'équilibre des volontés semblent répondre à la définition d'un besoin social impérieux.

¹⁵⁶ TGI Paris, ord. réf., 21 févr. 2002, *Assoc. Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) c/ Sté Renn Production et a.*, Juris-Data n° 2002-205891.

contenu du film en vue d'éclairer un public potentiel¹⁵⁷. Elle confortait l'existence d'une liberté de choix quant à la réception en raison de la divulgation partielle de la nature du film. Cette évaluation positive des accessoires de l'œuvre se retrouve en matière littéraire. Les juges ont retenu que la qualification de roman en couverture d'un livre pouvait en être un élément¹⁵⁸. Il permet de définir l'œuvre. Par conséquent, il éclaire le récepteur sur la nature de l'ouvrage du récepteur et lui donne la possibilité d'interpréter les propos de l'auteur en conséquence.

Cette analyse des éléments d'information est à accueillir favorablement et non comme « *un recul de la protection des droits fondamentaux de la personne* »¹⁵⁹. La diversité des interprétations d'un message artistique est inéluctable. Néanmoins, les informations préalables consenties par l'auteur sur la nature et la substance du message artistique permettent de guider le récepteur dans son choix. Chacun choisit les messages qu'il souhaite recevoir et « *chacun s'en fait sa propre idée* ». Cette conception du message artistique où « *la réception [...] constitue l'œuvre* » offre « *une conception enfin contemporaine de l'œuvre* » et, par conséquent, de la liberté artistique¹⁶⁰.

80. Si ces éléments fondent la volonté de recevoir, la portée à leur accorder doit être limitée. Le récepteur s'engage à la réception d'un message sans pouvoir prétendre à la satisfaction du contenu reçu. Le récepteur, lorsqu'il exerce son droit de recevoir, doit accepter un certain aléa lié à sa satisfaction personnelle. Cet aléa réside dans l'appréciation individuelle de la réception du message car le doute, dans l'esprit du récepteur porte sur les avantages personnels que lui apporte la réception. Cet aléa est, par principe, accepté par le récepteur. Le droit de la propriété intellectuelle permet de trouver l'affirmation de son existence. Ce droit pose comme principe la protection des œuvres de l'artiste quel qu'en soit le mérite¹⁶¹. La protection est donc

¹⁵⁷ Agnès Tricoire relève à juste titre que le juge fait « *une interprétation de l'affiche selon son contexte, à savoir le film qu'elle annonce* ». **A. TRICOIRE**, *Interprétation du sens de l'affiche d'un film par le juge*, LP n°192, juin 2002, III, p.105

¹⁵⁸ Le Tribunal de grande Instance de Paris a mis en relief la nature romanesque de l'ouvrage *Pogrom* d'Eric Bénier-Bürckel. Le juge prend en compte l'indication de la nature de roman sur la couverture pour interpréter l'ouvrage. Néanmoins, le Juge reste prudent et relativise cette indication en vérifiant que l'indication en cause est bien en adéquation avec l'ouvrage en cause. TGI de Paris, 17^{ème} Chambre, 16 nov. 2006, *Ministère Public contre Bénier-Bürckel et autres*. En effet, la 17^{ème} chambre a relevé, dans un jugement du 17 Septembre 2007, que la désignation en page de couverture de la mention roman n'en emporte pas irrémédiablement sa qualification en tant que telle. En l'espèce le requérant arguait du fait que l'indication de roman conférer un caractère fictionnel à ses écrits pour échapper à une action en diffamation. TGI de Paris, 17^{ème} chambre civile, 17 sept. 2007, *Epoux Villemin contre Philippe Besson et autres*

¹⁵⁹ **P. MALAURIE**, « *L'affiche du film " Amen " représentant une " croix catholique prolongée d'une croix gammée " n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite* », JCP G., n°17, 23 avril 2003, ii, 10064

¹⁶⁰ **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclue le délit* », LP n°240, Avril 2007, p.73, note sous le jugement du TGI de Paris, 16 nov. 2006, *Ministère Public contre Bénier-Bürckel et autres*.

¹⁶¹ Article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle

« indépendante de toute considération d'ordre esthétique ou artistique »¹⁶². Ce principe de l'indifférence du mérite, conditionnant la protection de l'œuvre de l'artiste, doit se reporter sur le récepteur. En effet, l'artiste ne peut prétendre, avec certitude, au succès. Il ne peut satisfaire l'ensemble des destinataires de l'œuvre. Ces derniers ne peuvent pas alors remettre en cause arbitrairement, la légitimité de la protection et de la diffusion de l'œuvre sur des considérations méritoires. Le mérite est une notion d'ordres intellectuel et moral empreinte de subjectivité. Elle ne doit pas guider la protection du droit à la réception. Laissant l'artiste défier les griffes de l'arbitraire, une telle considération du mérite négligerait l'autonomie de la volonté du récepteur. Ce serait une régression de la liberté de choix que de la soumettre aux goûts de la majorité. La découverte de l'autonomie personnelle ne serait d'aucune efficacité pour se délier du précédent de l'affaire *Otto-Preminger Institut*¹⁶³ ; l'acceptation individuelle ne supplanterait pas l'analyse du contenu fondée sur le public en général.

81. L'arrêt de la Cour EDH *Akdas*¹⁶⁴ laisse d'ailleurs planer le doute sur l'analyse du mérite du message artistique. Les juges ont justifié la diffusion de l'œuvre *Les onzes milles verges* de Guillaume Apollinaire en raison, notamment, de son entrée dans *La pléiade* et dans un patrimoine littéraire européen non précisé¹⁶⁵. Si cette analyse est une appréciation implicite du mérite de l'œuvre, elle est dangereuse. Elle laisserait envisager des restrictions aux messages artistiques en manque de reconnaissance sur leur aspect qualitatif. Toutefois, la jurisprudence *Akdas* semblerait se justifier par la spécificité de l'œuvre soumise au contrôle de la Cour. Cette dernière a mis en avant que l'œuvre d'Apollinaire avait fait l'objet d'une institutionnalisation à travers le temps en Europe. Ce n'est pas une analyse qualitative de l'œuvre dans son esthétique qu'il faut voir, mais une approche culturelle résidant dans l'intérêt de son accès à la population. Le récepteur ne peut donc se prévaloir d'une défaillance de l'artiste à lui apporter une satisfaction personnelle, un message correspondant à ces attentes subjectives. Cette prérogative tendrait, dans l'absolu, à conditionner la liberté de création de l'artiste au récepteur. Or, l'artiste n'a qu'une obligation de moyen. Il propose une œuvre, mais n'est pas juridiquement responsable des déceptions liées à la réception. Le récepteur bénéficie, comme sanction du message, d'un pouvoir de libre critique du message artistique ou d'une possibilité de se libérer prématurément de la réception pour marquer son désaccord.

¹⁶² C.Cass., 15 avr. 1982, Bull. Civ., I, n°132

¹⁶³ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994 ; Cf. *supra*, n°41

¹⁶⁴ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

¹⁶⁵ *Ibid.*

82. Ce serait souscrire à une omnipotence du public que d'obliger l'artiste à un devoir d'information. La réalité de l'existence d'informations préalables à la réception doit tout de même être prise en considération car elles confèrent une autonomie au récepteur. Si tant est qu'elles soient en accord avec le message auquel elles se rattachent, ces informations affinent l'adéquation entre l'offre artistique et sa recherche par les destinataires. Elles sont la source de l'existence de la volonté du récepteur et consolident l'autonomie personnelle. Elles permettent à l'individu de s'engager dans un acte personnel de réception. Ainsi, cette individualisation de la réception, qui existe de fait, est à ériger en vecteur de liberté de choix.

2) Respect de la volonté et déroulement de l'activité

83. Le respect de la volonté ne s'analyse pas qu'en amont de l'acte de réception. Ce dernier se maintient dans la durée. Il apparaît logique de pouvoir mettre fin à un acte que l'on s'est soi-même imposé. La liberté de réception en matière artistique suppose que la volonté puisse changer. Le récepteur, acceptant l'aléa d'un message nouveau et inconnu, doit avoir le droit d'arrêter la réception à tout moment. Cette remise en cause de la volonté de recevoir est à considérer comme une prérogative liée au principe d'autonomie personnelle. La Cour a affirmé, dans son arrêt *K.A. et A.D.*, que « *le droit au libre choix [...] implique que les pratiques (sodomasochistes) se déroulent dans des conditions qui permettent un [...] respect* » de la volonté. L'autonomie de la volonté jouant tout au long de l'activité, elle imposait d'« *arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus* »¹⁶⁶. L'application de l'autonomie personnelle au récepteur est soumise, de même, à des conditions de réception qui garantissent le respect de la volonté individuelle. Bien que la révocation du consentement vaille prioritairement pour soi, l'arrêt précité laisse entendre qu'elle s'impose à autrui. Une telle révocation n'empêche nullement tout autre récepteur de continuer l'activité. Toutefois, l'applicabilité dans le temps de l'autonomie de la volonté donne le pouvoir au récepteur de mettre fin à la réception du message artistique. Elle protège l'individu de la contrainte d'autrui visant à la continuation de l'activité. Par conséquent, les conditions de diffusion du message doivent laisser la possibilité pour l'individu de se soustraire de la réception. L'autonomie personnelle commande donc que le récepteur puisse mettre fin à la réception par un acte unilatéral destiné à le libérer de ses engagements.

¹⁶⁶ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., §85

84. Lorsque l'individu a contracté en vue de la réception, la distinction entre la résolution et la résiliation peut servir à cerner les effets de la remise en cause du consentement par le récepteur. Le récepteur entend se défaire de la confrontation à l'œuvre « *pour le tout et de manière définitive* ». Il prétend anéantir le rapport créé par la seule manifestation de sa volonté¹⁶⁷. Cette rupture unilatérale doit alors rester relative et ne pas remettre en cause l'ensemble de la réception. La révocation du consentement du récepteur ne saurait avoir les effets d'une résolution¹⁶⁸. La résolution « *suppose principalement une inexécution du contrat, qu'il s'agisse d'un défaut d'exécution ou d'une exécution défectueuse* »¹⁶⁹. En la matière, si la réception n'est pas menée à terme, elle ne provient pas d'une défaillance de l'artiste, mais du récepteur. L'artiste ne fait que proposer la réception. Cette obligation est respectée, même lorsque le récepteur fait le choix d'y mettre fin de manière anticipée. La résolution conduit, par principe, « *à un anéantissement rétroactif du contrat et les parties doivent être remises dans l'état ou elles étaient antérieurement à sa conclusion* »¹⁷⁰. En effet, la résolution anéantit l'ensemble du rapport juridique et ses effets sur les parties¹⁷¹. L'individu impliqué dans la réception ne posséderait plus la qualité de récepteur. L'artiste, ou encore l'intermédiaire de diffusion, aurait à répondre de la remise en cause de l'exécution partielle de la réception. Cette solution reviendrait à nier toute acceptation d'un aléa ou d'un risque par le récepteur, voire de son autonomie. De plus, l'activité spécifique de la réception du message rend impossible la restitution de ce qui a été exécuté.

85. La remise en cause du consentement aurait alors des effets similaires à la résiliation¹⁷². Soit la durée du rapport entre l'artiste et le récepteur est cloisonnée à la durée de l'œuvre ou de la prestation, soit elle reste indéterminée car soumise au libre arbitre du récepteur dans la durée de la contemplation. Que la résiliation intervienne de manière anticipée ou au terme de la contemplation, elle s'effectue « *par simple manifestation unilatérale de volonté, et ce en toute*

¹⁶⁷ **R. ENCINAS DE MUNAGORRI**, op.cit., p.101, n°92

¹⁶⁸ Le cas de la résolution se retrouve lorsqu'il y a inexécution de la prestation promise. Plus largement relative aux contrats synallagmatiques, elle anéantit le contrat y compris les effets qu'il a pu jusqu'alors produire. Elle équivaut à une annulation. Voir en ce sens **A. BENABANT**, *Les obligations*, Domat, Montchrétien, 11^{ème} édition, n°391, p.276.

¹⁶⁹ **M. FABRE-MAGNAN**, op.cit., p.616, n°239

¹⁷⁰ *Ibid.*, p.619, n°240

¹⁷¹ En ce sens **A. BENABANT**, *Les obligations*, op.cit., n°391, p.276.

¹⁷² La résiliation apparaît lors de l'annulation d'un contrat à exécution successive laissant subsister certaines périodes écoulées. L'annulation, provenant d'un acte volontaire, ne produit alors des effets que pour l'avenir. Voir en ce sens **A. BENABANT**, *Les obligations*, Op.cit., n°391, p.276 et **G. CORNU**, *Vocabulaire Juridique*, Association Henry Capitant, Quadrige, PUF, 7^{ème} édition, 2005 (résiliation). Dès lors la relation entre le récepteur et l'œuvre se rapproche plus largement du contrat à exécution successive en raison de l'hypothèse de révocation du consentement existante tout au long du déroulement de la réception.

liberté, et notamment sans aucune formalité »¹⁷³. Le consentement ne portant que sur l'acceptation de recevoir l'œuvre, et non sur la satisfaction personnelle retirée, sa révocation n'emporte donc que le droit de s'en défaire. La remise en cause du consentement n'a donc aucun effet rétroactif et ne porte que ses effets sur l'avenir. Elle confirme la qualité de récepteur de l'individu impliqué. Il ne peut se prévaloir de la révocation de son consentement afin de remettre en cause une exécution partielle. Les effets de l'engagement dans la réception demeurent à la charge du seul récepteur en raison du risque inhérent à la réception. L'arrêt de la réception, n'entraîne, en soi, aucune conséquence. La remise en cause du consentement peut seulement être un élément de preuve d'un consentement non éclairé, en raison de la différence entre l'exécution proposée et celle reçue. Cette conception a donc cet avantage d'offrir un équilibre entre les différents intérêts en jeu.

86. Souvent fruit d'une initiative personnelle, cette remise en cause de la volonté demande effectivement un moindre formalisme dans sa manifestation. Le cas le plus classique d'un arrêt volontaire de l'activité par le récepteur suffit, que ce soit quitter l'endroit où se déroule la réception, arrêter le support qui la permet ou autre. Le spectateur de cinéma de théâtre ou de manifestations musicales doit quitter une salle, un lieu. Les messages fixés sur un support ayant comme vocation la réception privative peuvent être stoppés par l'utilisateur du matériel. Cette faculté se retrouve au sein de l'arrêt *Scherer* relatif à la projection d'un film dans une salle réservée à certains membres privilégiés d'un sex-shop. M. Scherer soutient dans son argumentation que l'agent de police en civil qui s'était retrouvé dans la salle de projection du film « *avait quitté très rapidement la salle* »¹⁷⁴. Il ressort que le contrôle du consentement ne détermine pas à lui seul la certitude de l'adéquation d'un message artistique à un individu. Néanmoins, la faculté qu'à le récepteur de se délier du message lui offre la possibilité de mettre fin au consentement donné et par conséquent de ne plus se mesurer au message, sans pour autant empêcher la diffusion pour autrui.

87. Lorsque l'arrêt découle de l'agissement d'un tiers, la volonté de ne plus recevoir doit être manifestée par une demande du récepteur signifiée de manière expresse¹⁷⁵. Le non respect

¹⁷³ M. FABRE-MAGNAN, op.cit., p.559, n°215

¹⁷⁴ Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994, §10

¹⁷⁵ Au sein de l'arrêt *K.A. et A.D.*, la Cour note que le consentement de la victime s'est arrêté car la victime avait crié « *pitié* » et « *stop* », mots par lesquels il aurait été convenu entre les intéressés que ceux-ci devaient mettre fin aux opérations ». Les requérant n'ont pas respecté la volonté de la victime alors que celle-ci avait demandée de manière expresse la fin de l'activité. La Cour ne justifie l'arrêt du consentement d'aucune autre manière (§57). Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc.. Une telle situation peut se retrouver en matière artistique, notamment du fait du développement des œuvres interactives demandant la participation, parfois physique du récepteur. On pourrait ici

de cette volonté crée ainsi une situation de soumission à une activité de réception qui n'est plus consentie. Cette situation, constituant une ingérence de la part du tiers diffuseur, est susceptible d'attenter à la liberté de recevoir du récepteur, en raison de l'effet horizontal des dispositions de la CEDH¹⁷⁶. Le diffuseur aurait alors le devoir de ne pas attenter à la liberté de recevoir. Si ce type de devoir n'est pas inscrit dans la Convention, il est à considérer comme « *la résultante du respect des droits de l'Homme entre personnes privées* »¹⁷⁷. L'absence de possibilité de se défaire du message, et ce, malgré la volonté du récepteur conduit alors à la contrainte de la réception. Elle s'analyse comme une atteinte au droit de ne pas recevoir¹⁷⁸. Ainsi, la libre révocabilité de la volonté de recevoir conduit à deux types de devoirs pour les acteurs de la diffusion : soit engendrer un devoir de ne pas entraver l'arrêt individuel de la réception, soit conduire à l'hypothèse d'un devoir de mettre fin à la réception lorsque l'initiative de l'arrêt leur revient.

88. La revendication du droit individuel de recevoir un message artistique, sous l'égide du principe de l'autonomie personnelle, ne peut prospérer que par le respect de la volonté du récepteur. Cette volonté est plus souvent déduite que manifestée explicitement. Il est donc indispensable qu'elle repose sur certaines caractéristiques. La volonté ne peut exister si elle n'est pas constituée en connaissance de cause. L'autonomie personnelle ne peut s'appliquer si l'individu est dans l'ignorance de l'activité qu'il entend entreprendre. De plus, la question de la volonté individuelle ne s'arrête pas aux portes de la réception. Elle doit subsister tout au long de l'activité. Elle implique que le récepteur puisse maîtriser sa volonté tout au long de l'activité réceptrice. Libre de choisir de s'engager dans la réception et de s'en défaire à tout moment, le récepteur use de son droit de recevoir au prix d'un risque particulièrement limité. Néanmoins, l'autonomie de la volonté du récepteur ne peut servir d'immunité à l'artiste souhaitant s'absoudre des contraintes du droit pénal au profit de tentations liberticides.

simplement l'exemple des œuvres diffusées sur support dynamiques qui imposent une sécurisation du récepteur, en l'attachant par exemple à un siège prévu à cet effet.

¹⁷⁶ L'effet horizontal des dispositions de la Convention peut se comprendre comme l'applicabilité de la Convention aux rapports interindividuels. Voir plus précisément, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op.cit., p.29

¹⁷⁷ **B. MOUTEL**, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées* [En ligne]. Thèse de doctorat : Droit Privé. Université de Limoges, 2006, p.303

Disponible sur <<http://epublications.unilim.fr/theses/2006/moutel-beatrice/moutel-beatrice.pdf>>

¹⁷⁸ Cf. *infra*, n°162 et s.

III. L'effet inhibiteur du droit pénal

89. Le récepteur qui s'engage dans la réception accepte un aléa lié au contenu du message. Il s'expose à un risque en contrepartie d'un profit d'ordre spirituel et culturel. Ce risque revient, au sens de la jurisprudence classique de la Cour EDH, à être potentiellement heurté, choqué, inquiété¹⁷⁹, par le message auquel on consent. En effet, la notion de risque comprend l'hypothèse « (d')un évènement préjudiciable dépend(ant), plus ou moins du hasard ». Cet évènement est ici « plus ou moins indépendant(e) de la volonté de l'homme »¹⁸⁰ car les effets de la réception sont subordonnés au contenu du message et à l'interprétation personnelle qui en est faite. L'individu, en acceptant la réception, ne supprime pas intégralement le risque mais, accepte celui qui est inhérent à l'exercice de la réception artistique. Toutefois, l'acceptation d'un aléa, ou d'un risque, par le récepteur ne saurait couvrir toutes les fautes de l'artiste. Au contraire, la Cour EDH a affirmé que le pouvoir d'interprétation des récepteurs pouvait être la cause de la mise en jeu du droit pénal dans la liberté d'expression¹⁸¹. Contrairement à ce qu'affirme le Professeur Sudre, l'autonomie personnelle n'entraîne pas l'« affranchissement de toute limite dans tous les choix »¹⁸². L'existence d'un rapport inévitable à l'artiste est plutôt une cause naturelle de restriction.

90. La Cour EDH a dégagé du caractère personnel d'une activité et du consentement de l'individu la nécessité de démontrer « des raisons particulièrement graves »¹⁸³ pour justifier simplement d'une ingérence. L'État doit, par principe, s'abstenir de toute ingérence. Il doit laisser subsister à une dose de risque inhérent à l'exercice de la liberté de recevoir un message artistique. Si le consentement ne justifie pas, à lui seul, tout message de l'artiste, il commanderait

¹⁷⁹ Ces termes sont repris de la formule de l'arrêt *Handyside*, affirmant que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. ». De même : Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct.. 2009, §22 ; Cour EDH, *Palomo Sanchez et a. c. Espagne*, 12 sept. 2011, §53

¹⁸⁰ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, les obligations*, 3^{ème} édition, Defrénois, 2007, pp.38-39

¹⁸¹ L'arrêt *Handyside* avait mis en avant que le pouvoir d'interprétation des récepteurs d'un message pouvait être une cause de limitation. « Les jeunes [...] pouvaient interpréter comme un encouragement à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire commettre certaines infractions pénales », Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁸² Frédéric Sudre affirme, suite à l'arrêt *K.A. et A.D.* qu'« ainsi étendue au sens de l'autonomie personnelle, la « vie privée » signifie l'affranchissement de toute limite dans tous les choix existentiels ». En d'autres termes, que la notion d'autonomie personnelle impliquerait alors une liberté totale de choix de l'individu. F. SUDRE, JCP 2005, Doctrine Chronique, I, 159, 7. A, 12, p.1453 et s.

¹⁸³ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., §84

une extension du pouvoir de contrôle du récepteur sur les messages qu'il est désireux de recevoir. L'ampleur du consentement à la réception peut donc poser problème. Malgré l'affirmation d'une autonomie personnelle du récepteur, le message reçu n'en reste pas moins susceptible de tomber sous la coupe du droit pénal¹⁸⁴. En effet, en France, le contenu des messages artistiques est susceptible de limites en vertu de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse et des dispositions pénales. Cette emprise du droit pénal sur le message reçu n'est pas sans incidence sur la qualification du consentement du destinataire. La recherche d'un équilibre nécessaire entre liberté individuelle et obligation répressive limite inévitablement la portée du consentement. Ce dernier doit être mis en relation avec les qualifications possibles du consentement en matière pénale : le consentement participatif (A) et le consentement permissif (B).

A/ Le rejet de la qualification de consentement participatif

91. Le consentement participatif se définit comme un « *consentement par lequel son auteur accepte de prendre part à une infraction* »¹⁸⁵. Rattaché au droit de recevoir un message artistique, cela suppose que le destinataire acceptant la réception s'associe à l'artiste en vue de supporter les risques de sanctions. Le récepteur deviendrait donc complice de l'infraction commise par l'artiste. La qualification de consentement participatif du récepteur entraîne alors une vision restrictive de la liberté et n'est pas envisageable pour plusieurs raisons. En cas de consentement participatif « *chaque protagoniste est un auteur pénal qui manifeste son accord avec l'infraction d'un autre* ». Cette notion impose alors une « *entente en vue de la réalisation* »¹⁸⁶ de l'infraction. Or, le récepteur ne consent qu'à l'acte de réception. L'aléa existe car le consentement précède la réception. Il ne marque pas, par principe, l'adhésion du récepteur au contenu du message. Le récepteur n'est donc pas un participant à l'infraction ; il ne possède aucun contrôle du contenu du message et ne participe pas à sa diffusion. C'est pourquoi

¹⁸⁴ Voir en ce sens, **B. DE LAMY**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 34, L.G.D.J., 2000, p.8, n°22.

¹⁸⁵ **X. PIN**, *Le consentement en matière pénale*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 36, L.G.D.J., 2002, p.235, n°266

¹⁸⁶ *Ibid.*, n°267

l'élément matériel des infractions pénales relatives à la liberté d'expression réside dans l'acte de communication¹⁸⁷. La réception n'intervient donc qu'après la consommation de l'infraction.

92. La Cour EDH a semblé confirmer cette hypothèse. Dans l'arrêt *Salihoglu*¹⁸⁸, le requérant a été condamné en raison de la possession de journaux jugés illicites. Or, l'acquisition des journaux par le requérant était antérieure à leur condamnation. La Cour a conclu à la violation de l'article 10. La Cour s'est fondée sur le manque de prévisibilité de la sanction. Pour ce faire, elle a relevé la difficulté, pour le détenteur, de connaître d'une incrimination de la publication postérieure à son acquisition¹⁸⁹. Ne jugeant que de la légitimité du but invoqué par le gouvernement, la Cour n'a pas écarté toute hypothèse d'une sanction du détenteur du message illicite de manière absolue. Toutefois, la sanction du récepteur ne peut intervenir que par la preuve de la connaissance de l'illicéité judiciairement constatée du message reçu. Ainsi, la sanction n'est possible que si l'individu recherche volontairement à recevoir un contenu jugé illicite en ordonnant une diffusion interdite.

93. Le droit pénal ne se soucie que peu de la réception, sauf à considérer les destinataires comme victimes potentielles. Le destinataire ne peut être taxé de complicité¹⁹⁰ et ce, même s'il adhère au propos litigieux de l'artiste. Faire supporter l'infraction sur les récepteurs entraînerait

¹⁸⁷ Par exemple : L'article 227-23 du Code pénal qui sanctionne « *le fait, en vue de sa diffusion, de fixer enregistrer ou de transmettre* » le message litigieux ou encore de l' « *offrir* » ou de le « *rendre disponible* ». L'article 227-24 du même code, relatif aux messages à caractère violent ou pornographique, sanctionne le fait « *de fabriquer, de transporter, de diffuser* ». L'article 226-8 incrimine le simple « *fait de publier* ». La loi du 29 Juillet 1881 sur la liberté de la presse, sanctionne, dans son chapitre IV, les crimes et délits par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication.

¹⁸⁸ Cour EDH, *Salihoglu c. Turquie*, 21 oct. 2008, §29

¹⁸⁹ « *La Cour note que les décisions en question n'ont pas été prises à l'égard de la requérante et qu'il n'est en outre aucunement établi, ni allégué du reste, que celle-ci a eu connaissance de ces décisions. À cet égard, la Cour estime que l'insoumission à une décision de justice ne peut être répréhensible que si celle-ci a été portée à la connaissance de l'intéressé.* », Cour EDH, *Sahiloglu c. Turquie*, préc.

¹⁹⁰ Sauf à considérer quelques exceptions exhaustivement énumérées : L'article L121-1 du Code Pénal énonce le principe de la responsabilité individuelle en matière pénale, à savoir que « *nul n'est pénalement responsable que de son propre fait* ». L'article L121-7 du Code Pénal dispose qu' « *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation* ». La consommation de l'infraction ne réside que dans l'expression du message incriminé. Dès lors, la réception n'intervient que postérieurement à la consommation de l'infraction. Le droit pénal intervient alors en vue de protéger les récepteurs potentiels et non de les sanctionner. De là, le récepteur ne peut être sanctionné car l'individualisation de la responsabilité pénale impose « *qu'une personne ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée si elle n'a pas elle-même participé à la perpétration de l'infraction* ». **F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC**, *Droit pénal général*, Corpus droit privé, Economica, 2007, p.469 ; n°506. Néanmoins, on peut voir certaines exceptions comme l'alinéa 5 de l'article L227-23 du Code pénal sanctionnant « *le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition* » des images ou représentations d'un mineur ayant un caractère pornographique.

un « *effet inhibiteur* »¹⁹¹ qui empêcherait les individus de contribuer à l'échange artistique par la peur de la sanction.

B/ La qualification de consentement permissif

94. Il est plus approprié de qualifier la volonté individuelle de recevoir de consentement permissif. Ce dernier intervient lorsqu'une « *personne accepte de subir une infraction, la tolère, ou incite son auteur à la commettre à son encontre* ». L'individu qui consent est alors défini comme une « *victime* », car il « *adhère par avance à une infraction* »¹⁹², ou à un acte susceptible d'être qualifié comme tel. Cette définition cadre plus largement avec la position classique du récepteur du message artistique. En effet, le récepteur accepte par avance la réception d'un message qui reste encore partiellement inconnu et dont il ne peut totalement évaluer les effets. L'analyse du consentement permissif est alors à faire à l'aune de l'autonomie personnelle du récepteur.

95. Le consentement individuel permet à l'artiste « *de soumettre une œuvre à la critique et à la sanction du spectateur individuel qui prend l'initiative (...) d'engager un colloque singulier avec ladite œuvre* »¹⁹³. Le récepteur n'est pas seulement victime potentielle du message, mais aussi bénéficiaire. Il accepte donc de s'engager dans la réception sans conditionner son consentement à une attente subjective sur la satisfaction provoquée par la réception¹⁹⁴. En outre, ce consentement permissif à la réception astreint l'individu à un risque inhérent au contenu du message artistique. Il est de règle que la « *permission individuelle* » du récepteur doive se doubler d'une « *permission légale* »¹⁹⁵, protectrice de « *l'intérêt social* »¹⁹⁶, pour que puisse prospérer la liberté individuelle.

¹⁹¹ Voir notamment : Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 fév. 2005

¹⁹² X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Thèse, op.cit., p.64, n°51

¹⁹³ TGI Paris, 28 Janvier 1985, n° Jurisdata : 1985-764695

¹⁹⁴ La Cour EDH « *considère le fait que quelques téléspectateurs mécontents ou surpris par l'émission ont déposé des plaintes à la suite de la diffusion du reportage ne constitue pas une raison suffisante, en soi, qui puisse justifier la prise de mesures* » Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006, §63. La Cour de cassation a, de même, affirmé, au sein de l'affaire relative au film *La dernière tentation du Christ* qu'il ne fallait pas prendre « *en considération la subjectivité personnelle de tel ou tel spectateur* » lors d'une hypothèse de restriction à l'encontre d'un message artistique. Cour de Cassation, Civ.1^{ère}, 27 oct. 1990, n° de pourvoi 88-19366.

¹⁹⁵ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Thèse, op.cit., p.84, n°70

¹⁹⁶ *Ibid.*

96. La manifestation positive de volonté du récepteur est à même de constituer « *un élément de la justification de certaines infractions, en tant que condition d'une permission légale* »¹⁹⁷. Si l'infraction est traditionnellement constituée par sa diffusion, c'est, dans certains cas, l'existence d'une réception non consentie qui crée l'incrimination. À l'instar des infractions dites de « *violences volontaires* »¹⁹⁸, le risque de la réalisation d'un acte supposé attentatoire à l'individu n'est condamnable qu'en fonction des conditions dans lesquelles il se produit. Alors, les conditions de réception peuvent jouer le rôle de permission légale, à travers la recherche d'un acte positif de volonté du récepteur. L'établissement de la permission individuelle a ainsi pour effet de détourner les indésirables du message litigieux, tout en le laissant accessible aux personnes qui, soit ne verrons aucune atteinte dans le message, soit souhaitent prendre ce risque. La permission légale résulte donc du conditionnement de la réception se prémunissant des possibles restrictions émanant de la « *dimension sociale* »¹⁹⁹ de la liberté de réception. Le consentement permissif tend à considérer le récepteur, autonome dans sa volonté, comme bénéficiaire potentiel du message, plutôt que victime supposée.

97. Le consentement individuel, d'intérêt privé, n'évacue pas pleinement l'immixtion du droit pénal, qui, lui, est d'intérêt général. En effet, « *la répression pénale ne saurait dépendre des volontés individuelles car elle sanctionne la violation d'un intérêt qui dépasse celui des particuliers* »²⁰⁰. La permission individuelle est circonscrite à un risque limité ; la conception du récepteur comme victime potentielle n'est pas évincée. Qu'il revienne à une souffrance par la réception ou au fait d'être heurté ou choqué²⁰¹, le risque consenti ne peut tout justifier. Ce risque doit rester normal²⁰² et ne peut toujours jouer le rôle de permission légale.

Ce lien avec l'artiste laisse entrevoir une certaine analogie dans l'existence du rapport à autrui avec l'arrêt *K.A. et A.D.*²⁰³, relatif aux pratiques sadomasochistes. En l'espèce, le consentement de la femme, victime du jeu sadomasochiste, et le bon déroulement de la pratique étaient subordonnés aux actes qu'allaient perpétrer les autres pratiquants. En matière artistique,

¹⁹⁷ Voir en ce sens : *Ibid.*, p.76, n°61. Par exemple, la nécessité de consentir à la réception peut éviter l'application de l'article 227-24 du code pénal. Ce dernier interdit le fait de diffuser « *un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine* », si celui-ci « *est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* »¹⁹⁷. Malgré la possibilité de large interprétation de l'article, les précautions prises par les diffuseurs pour éviter que les mineurs puissent percevoir le message par la nécessité, pour l'adulte de consentir à la réception, emporte le droit de diffuser des messages d'une telle nature.

¹⁹⁸ En ce sens, X. PIN, *Ibid.*, p.83, n°69

¹⁹⁹ La dimension sociale est le thème de la deuxième partie de cette étude. Cette dimension fera donc l'objet d'une étude approfondie par la suite.

²⁰⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op.cit., p.64, n°54

²⁰¹ Voir notamment, Cour E.D.H., *Handyside contre Royaume-Uni*, préc.

²⁰² Le risque doit être considéré comme proportionné à l'activité entreprise en connaissance de cause.

²⁰³ Cour EDH, *K.A et A.D c. Belgique*, préc.

le consentement et le déroulement de l'activité sont limités aussi par un autre acteur : l'artiste qui génère la réception. Dès lors, l'affaire précitée permet de relever les incidences du rapport à autrui. En l'espèce, la Cour EDH a défini les limites du consentement permissif. Elle a estimé que le consentement de la victime ne pouvait être, à lui seul, un consentement justificatif rendant inopérant toute limitation pénale²⁰⁴. Ainsi, le consentement du récepteur ne saurait constituer, à lui seule, un fait justificatif²⁰⁵. Il ne peut permettre à l'artiste de délivrer un message constitutif d'une infraction pénale²⁰⁶. Le consentement permissif du récepteur n'existe donc que si la loi le prévoit ou ne l'interdit pas²⁰⁷. Certaines infractions excluent le recours au consentement permissif du récepteur en raison du contenu même du message et de ses effets sur lui ou sur l'ensemble de la société.

98. Le consentement permissif du récepteur engendre une diversification dans l'échange artistique. Il permet une vérification de l'exercice de la liberté de recevoir par le consentement et empêche la constitution de certaines infractions. La permission individuelle laisse alors place à une intimité de la réception au bénéfice de l'individu qui y consent. Toutefois, cette permission ne s'absout pas de toute contrainte normative et sociale, emportant inévitablement une relativisation de l'autonomie personnelle. Sa portée limitée laisse subsister l'idée que le récepteur puisse être une victime potentielle à protéger. Le récepteur ne peut donc accepter qu'un risque inhérent à l'activité de réception du message artistique car son consentement conditionne une réception plus libre, mais aussi plus risquée.

L'autonomie de la volonté du récepteur est un élément protecteur de la liberté artistique. Même si le consentement individuel ne s'affiche pas toujours clairement, il se déduit des modalités de réception. L'engagement individuel à la réception, en tant que consentement permissif garantit une latitude dans l'échange artistique. L'artiste, libre de créer et d'offrir un message, le fait au profit de ceux qui le souhaitent. Les destinataires potentiels ne doivent pas inévitablement être perçus comme des victimes qui s'opposent au message. Le consentement du

²⁰⁴ En effet, la Cour observe que « *les requérants ne pouvaient pas non plus penser que le consentement de la victime pouvait constituer une cause de justification susceptible de « neutraliser » l'élément légal de celle-ci et, partant, affecter son existence, puisque le consentement de la victime de l'infraction ne constitue pas une cause de justification proprement dite* », Cour EDH, *K.A et A.D. c. Belgique*, préc., §55

²⁰⁵ En ce sens, **X. PIN**, *Le consentement en matière pénale*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 36, L.G.D.J., 2002, p.195

²⁰⁶ La Cour Européenne a affirmé les hypothèses d'interventionnisme du droit pénal. « *Les requérants ne pouvaient pas non plus penser que le consentement de la victime pouvait constituer une cause de justification susceptible de « neutraliser » l'élément légal de celle-ci et, partant, affecter son existence, puisque le consentement de la victime de l'infraction ne constitue pas une cause de justification proprement dite.* » Cour EDH, *K.A et A.D. c. Belgique*, préc., §55

²⁰⁷ En ce sens, **X. PIN**, *Le consentement en matière pénale*, Thèse, op.cit., p.109, n°116

récepteur le démarque d'autrui pour entrer dans un colloque avec le message où il sera le seul juge. Toutefois, cette indifférence de l'opinion d'autrui sur le message reçu ne peut prospérer que par l'assurance de la pleine volonté du récepteur. C'est pourquoi la pleine et entière protection du droit individuel à la réception nécessite l'existence d'un consentement libre et éclairé. Néanmoins, l'autonomie personnelle du récepteur ne saurait être absolue. Elle est à relativiser.

Section 2 : Une relativisation de la volonté du récepteur

99. Lorsqu'apparaît la notion d'autonomie personnelle, la Cour européenne « évite d'évoquer directement la question de la protection (de la personne) contre elle-même et de mettre en cause l'intégrité du consentement »²⁰⁸. Néanmoins, l'idée subsiste dans la doctrine que « les êtres sensibles ne sont pas (tous) des être sensés »²⁰⁹. Cette affirmation, credo de la Cour EDH avant la découverte du principe de l'autonomie personnelle, ne peut plus constituer la ligne directrice de la liberté de réception. Toutefois, l'attrait particulier du mineur pour les messages artistiques laisse encore force à cette idée. Le mineur est perçu comme une personne à protégée car, présumé vulnérable. La valeur de son consentement à la réception reste une source d'interrogation. Plus généralement, l'État a toujours la possibilité de s'ingérer dans la liberté d'expression par des moyens préventifs ou répressifs en vue de refuser la diffusion d'un message litigieux, et ce même lorsque des personnes sont désireuses de le recevoir. L'ensemble de ces ingérences se conçoit comme une protection de la personne contre le message artistique et ses effets. Elle ravive la conception du récepteur en tant que victime potentielle. Elle se manifeste, soit dans l'instauration de limites générales à l'autonomie personnelle (§1), soit dans la protection spécifique du mineur (§2).

§1. Les limites générales de l'autonomie personnelle

100. L'État peut poser des limites d'ordre général à l'autonomie de la personne en matière de réception. Les autorités se constituent en dernier rempart contre « une des illusions de la modernité » qui « consiste à considérer l'être humain comme un pur sujet, tout entier dans sa volonté, et doté d'une raison infaillible »²¹⁰. Cependant, ces restrictions sont de différents ordres. Leur étude suppose une interprétation impersonnelle, sans considération du rapport à autrui, car

²⁰⁸ F. MASSIAS, RSC, chronique internationale, droit de l'homme, note relative à l'affaire Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, RSC 2002, p.645 et s., p.654

²⁰⁹ H. DE BALZAC, *Maximes et pensées*

²¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, « *Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale* », D. 2008, n°1, Chronique pp.31 et s., p.38

elles remettent directement en cause le droit pour l'individu de recevoir un message. Dès lors, cette analyse nous place non pas « devant un choix entre deux principes antinomiques, mais devant un principe - la liberté d'expression - assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite »²¹¹. Imposant une recherche préliminaire des buts légitimes qui les commandent (I) ces restrictions appellent à une analyse prudente et particulièrement vigilante (II).

I. Une diversité des buts légitimes de restriction

101. L'art est sans conteste un vecteur d'opinion. L'artiste peut ainsi s'engouffrer dans tout thème qui le touche et faire de son œuvre un symbole d'une force incomparable. L'œuvre « peut, à elle seule, incarner une idéologie »²¹² et sa force évocatrice peut être utilisée à différents desseins. Face à l'impact du message artistique, l'État est enclin à restreindre la diffusion de messages qui, sous couvert d'une forme artistique, incitent le récepteur à la commission d'actes considérés comme néfastes. Cette relativisation de l'autonomie personnelle s'explique en raison des effets potentiels du message sur le récepteur. Elle s'oppose à ce que le récepteur soit tenté de s'élever en un « Tueur né »²¹³ ou de développer une tendance à l'autodestruction. Empreinte de paternalisme, la relativisation de l'autonomie personnelle relève alors de deux intérêts distincts : la protection des intérêts de l'État (A) et la protection de la personne contre elle-même (B).

A/ La protection des intérêts de l'État

102. M. le Professeur Cohen-Jonathan affirmait que si « on laisse à certains la possibilité d'utiliser la Convention pour porter atteinte à ces institutions, on risque d'aboutir à une

²¹¹ Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avr. 1979

²¹² Bertrand De Lamy énonçait avec justesse que « la portée symbolique d'une œuvre peut être bien plus puissante qu'un long discours ». **B. DE LAMY**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op.cit., p.45 n°99. Pour exemple, une chanson tel que *Le déserteur* de Boris Vian, *Les Anarchistes* de Léo Ferré. Des œuvres telles que le livre *1984* de Georges Orwell, *Le procès* de Franz Kafka sont aussi connus pour des idéologies marquées.

²¹³ Référence à l'affaire Rey-Maupin. Les médias avaient fait un fort rapprochement entre les crimes commis par Florence Rey et son compagnon Alexandre Maupin le 4 Octobre 1994 et le film *Tueurs nés* d'Oliver Stone sorti le 21 septembre de la même année. Ils s'étaient attaqués à la préfourrière de Pantin et tuèrent 5 personnes dont 3 policiers. Pourtant, il n'en a jamais été question devant les juridictions qui ont jugé Florence Rey et l'amalgame entre l'acte de Florence Rey et le film ne fut que médiatique. Voir notamment, *Affaire Rey-Maupin*, Wikipédia, *Les plus grands scandales au cinéma*, <http://www.linternaute.com/sortir/cinema/film/dossier/films-a-scandales/1.shtml>

situation où le principe même de toute liberté sera niée »²¹⁴. L'État peut donc se protéger contre les conséquences néfastes qu'un message artistique peut procurer sur la société²¹⁵. Cette restriction à la liberté de choix, notamment par le biais du droit pénal et des pouvoirs de police administrative, n'a pas pour but de sanctionner l'existence de l'opinion de l'artiste. Les infractions dites de presse, contenues dans le Code pénal, sont constituées, non pas en raison de l'existence de l'opinion, mais en raison de la volonté de la diffuser. C'est donc la constitution d'un message à diffuser qui caractérise l'infraction car, si l'artiste est libre de ses opinions, certaines n'ont pas à être reçues par autrui. L'État dispose de différents moyens pour éviter que l'artiste ne puisse utiliser son droit à la liberté d'expression et invoquer les droits de l'Homme « *pour prôner une idéologie qui leur est attentatoire* »²¹⁶.

103. L'article 17 de la CEDH permet d'interdire l'invocation de la Convention lorsque l'exercice de droits protégés vise à la destruction des droits de l'Homme. Cette philosophie de l'article 17 offre ainsi la possibilité à l'État de limiter la diffusion de messages qui « *visent à propager la violence ou la haine, [...] encouragent le recours à la violence, sapent le système politique démocratique et pluraliste* »²¹⁷. Selon M. le Professeur Levinet, cette restriction est « *destinée à protéger le pluralisme* », car ce dernier « *serait certainement en péril en l'absence*

²¹⁴ **G. COHEN-JONATHAN**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1989, p.553

²¹⁵ Par exemple, les propos de certains hommes politiques français à l'encontre de certains groupes de rap ont donné lieu à diverses poursuites pénales. Le groupe *Sniper* a été poursuivi pour sa chanson *La France* sur le fondement des articles 23 et 24 de la loi du 29 Juillet 1881. Le procès s'est terminé devant la Cour de cassation donnant gain de cause au groupe. C.Cass., Ch. Crim., 23 janv. 2007, n°06-85.329. Richard Makela alias *Monsieur R.* a été accusé d'incitation à la haine et de sexisme par le député UMP François Grosdidier à partir d'une de ses chansons et de son clip, *FranSSE*. Il a été mis en examen, sur demande du député UMP Didier Mach, le 6 février 2006 par le tribunal de Melun, sur le fondement de l'outrage au bonnes mœurs et fut jugée irrecevable. L'AGRIF a ensuite porté plainte contre lui pour injure raciale, mais a été déboutée. T. Corr. Paris, 17eme, *AGRIF c. R. Makela*, 27 avril 2007 ; C. Cass, 3 févr. 2009, n°08-85220. En réaction à une chanson commercialisée au mois d'août 2005, dont de larges extraits sont repris dans l'exposé des motifs, et afin d'éviter la propagation de discours de haine menaçant la cohésion nationale, Daniel Mach et Jean-Paul Garraud, députés, ont déposé une proposition de loi tendant à créer un délit d'atteinte à la dignité de l'État et de la France, puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, qui résulterait de « *toute insulte, toute manifestation de haine, publiée, mise en ligne sur Internet, télévisée ou radio-diffusée, proférée à l'encontre du pays, de ses personnages historiques, des dépositaires de l'autorité publique ou de ses institutions* » ou du « *détournement du drapeau national* ». Proposition de loi n° 2532 visant à instaurer un délit d'atteinte à la dignité de la France et de l'État, déposée le 28 septembre 2005

Les autorités turques, au sein de l'arrêt *Ulusoy contre Turquie*, souhaitaient interdire la diffusion d'une pièce de théâtre. Elles soutenaient que « *le but ne consistait pas à interpréter une œuvre artistique mais à augmenter le nombre de sympathisants du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan), une organisation illégale* »²¹⁵ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007, §12. Mais aussi, lors de l'affaire *Karatas*, le Gouvernement justifie la restriction par le fait que « *le requérant a, à travers ses poèmes, participé à de la propagande séparatiste* » Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999, §46.

²¹⁶ **B. DE LAMY**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Thèse, op.cit., p.56 n°124

²¹⁷ Vision de l'article 17 au sein de l'opinion dissidente de M. Le Juge JAMBREK au sein de l'affaire *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998

de toute possibilité de combattre de façon radicale les usages abusifs de la liberté »²¹⁸. L'article 17 constitue une limite au principe de tolérance et empêche « l'expression de toutes les dissidences »²¹⁹. La Cour a affirmé qu'elle n'entendait pas, en principe, différencier les formes ou le mode d'expression²²⁰. Or, l'application de cet article reste pourtant marginale. Elle est plus particulièrement contestable en matière artistique²²¹. De par son essence, le système démocratique, caractérisé par la tolérance et l'esprit d'ouverture, doit laisser exister des opinions hostiles au système en place. Appliquer l'article 17 à la matière artistique pourrait être la preuve de la faiblesse du régime. La spécification artistique nuance le contenu et l'interprétation du message.

104. Cette spécificité a été confirmée par l'arrêt *Karatas*. La Cour EDH a interprété les propos contenus dans le message en raison de sa nature artistique. En effet, la cour a jugé, le même jour, quinze affaires relatives à des publications susceptibles d'appeler à la violence. La nature artistique des propos, en l'affaire *Karatas*, a conduit à une analyse différente des propos sous d'autres formes²²². La décision *Seurot*²²³ renforce la marginalisation de l'application de l'article 17. En l'espèce, l'écrit d'un enseignant avait été publié dans un bulletin d'information du collège religieux qui l'employait. Les propos, supposés humoristiques, ont été caractérisés par

²¹⁸ M. LEVINET, « Le pluralisme confronté à la clause d'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme », pp.125-150, p.130, dans, *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, M. LEVINET (sous la direction de), Bruylant, 2010

²¹⁹ M.-F. RIGAUX, « Préface », dans H.DUMONT et a. sous la direction de), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruylant, 2000, cité par M. LEVINET, « Le pluralisme confronté à la clause d'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p.131

²²⁰ Cour EDH, *Oberschlick c. Autriche* (n°1), 23 mai 1991

²²¹ L'article 17, ici, s'applique à ceux qui tentent de détourner l'article 10 de la Convention à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. Ainsi « en vertu de l'article 17 de la Convention ils ne peuvent se prévaloir de l'article 10. De là, le message à peine a être qualifier d'expression et ne pourra encore moins se prévaloir de la spécificité artistique, pouvant emporter la différence d'appréciation du message On assiste donc à « la mise en œuvre (...) (d'une) guillotine procédurale » (D. ROETS, « Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme », Dalloz 29 janv. 2004, n°4, p.239-244) emportant l'irrecevabilité de requêtes tenant à des propos négationnistes par l'application de l'article 17.

²²² La Cour a rendu, le 8 Juillet 1999, 15 arrêts contre la Turquie concernant des publications appelant à la violence. La Cour estime que l'incitation à la violence constitue plus largement une atteinte à la démocratie. De là, elle confère une plus large marge d'appréciation aux Etats. Néanmoins, la Cour va distinguer entre la nature des écrits pour mesurer l'impact des propos et les effets que ceux-ci peuvent avoir sur le public. Elle met en exergue l'impact moindre que peuvent avoir les écrits litigieux de l'affaire *Karatas*, à savoir des poèmes. La Cour s'appuie sur un« langage très imagé » (§50) des poèmes. Elle en conclue que « leur nature artistique et leur impact très restreint font qu'aux yeux de la Cour, ils s'analysent moins en un appel au soulèvement qu'en l'expression d'un profond désarroi face à une situation politique difficile » (§52). Cour EDH, (Grande Chambre) *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999. Cette distinction de la nature des écrits apparaît aussi au sein de l'arrêt *Sürek n°4* où la Cour estime « qu'il faut replacer cet extrait dans le contexte général de l'article, qui est écrit dans un style littéraire et métaphorique, et ne constitue pas un appel à la violence ». Cour EDH, (Grande Chambre) *Sürek n°4*, 08 juil. 1999, §58. Une telle interprétation a trouvé confirmation au sein de l'arrêt : Cour EDH, *Alinak c. Turquie*, 29 mars 2005

²²³ Cour EDH (déc.), *Seurot c. France*, 18 mai 2004

les juges internes d'incitation à la haine raciale. Malgré le caractère incontestablement raciste²²⁴ de l'article en cause, la Cour s'est simplement demandée « *si l'expression des opinions du requérant ne devrait pas être exclue de la protection de l'article 10 en vertu de l'article 17* »²²⁵. Elle profite, ensuite de l'irrecevabilité de la requête pour ne pas répondre à la question et concentrer son analyse sur le fondement de l'article 10.

Plus explicitement, l'affaire *Leroy* du 2 octobre 2008 a mis en avant la difficulté d'appliquer l'article 17 à la matière artistique. En l'espèce, une caricature des attentats du World Trade Center était parue dans journal d'information régional. Le dessin litigieux fût considéré comme une apologie du terrorisme par les juges internes. La Cour est d'avis que « *que l'expression litigieuse ne rentr(ait) pas dans le champ d'application des publications qui se verraient soustraites par l'article 17 de la Convention à la protection de l'article 10 (car) publiée sous la forme humoristique certes controversée d'une caricature* ». Elle a ainsi affirmé que le contenu du message, coloré par la forme artistique, ne pouvait être « *à ce point non équivoque* »²²⁶ pour que l'article 17 puisse être appliqué. Néanmoins, le juge européen affirme la légitimité de la condamnation sous l'angle de l'article 10.

105. L'attitude de la Cour EDH a conduit Messieurs les Professeurs Levinet et Sudre a constaté, avec regret, « *la frilosité du juge européen dans le maniement de la clause d'interdiction de l'abus de droit* »²²⁷. M. le Professeur Levinet voit dans l'article 17 un mécanisme à revitaliser dans son application directe²²⁸. Si tout recours à l'article 17 n'est pas à écarter, une application directe à la liberté d'expression artistique reste contestable. Les affaires étudiées révèlent que la nature artistique du message induit, par principe, une pluralité d'interprétations. Un message ne revêt pas un sens unique pour l'ensemble des récepteurs. Le recours à l'article 17 ne saurait être pleinement légitime que dans le cas exceptionnel d'un message artistique parfaitement « *non équivoque* »²²⁹. Les interprétations plures émanant des récepteurs laissent alors le bénéfice de l'analyse du message artistique sous l'angle de l'article 10

²²⁴ La Cour affirme que « *l'article litigieux, dont le contenu revêt incontestablement un caractère raciste, est incompatible avec les devoirs et responsabilités particuliers qui incombent au requérant.* » *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Cour EDH, *Leroy c. France*, 02 oct. 2008, §27

²²⁷ **F. SUDRE**, J.C.P. G., 2009, I, 104, n° 15, chron., cite par **M. LEVINET**, « *Le pluralisme confronté à la clause d'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme* », préc., p.131

²²⁸ Pour Michel Levinet « *les organes de la Convention utilisent la clause de l'article 17 de deux manières : directement, quand ils affirment que «le requérant ne peut pas se prévaloir des dispositions de la Convention» et, partant, donnent à la clause un effet guillotine; indirectement, dans le cadre du contrôle de proportionnalité pour apprécier la «nécessité» de l'ingérence litigieuse, l'article 17 se trouvant alors cantonné à «la fonction d'adjuvant interprétatif du droit commun des restrictions aux droits et libertés conventionnels»* *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

de la CEDH. L'équivocité du propos artistique a d'ailleurs provoqué la discussion sur la légitimité même de restrictions justifiées par les intérêts de l'État²³⁰.

106. L'utilisation du moyen artistique ne saurait toujours suffire à excuser le propos. En effet, ce moyen n'est parfois que l'artifice d'une intention malveillante²³¹. Le droit français est doté d'une panoplie de dispositions pour interdire la diffusion de messages ayant pour effets la provocation ou l'incitation à commettre des actes à l'encontre des autorités ou de la sauvegarde des institutions démocratiques²³². Cet ensemble contribue à la protection de « *la sécurité nationale* » de « *l'intégrité territoriale* » de « *la sûreté publique* », de « *la défense de l'ordre* » ou encore de « *la prévention du crime* »²³³ contenue dans le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH. Le consentement individuel apparaît ici inopérant pour justifier la diffusion de messages qui, par leur contenu, sont de nature à inciter le récepteur à porter atteinte aux intérêts de l'État et à la démocratie. Toutefois, cet ensemble légal est controversé quant à son application à la liberté artistique. Les critiques portent sur son étendue et sur la large restriction qu'il peut apporter à cette liberté²³⁴. La liberté artistique est fragilisée par de nombreuses d'hypothèses de restrictions²³⁵. Bien que cette armada légale passe pour nécessaire, la Cour européenne veille,

²³⁰ Voir en ce sens, les opinions de Lockroy et Clémenceau, dans **B. DE LAMY**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Thèse, op.cit., p.237

²³¹ La Cour, au sein de l'arrêt Leroy distingue fortement le moyen de la finalité en matière d'expression. Ayant conclu à l'utilisation d'un moyen artistique, la Cour affirme que la caricature du requérant « *relève de l'expression politique ou militante* ». Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

²³² L'article 23 de la loi de 1881 relatif à la provocation par tout moyen de communication aux crimes et délits si la provocation a été suivie d'effets est applicable à la matière artistique. Cour d'appel de Dijon, 8 janv. 1936 (œuvres cinématographiques) CA Paris, 26 avril 1990 (bande dessinée). L'article 24 relatif à la provocation aux infractions tels que les intérêts fondamentaux de la national, aux actes de terrorismes ou encore l'apologie du crime. Les articles 30, 31, 33 de la loi de 29 juillet 1881, les articles 431-6, 433-5, Article 412-8, 431-6, 433-10 alinéa 1 du code pénal sont applicables.

²³³ Article 10 paragraphe 2 de la CEDH. L'éventail de protection sous couvert de l'article 10 prouve l'inopportunité de l'application de l'article 17 en la matière. De plus, l'interdiction de propagande tendant à la négation d'un pouvoir politique démocratique, à la haine, et, plus largement, au non respect des droits de l'homme dans son ensemble peut aussi trouver son fondement dans la protection d'un « *régime véritablement démocratique* » comme le veut le préambule de la Convention. La CEDH fut écrite dans le but, notamment, de ne plus revoir les horreurs de la seconde guerre mondiale. Ainsi, il convient de rappeler que l'art fut un instrument de propagande lors de la seconde guerre mondiale et plus particulièrement par l'utilisation des affiches. Voir notamment : **L. GERVEREAU**, *La propagande par l'affiche*, Syros, 1991 et **P. BOURGET**, *Sur les murs de Paris : 1940 – 1944*, Hachette, 1959. On peut aussi prendre, à titre d'exemple, la chanson *Lili Marleen* de Lale Anderson qui a été un instrument de motivation des soldats allemands au combat. *Nationalism war and censorship, 1st world Conference in music censorship*, Copenhague, 20-22 novembre 1998, Publié et édité par Freemuse, Danemark, 2001

²³⁴ Pour voir les hypothèses critiques de l'application de la loi pénale à la liberté d'opinion : **B. DE LAMY**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Thèse, Op.cit.

²³⁵ L'ordonnance du 3 mai 1945, à plusieurs reprises modifiées, accorde au Ministre de la culture le pouvoir de refuser un visa à une œuvre cinématographique. On accorde un large pouvoir au Ministre. Néanmoins il reste soumis au contrôle du Conseil d'État. CE, *Benouville*, 09 mai 1990. L'article 14 de la loi de 1881 permettait au ministre de l'Intérieur d'interdire la diffusion de publications étrangères. Cet article a été remis en cause par l'arrêt : Cour EDH, *Association Ekin c. France*, 17 juil. 2001

avec une particulière vigilance, à sa juste application²³⁶. Les hypothèses de restrictions justifiées par la protection des intérêts supérieurs de l'État ne sauraient se transformer en une censure proche du contrôle des pensées. En effet, l'interdiction opposée à l'individu de recevoir le message litigieux devient une remise en cause indirecte de l'existence de l'œuvre. L'opinion exprimée dans le message, bien qu'existante, est alors considérée comme injustifiable en soi. Les messages artistiques librement propagés contribuent, en somme, à la constitution de code de conduite ou à la délimitation des comportements admis en la société. C'est pourquoi un tel pouvoir conféré à l'État est à utiliser avec prudence car il est susceptible de dérives²³⁷.

107. Si l'État évalue principalement l'impact du message en fonction de ses intérêts et de ceux de la société, les effets du message artistique sur l'individu sont à prendre en compte sans pour autant être diabolisés. En effet, il ressort de la pensée de John Stuart Mill que l'individu ne peut comprendre que ce qui est mauvais, à moins de le mettre en relation avec ce qui est bon²³⁸. La censure de toute opinion considérée comme néfaste par l'État, au profit d'un conformisme des idées, ne permet pas à l'individu de comprendre les tenants et les aboutissants du comportement commandé par la société démocratique et encore moins de s'en faire une opinion. Des restrictions trop largement entendues, par l'étouffement de l'individu au sein d'une idéologie unique, ne servent pas la société. L'encadrement trop strict de l'individu peut appeler à la frustration et à la révolte. La relativisation de l'autonomie du récepteur est ici à appréhender avec précaution. Il en est de même lorsque l'État pose des limites au récepteur qui risque devenir sa propre victime.

B/ La protection de la personne contre elle même

108. La Cour EDH, à travers le principe d'autonomie personnelle, s'est refusée à évoquer « *directement la question de la protection* » de la personne « *contre elle-même et de mettre en*

²³⁶ En parlant de la satire et de la caricature comme commentaire social, « *toute atteinte au droit d'un artiste de recourir à pareil mode d'expression doit être examinée avec une attention particulière* ». Cour EDH, *Leroy contre France*, préc., §44. Dans le même sens : Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct.. 2009, §27

²³⁷ Bertrand De Lamy rappelle à juste titre que « *les Etats totalitaires veillaient à promouvoir les artistes favorables à l'autorité et à museler les autres.* ». **B. DE LAMY**, (thèse), Op.cit. p.45 n°99. On peut ainsi prendre l'exemple des autorités Afghanes qui, en 1978, obligeaient les musiciens à chanter des chansons procommunistes. En cas de refus les musiciens étaient arrêtés puis expulsés du pays. Voir, **N. MAJROOH**, *The Talibans have banned all music in Afghanistan, 1st world Conference in music censorship*, Copenhague, 20-22 novembre 1998, Publié et édité par Freemuse, Danemark, 2001. De nombreux exemples se retrouvent au sein de l'ouvrage.

²³⁸ **J. S. MILL**, *De la liberté*, (1859), Traduit et commenté par G.BOSS, Éditions du Grand Midi, Zurich, 1987, notamment « *Des limites de l'autorité de la société sur les individus* », pp.130 et s.

cause l'intégrité de son consentement »²³⁹. L'autonomie de la volonté des récepteurs leur permet « d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions »²⁴⁰. Cette interprétation discutée²⁴¹ ne conduit pas à une liberté de choix absolue. L'État conserve la possibilité de protéger l'individu contre lui-même. Il peut s'opposer à la réception d'un message incitant l'individu à s'adonner à des actes qui lui sont néfastes. En effet, la provocation ou l'incitation par voie de publication à l'accomplissement de certains actes restent réprimées. L'artiste provocateur devient indirectement un tiers complice de l'action du récepteur en apportant une participation intellectuelle à son accomplissement. L'incrimination de la provocation repose alors sur l'idée que le provocateur s'immisce dans le champ de la liberté individuelle de celui qui envisage l'acte et prend délibérément le risque d'influencer son libre arbitre, voire de déclencher un passage à l'acte²⁴². L'autonomie de volonté est donc à relativiser lorsque les récepteurs sont « victimes potentielles de leur propre vulnérabilité »²⁴³. La question de la protection du récepteur contre de tels effets indésirables du message artistique laisse entrevoir trois cas principaux : la provocation au suicide, l'incitation à l'usage de stupéfiants et au tabagisme.

109. Tout d'abord, bien que le suicide ne soit pas réprimé en tant que tel, sa provocation l'est depuis la loi du 31 décembre 1987 par les articles 223-13 et suivants du Code pénal. Cette incrimination est apparue à la suite de la parution du livre *Suicide mode d'emploi* en 1982²⁴⁴. La doctrine s'est très rapidement accordée sur le fait que l'absence d'incrimination du suicide n'empêche pas que l'on ait, « dans une certaine mesure, le droit de l'empêcher »²⁴⁵.

La Cour EDH, ayant posé des limites à l'intervention physique d'un tiers provoquant une atteinte à la vie²⁴⁶, n'est pas hostile à une telle restriction. En effet, la préservation de la vie est

²³⁹ F. MASSIAS, chronique internationale, droit de l'homme, note relative à l'affaire Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, RSC 2002, préc.

²⁴⁰ Ce considérant de principe se retrouve notamment dans les décisions : Conseil Constitutionnel, n°86-217,DC, *Liberté de communication audiovisuelle*, 18 septembre 1986, ou plus récemment, Conseil Constitutionnel, n°2000-433, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication*, 27 Juillet 2000. De plus, Karine Favro met en avant dans sa thèse que l'individu dans un rôle particulier de téléspectateur exerce un réel choix dans les faits. Ainsi « *Le choix télévisuel des téléspectateurs est conditionné par le contenu du message audiovisuel, et non par la chaîne qui le dispense* ». K. FAVRO, *Téléspectateur et message audiovisuel : contribution à l'étude des droits du spectateur*, op.cit., p.2

²⁴¹ Voir D. ROMAN, « À corps défendant » la protection de l'individu contre lui-même », D. 2007, Chron. p.1284 ; F. MASSIAS, chronique internationale, droit de l'homme, note relative à l'affaire Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, RSC 2002, préc. ; F. SUDRE, JCP G., 2005, Doctrine Chronique, I, 159, 7. A, 12, p.1453 et s.

²⁴² Voir J. FRANCILLON, « Infractions relevant du droit de la communication », RSC 2002, p.615 et s.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Voir, C. Cass., Ch. crim., 26 avr. 1988

²⁴⁵ F. TERRE, *Du suicide en droit civil*, dans Etudes dédiées à Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983, p.527

²⁴⁶ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, op.cit. Dans cette affaire les juges ont refusé de consacrer un droit à la mort, la requérante souhaitant recourir à l'assistance d'un tiers pour pratiquer une euthanasie.

un devoir de l'État « dans la mesure où l'article 2, peut mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures pratiques pour protéger l'individu [...] dans certaines circonstances particulières, contre lui-même »²⁴⁷. L'État a la possibilité de s'ingérer positivement dans la liberté des récepteurs. Il peut les protéger contre l'intervention intellectuelle de tiers « les incitant à accomplir le geste irrémédiable »²⁴⁸, que ce soit en les poussant à se suicider ou en leur en donnant les moyens²⁴⁹. Toutefois, cette incrimination serait à envisager pour les seuls « appels caractérisés au suicide » afin que le champ d'application « n'atteigne pas certaines œuvres littéraires »²⁵⁰. Les nombreuses références au suicide dans les messages artistiques²⁵¹ et l'hypothèse d'une interprétation large de l'article 223-14 du Code pénal²⁵² renforcent les doutes quant aux possibilités de restriction. La question se pose de savoir à quel moment l'utilisation du suicide dans le message artistique est constitutive d'un appel caractérisé. La spécificité de la position du récepteur artistique, le recul envisagé dans son interprétation du message doivent commander la non équivocité de l'appel au suicide, prédominant sur toute intention artistique.

110. Ce besoin d'observer une distance à l'égard du message artistique en matière de suicide est à contre-courant d'un protectionnisme ravivé sur des thèmes connexes. Deux décisions du CSA sont venues rappeler à l'ordre la chaîne musicale MCM. Le Conseil a critiqué la diffusion de vidéos incitant à la pratique d'acte néfaste pour le corps, voire pour la vie. Le CSA a condamné la diffusion de vidéoclips incitant, soit à la strangulation, soit à l'automutilation. Toutefois, ces décisions sont particulièrement restrictives et arbitraire dans l'interprétation du message²⁵³. Malgré la distance prise avec la question du suicide, les tentations paternalistes

²⁴⁷ M. LEVINET, « *Préservation de la vie* », dans *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.128 sur l'arrêt Cour EDH, *Tanribilir c. Turquie*, 16 nov. 2000, confirmé par Cour EDH, *A.K. et V.K. c. Turquie*, 30 nov. 2004

²⁴⁸ Exposé des motifs de la proposition de la loi Dailly, Assemblée nationale, N°723

²⁴⁹ En ce sens, sur la publicité en faveur d'un ouvrage donnant les méthodes préconisées comme moyen de se donner la mort : C.Cass., Ch. crim., 13 nov. 2001, *J.-M. C. et O. T. c. Association de défense contre l'incitation au suicide*, Bull. n°234, J. FRANCILLON, « *Infractions relevant du droit de la communication* », RSC 2002, p.615 et s.

²⁵⁰ J. FRANCILLON, « *Infractions relevant du droit de la communication* », RSC 2002, préc.

²⁵¹ Par exemple : Le livre de G. SHEPPARD, *Signé Hubert Aquin : enquête sur la mort d'un écrivain*, Boreal express, Montreal, 1985. L'œuvre visuelle d'A. SECHAS, *Professeur Suicide*, 1995, où un Professeur fictif avec une tête en ballon de baudruche montre à ses élèves une vidéo d'individus se faisant exploser la tête à l'aide d'aiguilles. La chanson du groupe Silverchair, *Suicidal Dream*, issue de l'album *Frogstomp* (1995).

²⁵² J. FRANCILLON, « *Infractions relevant du droit de la communication* », RSC 2002, Op.cit.

²⁵³ Le CSA, dans une décision du 22 octobre 2002, relative à la diffusion de la chanson *hands around my throats* du groupe *Death In Vegas* a estimé que cette vidéo pouvait être perçue comme un encouragement à la strangulation. Par conséquent, il a demandé à la chaîne musicale d'établir une plus grande vigilance à l'égard de ces messages et implicitement de ne plus diffuser la vidéo litigieuse. Malgré le titre de la chanson que l'on peut traduire par *Tes mains autour de ma gorge*, le visionnage du clip ne laisse entrevoir que trois passages particulièrement brefs où la protagoniste du clip passe ses mains sur son cou. La strangulation est à peine suggérée voire imperceptible par le

ressurgissent de manière plus insidieuse, sur de nouveaux thèmes. Or, les provocations au suicide ou aux actes néfastes pour le corps font parties de ces infractions, fondées sur le risque, qui appellent à une particulière prudence dans leur caractérisation.

111. Ensuite, l'usage de stupéfiants est illicite en France²⁵⁴. La restriction à la diffusion d'un message incitant à sa consommation n'en est que plus justifiée. Compte tenu de l'effet des drogues sur les individus, la protection de la personne peut trouver son fondement dans l'obligation de l'État de protéger la vie, participant à une « *protection de la personne y compris contre son gré* »²⁵⁵. Du moins, la prohibition de l'usage de la drogue ainsi que l'incitation à sa consommation répondent au but légitime de la protection de la santé publique énumérée au paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH²⁵⁶. L'article L 3421-4 du Code de la santé publique réprime « *toute présentation idéalisée des stupéfiants, toute incitation à la consommation, qu'elle qu'en soit la forme* »²⁵⁷, ce qui comprend inévitablement la forme artistique. Selon la jurisprudence, les propos litigieux ne doivent pas « *créer dans l'esprit un préjugé favorable à l'usage des stupéfiants* »²⁵⁸, ou encore conduire « *à une déculpabilisation qui pousse à la consommation* »²⁵⁹. L'incitation n'a pas à être directe pour que le délit soit constitué. On peut être interpellé sur le fait que l'acte en cause, d'un effet moins néfaste et radical sur l'individu que

spectateur. Une autre décision, du 17 mai 2005, a demandé à la chaîne MCM de ne plus diffuser un clip de Marilyn Manson qui avait été sous-classifié par la chaîne, celui comportant notamment « *une mise en scène particulièrement complaisante d'actes d'automutilation* ». Le CSA n'ayant pas nommée la chanson, sa description faite par l'organe de contrôle, n'a pas permis de retrouver le clip litigieux après visionnage de l'ensemble des œuvres de l'artiste.

²⁵⁴ L'article 3421-1 alinéa 1 du Code de la Santé Publique dispose que « *L'usage illicite de l'une «des substances ou plantes classées comme stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende.* »

²⁵⁵ **J.-M. LARRALDE**, note sous Cour EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 fév. 1997, D.1998, Jur. p.97

²⁵⁶ La Cour a affirmé la validité de restrictions contre des actions ayant vocation à la promotion de la drogue justifiée par la santé publique. Cour EDH, décision partielle sur la recevabilité, *ARSEC c. Espagne (Asociacion Ramon Santos de Estudios sobre el Cannabis)*, 15 juin 1999. Voir de même sur l'incitation à la consommation de cigarette : Cour EDH, *Société Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, 05 mars 2009.

²⁵⁷ **F. CABALLERO, Y. BISIQU**, *Droit de la drogue*, Précis Dalloz, 2ème édition, 2000. L'article L3421-4 dispose que « *La provocation au délit prévu par l'article L. 3421-1 ou à l'une des infractions prévues par les articles 222-34 à 222-39 du code pénal, alors même que cette provocation n'a pas été suivie d'effet, ou le fait de présenter ces infractions sous un jour favorable est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Est punie des mêmes peines la provocation, même non suivie d'effet, à l'usage de substances présentées comme ayant les effets de substances ou plantes classées comme stupéfiants. Lorsque le délit prévu par le présent article constitue une provocation directe et est commis dans des établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende. Lorsque le délit prévu par le présent article est commis par voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. Les personnes coupables des délits prévus par le présent article encourrent également la peine complémentaire d'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants.* »

²⁵⁸ C. de Cass., Ch. crim., 20 avr. 1982

²⁵⁹ *Le Monde*, 5 mars 1997, p.9, sur une décision de la Cour d'Appel de Paris.

le suicide, commande une incitation d'une moindre intensité. Cette distinction dans l'intensité de l'influence se justifie. En effet, le récepteur est plus enclin au passage à l'acte en matière d'usage de stupéfiant qu'en matière de suicide, justement parce que l'acte lui apparaît moins néfaste. L'intrusion de l'artiste dans un tel sujet constitue alors plus facilement une cause imminente de passage à l'acte du récepteur.

Cette conception de l'infraction réduit le récepteur à peu de choses. Sans libre arbitre, ni capacité d'interprétation, il est considéré comme soumis aux idées de l'artiste, sans pouvoir s'en séparer, que ce soit dans l'intention de former sa propre opinion ou de ne retirer que l'aspect artistique du message. Cette particulière étendue de l'incrimination est relevée par le Professeur Caballero. Selon lui, il suffit qu'une présentation soit de nature à valoriser l'image du produit ou de son usage pour que le délit soit constitué, ce qui obligerait à « *n'exprimer que des idées conformes à la prohibition* »²⁶⁰. Il devient difficile, pour l'artiste, de s'immiscer dans le débat public sur la question des drogues.

112. Cette surprotection de la personne se confirme par la censure nouvelle de la représentation des produits du tabac dans les œuvres artistiques. Fondée sur la loi Evin²⁶¹, la disparition de la représentation de ces produits dans certaines œuvres est largement critiquée²⁶². Les exemples sont d'ailleurs de plus en plus nombreux : la disparition d'une pipe sur une image de Jacques Tati reprise du film *Mon oncle* pour une affiche publicitaire, ou de la cigarette que tient Audrey Tatou sur l'affiche du film *Coco avant Chanel*²⁶³, tout du moins pour les affiches apparaissant dans le métro. La régie publicitaire de la RATP a, de même, retiré l'affiche du film *Gainsbourg (vie héroïque)*²⁶⁴ car elle représentait le personnage fumant, même si la cigarette n'apparaît pas.

113. L'arrêt *Société de conception de presse et d'édition et Ponson*²⁶⁵ de la Cour EDH vient illustrer le propos. En l'espèce, un magazine avait diffusé un « *photomontage satirique, lequel met(ait) en relation le sexe et la marque de tabac* », assortie de la légende « *Attention*

²⁶⁰ F. CABALLERO, Y. BISIOU, *Droit de la drogue*, op.cit., p.618

²⁶¹ « *La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique sont interdites.* » Article L.3511-3 du Code de la Santé Publique issu de la Loi n°91-32 du 10 janv. 1991

²⁶² Voir en ce sens la pétition lancée le 21 avril 2009 par l'Observation de la liberté d'expression sur le site de la ligue des droits de l'homme, suite à la disparition d'une pipe sur une image de Jacques Tati reprise du film *Mon oncle* pour une affiche publicitaire.

²⁶³ *Coco avant Chanel*, de Anne Fontaine, sortie le 22 avril 2009

²⁶⁴ *Gainsbourg (vie héroïque)*, de Joan Sfar, sortie le 20 janvier 2010

²⁶⁵ Cour EDH, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, 5 mars 2009

fumer...provoque le cancer de l'anus ». La motivation lapidaire fournie par la Cour semble affirmer que l'objet de la satire est l'information légale de prévention. La marque de tabac présente dans la satire n'était pas directement tournée en dérision. Dès lors, elle ne possédait pas « *une image négative* »²⁶⁶ pour le lecteur. La Cour n'a donc pas constaté de violation de l'article 10 en raison de l'absence d'image négative de la marque de tabac, constitutive d'une publicité illicite. Il apparaît pourtant peu probable que le rapprochement par le magazine entre une marque de tabac et le cancer de l'anus incite le lecteur à fumer les cigarettes de la marque en cause. Les juges n'ont pourtant pas cru bon de rechercher si la satire litigieuse était de nature à valoriser le produit conduisant à un effet incitatif sur le lecteur.

L'interprétation de la Cour de Strasbourg, fondée sur la seule absence d'image négative du produit est fortement critiquable. Si son interprétation peut être soutenue, ce n'est qu'en raison de l'apparition d'une marque constitutive de la publicité. *A contrario*, l'absence de marque ne doit pas entraîner une restriction à la liberté d'expression artistique par la seule absence d'image négative. Une telle interprétation interdirait alors tout débat sur la question du tabac, voire sa seule représentation. L'artiste trouve donc comme limite à sa liberté d'expression la valorisation de l'image des stupéfiants, d'un côté, et, de manière plus sévère, l'absence de dévalorisation du tabac de l'autre. On peut en conclure que le récepteur est plus enclin à discuter de l'usage de stupéfiant que de la consommation de tabac, acte licite en soi. Si les individus sont à même de choisir de mourir de la cigarette, ne pouvant « *ignorer les méfaits de l'usage abusif du tabac* »²⁶⁷, ils ne peuvent recevoir des messages destinés à les faire rire, voire à provoquer le débat. La Cour doit développer une motivation plus approfondie sur la question de la valorisation du produit à la lumière du contexte de diffusion²⁶⁸, élément qui aurait pu légitimer la restriction. Or, la position de la Cour EDH est stricte. Elle conditionne le droit de représenter ces produits pour des besoins artistiques à la condition d'une dénonciation explicite de leur consommation. Elle peut légitimer une restriction à la diffusion d'un film tel que *Gainsbourg (vie héroïque)*²⁶⁹ en raison de la consommation abusive de cigarette par le personnage principal. Cependant, peut-on réaliser un film sur la vie de Serge Gainsbourg sans référence à la cigarette ? Ceci est peu probable. Cette interprétation sévère de la Cour pourrait aussi entraîner la censure d'un ensemble d'œuvres anciennes où la représentation des produits du tabac était autorisée.

²⁶⁶ *Ibid.*, §61. « *L'avant-dernière page du magazine comportait une série de photomontages satiriques dont l'un représentait deux paquets de cigarettes de la marque M. découpés de manière à évoquer deux formes humaines accomplissant un acte de sodomie avec la légende « Attention, fumer... donne le cancer de l'anus* ». (§13)

²⁶⁷ C.Cass., *Consorts x. c. Société Seita SA devenue Altadis*, 20 nov. 2003, n°01-17.977

²⁶⁸ Le magazine en cause s'adressait à des « *lecteurs jeunes, lesquels se trouvent être plus vulnérables* » (§60), point que la Cour ne rapporte pas sur la question que nous débattons. Cour EDH, *Société de conception de presse et d'édition c. France*, préc.

²⁶⁹ *Gainsbourg (vie héroïque)* de Joan Sfar, sortie le 20 janvier 2010

114. La protection de la santé publique justifie une ingérence dans la liberté de réception afin de prévenir l'individu des effets nocifs d'un acte pourtant licite. Néanmoins, elle ne doit pas aller jusqu'à en interdire toute représentation. À supposer que l'artiste n'ait pas à inciter le récepteur au tabagisme, il n'a pas non plus à en dénoncer les effets, cette charge revenant à l'État. C'est par l'utilisation du principe de proportionnalité que l'aménagement d'un juste équilibre entre protection et liberté du récepteur peut être trouvé. Ainsi, l'existence d'un avertissement préalable sur les effets nocifs du tabac suffit à légitimer sa représentation dans les messages artistiques qui n'incitent pas directement la consommation.

115. Les intérêts supérieurs de l'État et la protection de la personne contre elle-même peuvent relativiser l'autonomie de la volonté du récepteur. Ces buts ne sauraient toutefois la nier. Ces restrictions ne peuvent découler que d'une analyse approfondie du message, dont la nature artistique et la place du récepteur sous-tendent l'interprétation. Une démarche plus adaptée au message artistique devient nécessaire pour justifier d'une restriction touchant à l'autonomie de volonté du récepteur.

II. Des restrictions adaptées à la réception artistique

116. Ces restrictions touchent à la substance même du droit individuel de recevoir en raison de l'impossibilité de connaître d'une œuvre et doivent être maniées avec prudence²⁷⁰. Toutefois elles restent nécessaires. L'utilisation de l'art dans le but de répandre une idéologie nationaliste, raciste, antisémite et antidémocratique a été dénoncée et fait l'objet d'une particulière attention. L'expansion malheureuse de la *White Power Music*²⁷¹ trouve sa limite dans la non protection du

²⁷⁰ La Cour suprême du Canada, rappelant la pensée de F. Schauer (*Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982)), énonce que « l'histoire démontre [...] que les tentatives de restriction de l'expression figurent en nombre disproportionné parmi les bêtises gouvernementales -- de la condamnation de Galilée pour avoir affirmé que la Terre est ronde jusqu'à la suppression de grandes œuvres d'art jugées "obscènes". Le professeur Schauer explique cette curieuse incapacité des gouvernements qui pratiquent la censure d'éviter les erreurs par le fait qu'en limitant l'expression les gouvernements se constituent souvent juge et partie. Ils ont intérêt à faire taire les critiques à leur endroit, ou même à augmenter leur propre popularité en étouffant l'expression impopulaire. Ces mobiles les mettent souvent dans l'impossibilité de bien peser le pour et le contre de la suppression. Cela ne veut pas dire qu'il est toujours illégitime de la part des gouvernements d'imposer des restrictions à l'expression, mais toute tentative de ce genre de la part d'un gouvernement doit à première vue éveiller la suspicion. » Cour suprême du Canada, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697

²⁷¹ La *White Power music* que l'on traduit comme musique du pouvoir blanc peut se retrouver sous le nom de white noise music ou plus particulièrement RIF (rock identitaire français) ou RAC (*rock against communists*). Le Rapport de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, sur la Conférence de l'OSCE, du 16 et 17 Juin 2004, *L'Internet raciste en langue française*, (<http://www.commission-droits->

contenu de l'expression. En effet, l'arrêt *Jersild* avait affirmé que les propos xénophobes et racistes « ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 »²⁷². Ce genre de messages va « à l'encontre des valeurs fondamentales » de la Convention²⁷³. Ainsi, une « une politique pro-nazie »²⁷⁴ ne peut non plus en bénéficier. Autre exemple, la condamnation du livre *Suicide mode d'emploi*²⁷⁵ semble faire l'unanimité. L'excuse de l'utilisation de la forme artistique ne légitime pas ici le contenu du message. Cependant, derrière l'évidente condamnation de certains propos, la difficulté d'interprétation des messages artistiques appelle à la prudence face aux tentations de censures émanant des autorités. Qu'elles soient fondées sur les intérêts de l'État ou sur la protection de la personne, les restrictions envisagées doivent découler d'une même démarche liée à la spécificité de la réception artistique. L'analyse n'est pas à fonder sur la seule interprétation subjective du contenu d'un message artistique potentiellement équivoque (A). Il tient plus largement à l'étude des effets du contenu, en termes de risque, sur le récepteur (B).

A/ L'analyse du contenu du message artistique

117. L'analyse du contenu du message artistique revêt une particulière difficulté car chaque individu ne réagit pas de la même manière face à un message donné²⁷⁶. La jurisprudence a mis en exergue cette difficulté de dégager le sens profond d'une œuvre. Même si l'intérêt en jeu était différent, la décision relative à l'affiche du film *Amen*²⁷⁷ peut être pris pour exemple. Les juges,

homme.fr/travauxCncdh/InternetRaciste.html) pointe le doigt sur la grande importance de la création de labels, maisons de production, distributeurs spécialisés dans la tendance raciste et antisémites. : L'existence de groupes tels que *Blue Eyed Devil* [Les diables aux yeux bleus], *Racial Holy War* [La guerre sainte raciale], ou encore en France *Légion 88* où 88 se décompose en 8 et 8, se référant à l'alphabet nous donne H. et H., voulant dire Heil Hitler, laissent peu de doute sur le contenu du propos. Par exemple le groupe *Légion 88* prône la violence dans sa chanson « *Cassez moi tous ces c...* ». Il parle d'un combat contre les pacifistes en invitant « à la baston », à « la guerre », en « prêchant la révolte au système », en arguant qu'ils « les saigneront sans remords ». En ce qui concerne l'expansion de cette musique voir aussi : **B. KNICKERBOCKER** « *Etats-Unis : Les groupes de rock célèbrent le racisme et l'antisémitisme ont de plus en plus de succès* », *The Christian Science Monitor/Courrier International*, n°497, 11 mai 2000 et **H. LOOW**, *White noise music- An international affair , 1st World conference on music and censorship*, Copenhague 20-22 Novembre 1998, op.cit.

²⁷² Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, préc., §35

²⁷³ **G. COHEN-JONATHAN**, « *L'apologie de Pétain devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », sous l'arrêt Cour EDH, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998, RTDH 1999, pp. 366 et s.

²⁷⁴ Cour EDH, *Lehideux et Isorni c. France*, préc., §53

²⁷⁵ C. Cass., Ch. crim., 26 avr. 1988, préc.

²⁷⁶ Le récepteur peut réagir de différentes manières à la même œuvre. La perception peut aboutir à l'approbation ou la réprobation de l'œuvre. On pourrait de voir dans la perception un effet cathartique qui s'opère lorsque « la contemplation esthétique apparaît comme alors comme un simple phénomène mécanique de décharge d'un trop-plein d'affects » ou de purification des émotions impures « pour rétablir l'harmonie intérieure de l'âme » (**D. DELEULE**, *Encyclopedia Universalis*, op.cit., « art », p.35). Cependant, la réception peut aussi procurer un refoulement de la pensée, une conservation des pensées impures, voire même avoir un effet criminogène sur l'individu.

²⁷⁷ TGI Paris, réf., 21 févr. 2002, *Association Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) c/ Sté Renn Production et a.*, Juris-Data n° 2002-205891

avaient conclu à deux hypothèses d'interprétation possible de l'affiche. Elles revenaient à une lecture ouverte, non condamnable, et une lecture fermée retenant l'interprétation la plus blâmable de l'affiche. Cependant, la démarche objective entreprise par les juges, fondée sur les différentes interprétations possibles, s'est perdue dans la surabondance d'argumentations sur l'intention supposée de l'auteur. Elle a ainsi abouti à justifier subjectivement une seule des deux interprétations de l'œuvre²⁷⁸. D'autres décisions ont affirmé l'existence du droit de recevoir un message artistique à partir d'une interprétation subjective du message, voire dénaturante²⁷⁹. La recherche de l'intention de l'auteur est donc risquée car elle est impossible à établir avec certitude. Une interprétation objective des messages, destinée à discerner les effets sur les destinataires, est à privilégier.

118. Lorsque le message litigieux est susceptible de restriction en raison de ces effets provocateurs sur les destinataires, la démarche doit rester prudente²⁸⁰. Dans la série d'arrêts du 08 juillet 1999²⁸¹, la Cour EDH a pris en compte le message dans son intégralité, et non de simples extraits, durs, susceptibles de condamnation à eux seuls. On pouvait alors penser qu'elle aurait jugé de la légitimité de l'expression en fonction d'une impression générale, du sens qu'elle lui aurait donné. Paradoxalement, elle s'est placée prioritairement sur les « *termes employés* »²⁸² et sur la formulation des propos pour juger de l'impact du message sur les récepteurs. C'est d'ailleurs par une démarche similaire que le groupe Matmatah fut condamné pour sa chanson *L'apologie*²⁸³.

119. Une telle vigilance sur les termes du message trouve largement sa limite en matière artistique. Tout message artistique n'est pas constitué de termes au sens propre. La part

²⁷⁸ **A. TRICOIRE**, « *Interprétation du sens de l'affiche d'un film par le juge* », LP, juin 2002, III, p.105

²⁷⁹ TGI Paris, 17^{ème} Ch. civ., 9 mai 2007 (06/03296) et 25 juin 2007 (06/10149). **A. TRICOIRE**, « *les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image.* », D.2008, pp.57 et s. voir sur la même affaire, **C. BIGOT**, « *La liberté de création prévaut dans certaines limites, sur le droit à l'image* », D., 19 fév.2009, p.470

²⁸⁰ Notons que, dans l'arrêt *Société de conception de presse et d'édition et Ponson*, la Cour EDH n'a pas pris la peine de rechercher les effets incitatifs du message mais à seulement relever l'absence d'image négative, méthode largement critiquable et restrictive du message. Il semble, d'ailleurs, que le message en cause ne comporte aucun effet incitatif ou de nature à valoriser la consommation de tabac. Cour EDH, *Société de conception de presse et d'adition et Ponson c. France*, préc., §61

²⁸¹ Cf. *supra*, n°104 note 222

²⁸² Cour EDH, *Sürek et Ozdemir c. Turquie*, préc.

²⁸³ Le Tribunal Correctionnel de Nantes, en l'affaire *Matmatah*, justifie la qualification de l'infraction en ce que les paroles litigieuses de sa chanson *L'apologie* (Le Canna(bis) c'est le panard/Y en a qui le mystifie, moi j'en fais son apologie), ainsi que la phrase prononcée en concert (Vous pouvez vous asseoir et fumer un joint) transmettent un « *enthousiasme [...] confortant des paroles incitatrices* ». Ainsi les juges se sont concentrés sur les termes employés au regard de l'intégralité du propos. En se référant aux propos du groupe lors de concerts, les juges ôtent le doute sur la nature du message et sur la qualification d'incitation. (**F.CABALLERO, Y.BISIOU**, *Droit de la drogue*, op.cit., p.616 et s.

descriptive de l'art amène le récepteur à prendre de la distance avec le contenu du message. En effet, certains propos, hors de tout contexte, sont condamnables en raison de leur sens premier ou de leur caractère incitatif. Or, ils n'ont souvent qu'un aspect purement fictionnel et nécessaire à la constitution du message artistique²⁸⁴. Une telle distanciation a été plébiscitée lors la création de la loi du 1987 relative à la provocation au suicide dans le but de soustraire de son champ d'application certaines œuvres littéraires²⁸⁵. Les exemples d'œuvres comme *Hamlet* ou *Roméo et Juliette* de William Shakespeare ont pu être mise en avant. Elles contiennent des réflexions sur le thème du suicide et de la mort. L'indifférence quant à la nature artistique du message aurait pu conduire à caractériser une infraction en raison du sens premier de certains passages. L'idée que le contenu du message ne soit analysé qu'à la lumière du contenant et de ses termes laisse penser que la peur prend le pas sur la raison²⁸⁶.

120. La Cour EDH s'est détachée, fort heureusement, d'une analyse stricte du contenu en matière artistique pour laisser une place à la liberté d'interprétation du récepteur individuel. Dans la série d'arrêts précités, elle a estimé que les propos s'entendaient moins comme des incitations à la violence lorsque ceux-ci figuraient dans un « *style littéraire et métaphorique* »²⁸⁷. L'argumentation de la Cour dans l'arrêt *Karatas* met clairement en avant cette distanciation nécessaire avec les expressions contenus dans le message artistique : « *l'ouvrage litigieux contient des poèmes [...] Dans leur sens premier, ces textes peuvent paraître inciter les lecteurs à la haine, au soulèvement et à l'usage de la violence. Pour en juger, il convient néanmoins de garder à l'esprit que parce qu'il s'agit de poèmes, ces textes constituent une forme d'expression artistique* »²⁸⁸. Dès lors, ils « *s'analysent moins en un appel au soulèvement qu'en l'expression d'un profond désarroi face à une situation politique difficile* »²⁸⁹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a suivi une telle interprétation dans un arrêt du 23 janvier 2007. Elle estime que la chanson du groupe *Sniper* constituait « *une attaque politique et l'expression d'un mal*

²⁸⁴ Nous pouvons prendre pour exemple le film *Irréversible* de Gaspar Noé (n° de visa 103528). Le film est vu comme une fiction descriptive et n'a pas pour effet d'inciter au viol. Hors de tout contexte, les propos du film passeraient pour la vision d'un viol d'une extrême cruauté. Concernant la reconnaissance de la qualité fictionnelle du message artistique voir, **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », note sous TGI Paris, 17^{ème} Ch., 16 novembre 2006, LP, n°240, avr. 2007, III, p.72

²⁸⁵ Document du Sénat session 1982-83, n°359, p.18

²⁸⁶ Nous pouvons voir que le Conseil économique et social sur le suicide, en charge de lutter contre la propagation du suicide, s'empare du problème du suicide chez les jeunes en prenant comme exemple l'affaire d'un groupe de rock américain accusé d'avoir poussé un jeune au suicide. Conseil économique et social, "Le suicide", étude présentée par la section des Affaires Sociales sur le rapport de Monsieur Michel Debout, rapporteur, le 6 juillet 1993. , JOCES, Avis et rapports, n°15

²⁸⁷ Cour EDH, (grande chambre), *Sürek* (n°4) c. *Turquie*, 08 juil. 1999

²⁸⁸ Cour EDH, *Karatas* c. *Turquie*, préc., §49

²⁸⁹ *Ibid.*, §70

être » et que le texte « décrit les problèmes rencontrés essentiellement avec la police »²⁹⁰. Ce travail d'analyse effectué par les juges se détache donc d'une analyse stricte et potentiellement dénaturante du contenu du message. Cette démarche ne saurait constituer une interprétation personnelle du message, mais une évaluation de ses effets sur le récepteur.

121. Plus attentive à la place du récepteur, tant à l'égard de son autonomie personnelle que de sa liberté d'interprétation, cette démarche s'oppose directement à la vague de censure opérée en France sur les œuvres contenant des représentations de produits du tabac. L'arrêt *Hachette Filipacchi presse automobile et Dupuy*²⁹¹ s'était inscrit dans une telle distanciation. Les juges avaient distingué les représentations condamnables du tabac « à des fins publicitaires » de celles qui ne sont que « le témoignage d'un moment particulier »²⁹² protégées par le droit à l'information. Or, l'arrêt *Société de conception de presse et d'édition et Ponson*, du même jour, a annihilé, de manière critiquable, cette distanciation en matière de satire, condamnant la seule absence d'« image négative »²⁹³ du tabac. La Cour a dégagé la nature publicitaire du message en raison de la seule présence de la marque de tabac. Elle n'a pas recherché l'image positive qu'elle pouvait avoir auprès du récepteur. La sanction de la représentation de la marque de tabac dans la satire, même utilisée de manière neutre, s'apparente alors à une analyse sur les seuls termes ou images employés par l'artiste. La Cour s'est donc plus attardée sur les moyens mis en œuvre pour constituer la satire que sur sa finalité et ses effets. Ainsi, elle ne s'est aucunement préoccupée de la nature artistique du message et de ses conséquences sur le récepteur. La Cour laisse, de nouveau, la liberté artistique en marge des évolutions liées à la considération du droit à la réception

²⁹⁰ La Cour fonde son analyse sur l'ensemble du texte de la chanson *La France* et non sur de simples passages qui auraient pu emporter condamnation tel que « *On est pas dupe en plus on est tous chaud, pour mission exterminer les ministres et les fachos* ». Il est à noter que l'absence de condamnation de la chanson provient en partie du fondement de l'action. L'action est fondée sur la provocation à la discrimination raciale envers les français. La Cour affirme que la chanson s'attaque à la France en tant qu'État et non un groupe de personnes identifiables. C. Cass., Ch. Crim., 23 janvier 2007, n° 06-858.329. Une démarche similaire peut se retrouver dans le jugement relatif à la chanson *FranSse* du rappeur Monsieur R.. Les juges estiment que « *le texte de la chanson incriminée et le vidéo-clip qui l'illustre se veulent en fait la traduction des récriminations de Richard Makela alias Monsieur R. au nom de ses "frères" à l'égard de la France pour ses oppressions passées ou présentes et doivent dès lors être considérés comme la critique violente d'une politique menée au nom de l'Etat sans pour autant mettre en cause l'ensemble de ses ressortissants, ni moins encore appeler à la haine à leur égard* » T. Corr. Paris, 17^{ème} Ch., 27 avr. 2007, *AGRIF c. R. Makela*

²⁹¹ Cour EDH, *Hachette Filipacchi presse automobile et Dupuy c. France*, 5 mars 2009

²⁹² Ibid., §49. Il est à noter que la représentation de produits du tabac en matière artistique est à considérer comme des publications qui n'ont pas un « caractère « strictement » commercial ». De là, « la marge d'appréciation de l'Etat s'en trouve ainsi limitée ». §45

²⁹³ Cour EDH, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, préc. §61

122. L'analyse du message doit envisager l'artiste dans son travail plus descriptif qu'incitatif. La Cour doit rester sur la voie de la valorisation du rôle de l'artiste en ce qu'il « *perçoit plus finement les déceptions et les espoirs de la société, et ceci lui confère une fonction qui est nécessaire à la société* »²⁹⁴. Elle peut ainsi laisser une place à la liberté d'interprétation du récepteur. En effet, l'individu s'engageant dans la réception d'un message artistique ne recherche pas une relation directe avec l'objet du litige. Il se détache en grande partie des effets constitutifs du délit. Une analyse stricte des propos de l'artiste relève d'une attitude paternaliste de l'État et infantilisante du récepteur. Elle ne tient pas compte de son autonomie de volonté et de sa liberté d'interprétation. Partant, lorsque le message peut passer pour ambigu, sa nature artistique devrait permettre de l'envisager avec plus de distance et de clémence. L'analyse du contenu sert surtout à qualifier les propos en fonction de la restriction envisagée. Malgré une telle analyse, le message artistique reste une source d'ambiguïté. Il n'existe pas d'immunité pour l'artiste en raison de la seule nature du message. Alors, lorsque les « *propos (peuvent) se prêter à plusieurs interprétations* », c'est dans « *les circonstances de l'espèce* »²⁹⁵ que la relativisation nécessaire de l'autonomie personnelle prend forme. Plus précisément, elle réside dans la preuve d'une relation causale entre le message litigieux et le risque invoqué.

B/ L'analyse des effets du message artistique

123. Certains juges européens avaient critiqué, de manière générale, la démarche de la Cour tendant à une analyse stricte du contenu « *en accordant trop de poids aux termes employés* »²⁹⁶. Selon ces mêmes juges, l'analyse doit reposer plus largement « *sur le contexte dans lesquels ils ont été utilisés et leur impact probable* » raisonnant ainsi en termes de « *réel risque* »²⁹⁷ né de la réception. Cette démarche permet une « *application (plus) soigneuse* »²⁹⁸ de la liberté d'expression. Elle permet de rechercher concrètement les limites de l'autonomie personnelle du récepteur nées d'un risque prouvé. Il appartient alors aux autorités de prouver que la réception du message artistique emporte un risque avéré d'atteinte aux intérêts protégés. Il est d'ailleurs à

²⁹⁴ Propos repris de **M. St. JOHN-STEVAS** in « *Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne* » Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 Septembre 1973, Exposé des motifs par **M. KARASEK** §20, p.13

²⁹⁵ Cour EDH, *Zana c. Turquie*, 25 nov. 1997

²⁹⁶ Opinion concordante commune à Mmes PALM, TULKENS, MM. FISCHBACH et CASADEVALL et Mme GREVE, Juges, sur l'arrêt Cour EDH, *Sürek et Ozedmir c. Turquie*, préc.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ibid.*

noter qu'un message revêtant le caractère d'apologie ou d'incitation demande la même relation causale²⁹⁹. Que ce soit en matière de protection des intérêts de l'État ou en matière de protection de la personne, le lien causal entre les effets du message et le risque invoqué est l'élément central (1). Une appréciation *in concreto* de ce lien causal nécessite la prise en compte d'éléments factuels extérieurs à la réception (2).

1) Les effets directs du message sur le risque invoqué

124. La condition de la preuve du lien entre le message et le risque invoqué par l'analyse de son impact est déjà perceptible en matière de droit à l'information³⁰⁰. Elle a fait ses débuts dans le domaine artistique dans l'arrêt *Karatas* relatif à l'incitation à la violence par la voie d'un poème. En l'espèce, la Cour EDH avait mesuré l'impact du message en estimant, quoique maladroitement, que les poèmes sont d'un « *genre qui par définition s'adresse à un public très restreint [...] ce qui constitue une limite notable à leur impact* »³⁰¹. On peut donc affirmer que l'impact limité d'un message artistique sur un public restreint est de nature à écarter le risque de commission de l'acte néfaste par les récepteurs, en l'espèce des violences. Cependant, n'aurait-elle pas pu être plus précise ? Elle aurait pu estimer que la diffusion du message par la voie artistique s'effectuait, en l'espèce, dans des conditions propre à s'adresser à un public restreint et ciblé. Dès lors, le contexte de diffusion était de nature à en limiter l'impact et le risque que le message soit considéré comme une incitation. La Cour aurait alors pu déduire clairement l'absence de risque né de la réception du message en raison de sa nature et de ses conditions de diffusion.

125. On peut tout de même affirmer que l'impact de l'œuvre est réduit en raison du choix pour les destinataires de se tourner vers des œuvres critiques, d'une manière consciente et

²⁹⁹ Voir notamment, T. Corr., 17ème Chambre, 25 janv. 2002. LP n°190, avril 2002, I. 190-01 Condamnation pour apologie crime de guerre au motif que les éditeurs prennent le risque de favoriser l'émergence de nouveaux tortionnaires

³⁰⁰ « *L'essentiel pour la Cour est le fait que le Gouvernement n'a invoqué aucun passage indiquant que l'article litigieux préconisait la poursuite de la violence, qu'il appelait à une vengeance sanglante ou qu'il visait à attirer la haine entre citoyens ainsi qu'il justifiait les actes terroristes pour atteindre les objectifs* » §42 Cour EDH, *Seher Karatas c. Turquie*, 09 juil. 2002, §45

³⁰¹ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §52. La Cour a forgé le même raisonnement dans l'affaire *Alinak* du 29 Mars 2005 concernant une nouvelle. (uniquement en anglais) « *his views « in a novel which, as already mentioned, would necessarily reach a smaller audience than that afforded by the mass media. This limited its potential impact on "public order" to a substantial degree [...] the Court considers that their artistic nature and limited impact reduced them to an expression of deep distress in the face of tragic events, rather than a call to violence* ». Cour EDH, *Alinak c. Turquie*, 29 mars 2005, §45

éclairée. Malgré l'ambiguïté des propos de la Cour EDH, les conditions de diffusion peuvent apparaître comme de nature à réduire l'hypothèse que la réception de l'œuvre constitue une incitation à la haine. En effet, même si le lien entre le risque invoqué et le message litigieux ne peut être totalement évacué, la minimisation de ce risque profite au droit de recevoir. L'État ne peut alors justifier d'une restriction au droit individuel de réception que lors de propos clairement perçus comme une atteinte aux intérêts protégés ; On peut ainsi reprendre l'exemple de la condamnation du groupe Matmatah par le Tribunal Correctionnel de Nantes³⁰². Elle tenait en grande partie aux propos tenus par le groupe lors de concerts incitant directement le public à « *fumer un joint* »³⁰³ lors de la représentation. Ces paroles sortant du cadre artistique, le lien entre le risque et le message était apparent. Les propos du groupe passaient alors pour « *une manœuvre consciente qui a pour but de surexciter les esprits et de créer la mentalité qui appelle à l'infraction* »³⁰⁴. Le lien causal entre le message délivré et le risque de commission de l'infraction ne souffrait d'aucune contestation.

126. Cette recherche du lien causal se retrouve plus nettement dans l'arrêt *Ulusoy* concernant l'interdiction de représentation d'une pièce de théâtre. En l'espèce, le Gouvernement avait invoqué « *que la pièce en question sera[it] interprétée en kurde [et que] certains des acteurs de la troupe avaient des casiers judiciaires dans lesquels étaient mentionnés des crimes contre l'intégrité de l'État* ». Le Gouvernement soutenait que la pièce était un outil de propagande contre les intérêts de l'État. La Cour, dans une réponse cinglante, a affirmé qu'il paraissait « évident » « *que, si la représentation de la pièce en question était de nature à perturber l'ordre public, le Gouvernement aurait été en mesure de produire – à tout le moins – un commencement de preuve.* »³⁰⁵. Ainsi, les juges européens ont reproché au gouvernement de ne pas avoir prouvé un lien entre la diffusion du message et le risque qu'il invoquait. La légitimité de la restriction envisagée ne pouvait alors résulter que de la recherche d'un risque en relation avec l'impact probable du message sur les récepteurs.

127. L'analyse de la relation entre la diffusion du message et son impact permet de déduire l'intensité du risque qui conditionne la restriction. Cette analyse approfondie est donc plus soucieuse du droit à la réception. En effet, l'hypothèse d'un impact de masse du message

³⁰² Tribunal correctionnel de Nantes, 19 Juin 2000

³⁰³ F. CABALLERO, Y. BISIOU, *Droit de la drogue*, op.cit., sur l'affaire Matmatah, p.616 et s.

³⁰⁴ T. Corr. Paris, 15 avril 1986, RSC, 1987, p.209 à 212.

³⁰⁵ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., §46 et 49

artistique emporte, soit sa légitimation³⁰⁶, soit sa réprobation³⁰⁷, ne serait-ce que sociale. Dès lors, la restriction s'attachant au risque lié à sa réception, elle ne peut se justifier sans prendre en considération le récepteur et sa liberté d'interprétation. Néanmoins, si la place du récepteur influe sur le risque, certains éléments extrinsèques à la diffusion entrent dans cette analyse approfondie.

2) L'influence d'éléments extérieurs rattachés au risque

128. Les éléments factuels, extérieurs à la diffusion du message artistique, sont des critères d'appréciation du risque. Le message artistique étant par essence destiné à un nombre indéterminé d'individus, le contexte social joue inévitablement sur la constitution du risque (a). Cependant, les actes individuels, supposés rattachés au message, sont à appréhender avec prudence. La restriction, d'ordre général, ne peut se satisfaire d'un acte isolé pour justifier de la censure (b).

a/ Le contexte social

129. Le contexte national, parfois international, dans lequel s'opère la diffusion conditionne indéniablement l'appréciation du message. La Cour EDH, l'a plus spécialement mis en avant en raison « *des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme* »³⁰⁸. En effet, un contexte

³⁰⁶ L'arrêt *Ulusoy* admet une légitimation de l'œuvre par le public. La pièce de théâtre que les autorités souhaitaient interdire avait déjà été présentée dans la même ville quelques jours avant le refus d'autorisation. La Cour met ainsi en avant que la première représentation n'avait créé aucun trouble, et par conséquent n'avait eu aucun effet incitatif ou provocateur sur le public. On peut donc considérer que les conditions n'ayant pas changé, une nouvelle représentation n'emporte pas plus de risque de créer un trouble à l'ordre public. Ainsi l'accueil favorable du public vient légitimer le message ; Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., voir notamment §48 et 49

³⁰⁷ La réprobation sociale d'un message apparaît lors d'actions menées par des associations d'intérêt spécifique. Par exemple, les tentatives de restrictions à l'encontre du groupe Sniper et de Monsieur R. se sont soldées par des actions menées par l'A.G.R.I.F. (Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne). Le groupe Justice, en raison de leur vidéoclip Stress a été mis en examen à l'initiative du MRAP (Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples). Ce vidéoclip est sujet à polémique en raison de l'incitation à la violence qu'il peut provoquer chez les jeunes. Cependant, les actions menées par ces associations se font sur le fondement des droits d'autrui, en ce qu'ils incitent à la haine envers un groupe de personne qui se doit d'être identifiable au sens de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1981. Les propos considérés comme incitation à la haine et à la violence envers la France ne permettent pas de déterminer un groupe et causent, bien souvent, l'échec de l'action. Voir, C. Cass., Ch. crim., 23 janv. 2007, n°06-85.329. Voir de même : <http://www.mrap.fr/communiqués/justice>

³⁰⁸ Cour EDH, *Incal c. Turquie*, 09 juin 1998 confirmé par Cour EDH, *Agin c. Turquie*, préc. Voir aussi sur la question, « *Films et censure en temps de guerre* », Politis n°927, 23 nov. 2006 où l'observatoire de la liberté d'expression fait part de « *La réalité de la guerre au Liban (qui) aurait pesé sur la «montrabilité» de ces films au public des Etats généraux, au point d'inverser le jugement qui avait pesé en faveur de leur sélection. Leur qualité,*

sociopolitique difficile est toujours propice à la censure. À titre d'exemple, la Guerre du Golfe³⁰⁹ et l'attentat du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis³¹⁰ ont eu pour conséquence une vive censure des messages artistiques, notamment musicaux. Cependant, la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies a marqué la volonté de limiter les incidences de la lutte contre le terrorisme sur la liberté d'expression. Ainsi elle a adopté, le 23 avril 2003, une résolution relative au droit à la liberté d'opinion et d'expression en la matière³¹¹. Elle demande aux États de ne pas prendre pour prétexte la lutte contre le terrorisme pour limiter indûment la liberté d'expression. Du moins, si le contexte ne doit pas être prétexte à la censure, il influe inévitablement sur l'appréciation du risque. Une appréciation *in concreto* commande que la restriction soit analysée « à la lumière de l'ensemble de l'affaire »³¹², dont le contexte social fait partie.

130. La Cour EDH, centrée sur le seul contenu du message ne le fait que trop peu. Dans l'affaire *Société de conception de presse et d'édition et Ponson*³¹³, la Cour a justifié la censure d'une satire en raison de la seule représentation d'une marque de produit du tabac sans image négative. Les juges auraient pu aboutir à la même solution en développant une analyse plus contextuelle. En effet, la satire diffusée portait sur l'information légale de prévention contre le tabac. La lutte contre le tabagisme est une des priorités de l'État français en matière de santé publique. Même si ce contexte à lui seul ne justifie pas l'impossible référence au tabac dans les messages artistiques, il aurait dû être mis en rapport avec les autres éléments de l'affaire. La satire fût diffusée dans un magazine s'adressant à de jeunes lecteurs à une époque où le gouvernement renforçait la lutte contre le tabagisme. La Cour aurait été à même de motiver la

intacte, n'aurait pas de rapport avec leur suppression. Ce changement de nature repose donc sur la crainte que le public ne pourrait plus voir ces œuvres comme elles devraient être vues, parce que son regard aurait été changé par la guerre. »

³⁰⁹ Lors de la Guerre du Golfe, une liste de chansons à ne pas diffuser fut mise en place en Angleterre, du fait des connotations de celles-ci et des effets que leur diffusion pourrait provoquer. Par exemple : *Back in the USSR* des Beatles, *I shot the sheriff* d'Eric Clapton, *Light my fire* des Doors, *I'm on fire* de Bruce Springsteen. Sources, **B. GENSANE**, *Censure et libertés au Royaume-Uni*, op. cit.

³¹⁰ A la suite des attentats du 11 septembre, une volonté de surprotection a pris le pas sur les libertés. Les divers sénateurs parlaient d'une érosion inévitable des libertés civiles (*erosion of civil liberties was inevitable*). Certains, comme le sénateur du Missouri, Gephardt, souhaitait une réévaluation des libertés face à la sécurité (*we have to rebalance freedom and security*). Le message du Gouvernement américain était « *In order for us to protect you, you'll need to give up some of your freedom* » (si vous voulez que l'on vous protège, il faudra nous donner une part de vos libertés). Cette restriction a ressurgi sur la musique rock par la création d'une liste de chansons à ne pas diffuser à la radio instituée par le *Clear Channel*. Cette liste est composée à plus de 90% de musique rock et comporte plus de 300 titres. Cette restriction apparaît totalement démesurée. Par exemple, elle interdisait la diffusion de la chanson « *Imagine* » de John Lennon. Sources : **E. NUMUZ**, « *Crash into me, baby : America's implicit music censorship since 11 September* », in *Shoot the singer! Music censorship today*, Zed Books, London.

³¹¹ Résolution E/CN.4/2003/L.59 de l'ONU. http://www.aidh.org/ONU_GE/Commission/59/resol_dcp05.htm

³¹² Notamment, Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, §32 ; Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §48

³¹³ Cour EDH, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, préc.

restriction au droit de recevoir car la satire litigieuse, était de nature à saper la légitimité et la crédibilité de la lutte anti-tabac auprès du jeune public.

La prise en compte du contexte n'est toutefois pas toujours propice à la restriction. Si elle peut accroître les risques liés à la réception, elle peut aussi les atténuer. Plus d'un juge se laisserait séduire par l'idée que la diffusion de la chanson *La France de Sniper* ne serait pas opportune lors d'incidents telles que les émeutes de banlieues³¹⁴. De même, la chanson *L'apologie de Matamatah* peut être considérée comme inopportune à l'époque où la drogue constitue un fléau pour la jeunesse. Or, le contexte social devient aussi le révélateur de l'intégration de ces messages artistiques dans le cadre du débat d'intérêt général.

131. Le contexte influe donc sur la marge d'appréciation laissée aux États, dans la caractérisation du risque, que ce soit pour l'accroître ou pour la réduire. Cette influence oblige l'État à une motivation approfondie des restrictions en matière artistique, leur conférant une aura de légitimité³¹⁵. Toutefois, si l'analyse du risque doit tenir compte du contexte social et des événements qui s'y rattachent, une relativisation est à effectuer sur l'incidence des actes individuels sur le risque.

b/ La prudence d'interprétation des actes individuels

132. La restriction au droit individuel de recevoir étant ici impersonnelle, la relation entre la réception d'un message et le passage à l'acte n'existe pas *ipso facto* en raison de l'attitude d'un individu isolé. Ainsi, on ne peut se satisfaire de l'attitude d'un individu isolé pour établir un lien causal. Cette interrogation s'est déjà posée aux États-Unis sur la question de l'incitation au suicide par la musique rock. Le Conseil Économique et Social s'est d'ailleurs penché sur ce contentieux américain³¹⁶. Toutefois, ce contentieux a montré la difficulté d'établir un lien réel entre l'œuvre et le risque créé. Le docteur Lepastier avait mis en avant que le rock « (*pouvait*) être un facteur précipitant mais pas suffisant »³¹⁷ à lui seul pour provoquer un suicide. Dans un

³¹⁴ La problématique des émeutes de banlieue fait ici référence aux incidents survenus dans les différentes villes de France suite à la mort de deux jeunes à Villiers-le-Bel en 2007.

³¹⁵ En ce sens : **D. MURRAY**, « *Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet* », Netherlands Quarterly of Human Rights, Volume 27 n°3, sept. 2009, p.331 et s., p.347

³¹⁶ Conseil économique et social, "Le suicide", étude présentée par la section des Affaires Sociales sur le rapport de Monsieur Michel Debout, rapporteur, le 6 juillet 1993. , JOCES, Avis et rapports, n°15

³¹⁷ Interview entre le docteur Lepastier, psychiatre à l'hôpital de la Salpêtrière et à Saint Anne, et Anne Benetollo, dans, *Ibid.*

même sens, des psychologues américains³¹⁸ ont conclu qu'il existait un fort lien de causalité entre les jeunes à tendance suicidaire et leur goût pour la musique *Heavy Metal*. Néanmoins, ils constatent que la faible raison de vivre de ces jeunes n'était pas la conséquence de l'écoute de cette musique, mais la cause.

133. Deux affaires illustrent cette prudence d'analyse. En 1984, les parents d'un jeune américain de 19 ans, John McCollum, avaient attaqué le chanteur du groupe Black Sabbath, Ozzy Osbourne. Ils estimaient que la chanson *Suicide solutions* avait entraîné le suicide de leur fils. La Cour supérieure de Californie, dans un arrêt *McCollum v. CBS* du 12 juillet 1988³¹⁹, avait rejeté toute poursuite en précisant « que la chanson incriminée était protégée par le Premier Amendement »³²⁰ et que celle-ci ne pouvait être caractérisée comme un appel immédiat à accomplir l'acte³²¹. Relevant l'aspect poétique d'une chanson qui dépeint le côté le plus sombre de la nature humaine, la Cour a estimé que même l'interprétation littérale des paroles n'ordonnait pas à tout individu une action concrète à un temps donné d'attenter à sa vie³²². Ainsi, la Cour rejeta toute poursuite en précisant « la défense des parents n'avait pas apporté suffisamment de faits pour que cette garantie lui soit retirée »³²³. Les parents n'avaient pas prouvé la relation causale entre la réception de la chanson et le suicide de leur fils.

Un contentieux de la même nature eut lieu en raison de la tentative de suicide de deux jeunes américains. Le premier perdit la vie et le second, survivant, affirma qu'ils avaient reproduit la chanson du groupe *Juda's Priest*, *Dream deceiver*. Le jeune survivant mourut lors du procès d'une overdose. « Le 24 août 1990, après dix-sept jours d'audience et quarante déclarations de témoins, la Cour du district de Walshoe (Nevada) disculpa le groupe anglais de la mort des deux jeunes »³²⁴. En effet, à la suite d'une longue analyse il fut jugé que le groupe ne pouvait être tenu responsable de la mort des deux jeunes. Il fut démontré que la mort de ces jeunes était plus largement due au climat familial des individus et à leur personnalité.

³¹⁸ Étude effectuée sur 121 lycéens, « *Heavy Metal music and adolescent suicidality: An empirical investigation* », in *Adolescence*, Summer99, Vol. 34 Issue 134

³¹⁹ Court of Appeals of California, second appellate district, division three, *McCollum v. CBS*, 12 jul. 1988

³²⁰ « *Court throws out suit against Ozzy Osbourne* », in *The New York Times*, 8 août 1986, cité in **A. BENETOLLO**, *Rock et politique. Censure, Opposition, Intégration*, Logiques sociales, L'Harmattan, 1999, p.135

³²¹ Court of Appeals of California, second appellate district, division three, *McCollum v. CBS*, 12 jul. 1988

³²² « *None of the lyrics relied upon by plaintiffs, even accepting their literal interpretation of the words, purport to order or command anyone to any concrete action at any specific time, much less immediately.* » « *Merely because art may evoke a mood of depression as it figuratively depicts the darker side of human nature does not mean that it constitutes a direct "incitement to imminent violence."* *The lyrics sung by Osbourne may well express a philosophical view that suicide is an acceptable alternative to a life that has become unendurable -- an idea which, however unorthodox, has a long intellectual tradition* »

³²³ « *Court throws out suit against Ozzy Osbourne* », in *The New York Times*, 8 août 1986, cité in **A. BENETOLLO**, *Rock et politique*, op. cit., p.135

³²⁴ **A. BENETOLLO**, *Rock et politique*, op. cit., p.137

134. Il semble difficile de relier l'acte d'un individu aux messages reçus pour en retirer une relation causale objective qui justifie la restriction. En effet, il est difficile de donner à un message artistique le rôle de provocateur à un degré tel qu'elle devient la cause unique d'un suicide. Ainsi, le message artistique ne crée pas en lui-même un risque qu'il fait peser sur tous ces récepteurs mais, peut être le révélateur d'un risque de passage à l'acte, voire de le favoriser chez certains individus. La réception du message artistique est alors plus une sonnette d'alarme qu'un élément persuasif. La personnalité du récepteur, qui sous-tend son interprétation du message, ne peut donc justifier une restriction, au risque de sacrifier la liberté d'interprétation individuelle. Outre les propos manifestement condamnables, les autres plus ambigus, métaphoriques, sont des plus délicats à cerner. Si l'artiste aime jouer sur la confusion il laisse une marge d'interprétation à l'auditeur, revenant à « *l'imprévisibilité du comportement humain* »³²⁵ inhérent à toute société.

La démarche doit être claire et scrupuleusement justifiée. Plus qu'une simple analyse, souvent subjective, d'un contenu parfois impalpable, les autorités doivent apporter les éléments tangibles qui favorisent le risque. Il leur appartient d'amener la preuve d'une corrélation entre la diffusion du message et le risque qu'elles entendent éviter pour apporter une relativisation à l'autonomie personnelle. Bien que ces restrictions soient fondées sur le risque, leur application ne peut être guidée par la peur, car elles sont sources de restrictions au libre choix du récepteur. La protection de la santé morale des mineurs offre, quant à elle, une plus large marge d'appréciation à l'État. Le but est d'éviter que ceux-ci ne se trouvent confrontés à des messages contraires à leur intérêt.

§2. Le récepteur mineur

135. La réception de messages artistiques n'est pas l'apanage des seuls adultes. La consommation de messages artistiques ou de produits de divertissement débute dès l'enfance. Du premier *Tintin chez les Soviets*³²⁶ publié en 1930 au succès contemporain de *Dora l'exploratrice*³²⁷, l'art n'a eu de cesse de faire voyager les enfants vers de nouveaux mondes. L'art, comme une découverte pour l'enfant, n'est pas sans conséquence. En effet, il suffit de mettre un enfant devant un dessin-animé pour s'apercevoir qu'il réagira à l'œuvre, mais avec ses

³²⁵ Cour EDH, *Osman*, 28 oct. 1998, §116

³²⁶ **HERGE**, *Tintin chez les Soviets*, Première publication en septembre 1930

³²⁷ Série américaine créée par **V. WALSH**, **E. WEINER** et **C. GIFFORD**. Première diffusion en 2000 sur la chaîne américaine, *Nickelodeon*.

propres moyens et non comme un adulte. Quand il s'agit de faire découvrir le monde particulier de *Bill le Casseur*³²⁸ ou de l'érotisme dans les mangas³²⁹, le juge s'en mêle et la question de la protection du mineur ressurgit. L'état du mineur a toujours imposé de lui conférer un statut particulier. Il en va de même dans le cadre du droit de recevoir un message artistique dans le but de protéger sa santé morale³³⁰.

Toutefois, l'évidence de la protection a pu en faire oublier les raisons de son application. Cette protection a pris pour parti de distinguer les mondes que le mineur peut explorer et ceux dont la porte lui reste fermée. Or, l'enfant puis l'adolescent ne sont pas d'éternels être fragiles, mais des récepteurs en devenir. Ils développent leur autonomie personnelle à travers le temps. En effet, un jeune enfant ou un adolescent proche de l'âge adulte n'explorent pas les mêmes univers à travers les messages artistiques qu'ils reçoivent. Ainsi, le but de la protection du mineur revient à aider le mineur dans un processus sécuritaire d'autonomisation de sa volonté. Plutôt que de lui interdire d'explorer certains univers, il est préférable de lui apprendre à évoluer à l'intérieur de ces nouveaux mondes en toute sécurité. Une telle conception du droit à la liberté de recevoir du mineur suppose, dans un premier temps, de mettre en avant le caractère évolutif du mineur (I). Ce travail préalable permet, ensuite, de revenir sur un système de protection rigide en manque d'évolution (II).

I. Un récepteur en phase d'évolution

136. Alain Finkielkraut a affirmé que « *la liberté est impossible à l'ignorant* »³³¹. En effet, l'exercice réel du droit à la liberté de recevoir un message artistique ne s'acquiert qu'avec le temps. La mission de protection du récepteur mineur est de l'accompagner dans cet apprentissage. Elle tend à l'acquisition, pour le mineur, d'une capacité d'exercice qu'il ne détient pas *ex nihilo*. Partant, la construction de cette capacité en germe est à élaborer en fonction de deux principes directeurs : l'évolution de la capacité à consentir du mineur (A) et de sa capacité à recevoir (B).

³²⁸ C.Cass., Crim, *Proc. Gén. Lyon et Union départementale des associations familiales de Lyon c. Mouchot*, 31 janvier 1957, JCP 1957, n°9865, pp.21 et s. ; C.Cass. Ch. Crim., *Mouchot c. Proc. Gén. Grenoble*, 16 mars 1959, D. 1959, p.346 et s.

³²⁹ D. LEFRANC, « *De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin-animé* », note sous C.Cass., Ch. Crim., 12 sept. 2007, n°06-86.763, D.2008, pp.827 et s.

³³⁰ La protection du mineur contre la réception de certains messages artistiques sert aussi le droit individuel de recevoir du majeur lorsqu'il s'agit d'empêcher l'accès à des contenus légaux que l'on souhaite réservé à un public adulte.

³³¹ A. FINKIELKRAUT, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987, p.153

A/ La caractère évolutif de la capacité à consentir

137. Selon Kant, on ne naît pas autonome ; on ne le devient que par l'éducation. L'individu apprend le sens du juste, de l'injuste, grâce au développement de la conscience et de la raison³³². Ce n'est que par le développement personnel que l'individu acquiert une volonté autonome et le sens de la responsabilité³³³. En effet, les mineurs, dès leur plus jeune âge, sont en pleine période de construction et d'éducation, les qualifiant parfois de « *jeunes esprits en voie de formation* »³³⁴. Ils sont alors définis comme de capacité limitée³³⁵ ou incapables. La Cour EDH a conforté cette position en estimant que les mineurs sont « *des jeunes traversant une phase critique de leur développement* »³³⁶. Par cette position, elle s'est inscrit dans l'idée que la personne mineure n'a pas encore acquis cette pleine « *capacité de juger par elle-même de ce qu'elle doit faire, de le faire volontairement, d'en assumer la responsabilité* »³³⁷. Le mineur ne pourrait alors émettre « *une volonté libre, isolée du milieu social* »³³⁸. Son rapport à l'autorité parentale limite déjà sa capacité d'exercer un choix. La protection du respect de la vie familiale permet, en effet, aux parents d'imposer des choix à leurs enfants. Cette conception du mineur, comme individu à protéger, va donc à l'encontre de la reconnaissance à son profit d'un droit « *à mener sa vie comme il l'entend* »³³⁹. La conséquence serait que le mineur ne puisse être considéré comme titulaire du droit individuel de recevoir un message artistique en raison de son incapacité à émettre un acte positif de volonté.

138. Une telle réponse n'est pas satisfaisante. La phase de développement inhérente au mineur n'aboutit pas à la suppression de son autonomie personnelle, mais à sa relativisation. En effet, selon Fabienne Cogulet « *tout être humain, quel que soit son âge et son degré d'autonomie*

³³² En ce sens : **A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI de PARSEVAL**, « *Qu'est-ce qu'un embryon ?* » *Panorama des positions philosophiques actuelles*, Revue Esprit, juin 1989, p. 102

³³³ *Ibid.*

Panorama des positions philosophiques actuelles, Revue Esprit, juin 1989, p. 102

³³⁴ CA. Angers, 2^{ème} Ch. corr., 12 janvier 1961, JCP 1961, II, 12017. Il est à noter que les juges font une description peu glorieuse des mineurs, les considérant comme « *quelquefois névrosés ou souvent instables* ».

³³⁵ En droit civil français, ce n'est au partir de 18 ans que l'individu acquiert une capacité d'exercice, à savoir accomplir lui-même les actes de la vie civile. (article 488 du Code civil) : Voir en ce sens, **G.CORNU**, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Domat droit privé, Montchrétien, 12^{ème} édition p.260, n°540

³³⁶ Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 déc.1976. La recommandation 1720 (2005) du 4 octobre 2005 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe estime, de même, que « *de plus en plus de jeunes manquent de repères pour bien appréhender les sociétés dans lesquelles ils évoluent et celles aux quelles ils sont confrontés* ».

³³⁷ **A. FAGOT-LARGEAULT** « *Respect du patrimoine génétique et respect de la personne* », Revue Esprit, mai 1991, p. 46

³³⁸ **V. RANOUIL**, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept.*, PUF, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1980, p.9

³³⁹ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005, §83

personnelle, doit être reconnu en tant que sujet de jouissance des libertés fondamentales, même si, parfois, la protection de son autonomie radicale impose de la restreindre »³⁴⁰. Le concept d'autonomie personnelle ne se résume pas à la simple condition de capacité. Cette notion est à concevoir graduellement, en fonction du développement de l'individu. Dès lors, une relativisation de l'autonomie personnelle ne vient pas nier l'existence d'un droit à la réception du mineur, mais conditionne son exercice. La protection du mineur contre les messages artistiques doit agir lorsque son autonomie de volonté n'est pas suffisante pour qu'il puisse lui-même se préserver. Elle répond à la nécessité de mettre la personne « à l'abri de toute contrainte éventuelle jusqu'à ce qu'elle soit présumée avoir atteint une autonomie personnelle suffisante pour pouvoir y faire face seule et opérer ainsi ses propres choix »³⁴¹. Toutefois, la découverte du principe d'autonomie personnelle est récente. Il est donc difficile de dégager celle du mineur. Cela explique sûrement pourquoi la protection du mineur s'oriente plus largement vers un système d'interdiction que de respect d'une volonté encore mal acquise. Seulement, une protection similaire pour l'ensemble de la jeunesse a pour risque l'infantilisation des adolescents en raison de la protection des plus jeunes. Désormais, la prise en compte de l'évolution de l'autonomie du mineur en fonction de son âge doit offrir une protection évolutive afin de réaliser un juste équilibre entre protectionnisme et respect de la volonté en construction.

139. La Cour EDH avait déjà eu l'occasion de mettre en avant la nécessité d'une distinction des âges au sein de la minorité. Dès l'arrêt *Handyside*, la Cour avait précisé que la publication destinée à la jeunesse « était aisément accessible même aux moins âgés d'entre eux »³⁴². De cette accessibilité de l'œuvre aux plus jeunes, la Cour a, quoique implicitement, justifié une protection étendue de la santé morale des mineurs. Cette distinction apparaissait plus nettement dans la décision *Nielsen*³⁴³. La Cour avait affirmé la nécessité de distinguer selon l'âge des mineurs quant à la valeur de leur consentement. Une telle position s'inscrit alors dans l'idée d'une évolution du degré d'autonomie de la personne dans l'exercice de ses libertés. Depuis l'apparition du principe de l'autonomie personnelle, cette analyse a été confirmée par l'arrêt *Pini et Bertani*. La Cour y affirmait que les États membres ont un pouvoir d'appréciation « quant à

³⁴⁰ F. COGULET, *L'incidence de l'âge sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, Thèse, Éditions Jeunesse et droit, 2008, p.149, n°277

³⁴¹ F. COGULET, Thèse, Op.cit., p.147, n°273

³⁴² Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §52

³⁴³ « Les souhaits d'un très jeune enfant ne sauraient être déterminants en ce qui concerne son hospitalisation et son traitement dans un pavillon psychiatrique. En revanche, un système qui permettrait par exemple de placer un mineur de 17 ans en pavillon fermé, contre son gré et avec le consentement du titulaire des droits parentaux, pourrait difficilement être considéré comme un placement volontaire ne suscitant pas d'interrogation sur la privation de liberté », Com. EDH, *Nielsen c. Danemark*, rapport, 10 mars 1986, § 126.

l'âge à partir duquel l'enfant doit être considéré comme suffisamment mûr pour que ses souhaits soient pris en compte »³⁴⁴, car considéré comme capable de consentir.

140. La protection du mineur à l'égard des messages artistiques est donc à appréhender en fonction de l'évolutivité de sa capacité à consentir. Ne pas le protéger, c'est le laisser face à des choix qu'il ne peut pas prendre et un risque qu'il n'a pas à encourir. En effet, « *l'enfant égal de l'adulte perd son statut d'être faible, d'être vulnérable donc d'individu à protéger* »³⁴⁵. Toutefois, cette protection ne peut pas s'imposer à tous de la même manière. Elle doit avoir un rôle d'accompagnement en suivant le développement de l'autonomie du mineur à travers l'âge. Ce développement du mineur ne joue, d'ailleurs, pas que sur sa capacité à consentir. Il influe aussi sur sa capacité à recevoir.

B/ Le caractère évolutif de la capacité à recevoir

141. Tout mineur ne possède pas les mêmes facultés quant à la réception des messages artistiques. Cet état de fait pose la question de l'adéquation entre le contenu du message et l'intérêt qu'a le mineur de le recevoir. Le mécanisme de protection, d'un ancrage fortement moral, consiste donc à priver le mineur de messages qui perturberaient l'acquisition « *de valeurs fondamentales et inhérentes à la formation de la personnalité* »³⁴⁶. La Cour EDH a approuvée une telle conception en estimant que l'intégrité morale et psychique de ces êtres vulnérables doit être préservée de messages susceptibles de les « *dépraver et de (les) corrompre* »³⁴⁷. L'Union européenne s'est aussi emparée de la question, dans la même optique, en vue de restreindre la diffusion de programmes « *susceptible de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs* »³⁴⁸. Sans aller jusqu'à ce que les messages artistiques soient obligatoirement épanouissants pour le mineur, ils ne doivent pas être avilissants. Ils ne sauraient compromettre leur développement. Le mineur est donc protégé en raison de sa vulnérabilité face à la puissance évocatrice d'un message qu'il ne peut interpréter et dont il subit les effets néfastes.

³⁴⁴ Cour EDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, §145

³⁴⁵ P. ARIES, *Déni d'enfance*, Edition Golias, 1997, p. 171.

³⁴⁶ D. BECOURT, « *Le nouveau régime de l'interdiction des livres et des publications* », JCP G., I Doctrine, 1967, 2127, p.58

³⁴⁷ Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §46

³⁴⁸ Directive Télévision sans frontière (TSF) du 3 Octobre 1989 article 22§1. Voir de même *Le livre vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et de l'information*, Com/96/0483

142. Un mineur ne peut avoir la même distance avec l'œuvre qu'un adulte. L'esprit du mineur, « *par définition malléable* »³⁴⁹, apprend à travers ce qu'il perçoit, prend exemple, voire en fait un modèle. C'est en écoutant, en regardant que le mineur se fait sa propre idée de la réalité. De plus, le mineur fait plus largement appel à la sensation procurée, qu'à la réflexion et à la raison³⁵⁰. Il s'empare plus facilement du bruit, de l'image que de l'histoire. Étant souvent en manque de repères et en période d'apprentissage, l'interprétation du message par le mineur résulte le plus souvent de l'impression première, ce qui peut le qualifier de public par essence « *non averti* »³⁵¹. Partant, les restrictions « *ne consistent certainement pas à isoler l'enfant, ni même à protéger une dignité voire une moralité abstraite, mais plutôt à respecter une conscience et une liberté en formation* »³⁵². L'analyse de l'intérêt de l'enfant à recevoir un message artistique est à faire en fonction de sa capacité interprétative. Cette recherche commande une double lecture : se donner les yeux d'un enfant, tout en conservant l'analyse pédagogique propre à l'adulte. Cette conception, qui peut passer pour restrictive à l'égard de la liberté de création de l'artiste, n'en reste pas moins réaliste.

143. La Cour EDH a ainsi affirmé que de simples « *informations de pur fait, en générale exactes* » concernant la sexualité pouvaient être interprétées par les jeunes « *comme un encouragement à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire commettre certaines infractions pénales* »³⁵³. Le caractère précoce de l'acte auquel les jeunes sont encouragés induit alors qu'ils n'ont pas encore à la capacité à recevoir l'expression litigieuse. Ainsi, certaines expressions, notamment celles relevant de la sexualité, de la pornographie ou de la violence³⁵⁴, sont des expressions trop explicites que certains mineurs ne connaissent encore que trop peu ou n'ont pas encore à connaître. Comme le souligne M. le Professeur Morange, la restriction a pour but « *d'éviter (que le mineur) ne soit, trop tôt, en présence de situations ou de*

³⁴⁹ C.Cass., Crim, Proc. Gén. Lyon et Union départementale des associations familiales de Lyon c. Mouchot, 31 janvier 1957, JCP 1957, n°9865, pp.21 et s. ; C.Cass. Ch. Crim., Mouchot c. Proc. Gén. Grenoble, 16 mars 1959, D. 1959, p.346 et s.

³⁵⁰ En ce sens, H. DELPECH, note sous CA Angers, 2^e Ch. Corr., 12 janv. 1961, JCP G., 1961, n°12017. Cependant, il n'est pas question d'aller jusqu'à considérer, comme au sein de l'arrêt commenté, que les enfants sont « *des jeunes esprits en voie de formation, quelquefois névrosés ou souvent instables* ».

³⁵¹ La Cour estime que, lors de l'exposition où se trouvaient les toiles de M. Müller, les organisateurs n'avait pas fixé de limite d'âge et de droit d'entrée. Elle en conclut que l'exposition était ouverte à un public non averti. La référence à l'absence de limite d'âge pour qualifier le public de non averti permet d'y inclure le mineur. Le public non averti résulterait ainsi du manque de consentement formalisé par le paiement d'un droit d'entrée de manière générale. Le mineur, quant à lui, serait qualifié de non averti du fait de la relativité de son consentement. Cour EDH, Müller c. Suisse, 24 mai 1988

³⁵² J. MORANGE, « *Censure, Liberté, Protection de la jeunesse* » Observations à propos de l'arrêt de Section du 30 juin 2000, Association « *Promouvoir* », M. et Mme Mazaudier et autres, RFDA, 2000, pp.1311 et s., p.1316

³⁵³ Cour EDH, Handyside c. Royaume-Uni, préc., §52

³⁵⁴ Voir notamment l'article 227-24 du code pénal.

questions auxquelles il ne pourrait pas librement réagir, parce qu'il ne disposerait pas encore des moyens de le faire »³⁵⁵. L'effet néfaste ou le risque d'un caractère incitatif³⁵⁶ du message, chez le mineur, relève plus largement de la simple perception de faits. Leur réception, même s'ils sont fictifs, peut aboutir à ce que le mineur les tienne pour réels et les transforme en norme de conduite³⁵⁷. Voici le danger de la « banalisation »³⁵⁸ des messages sexuels et violents. L'intérêt du mineur ne réside pas dans la réception de messages fait de sexe et de violence³⁵⁹ sans qu'il puisse en comprendre les tenants et les aboutissants. Son interprétation est inévitablement corrompue. Ainsi, les juges, alliant les yeux de l'enfant et l'esprit de l'adulte, parviennent à soustraire de la portée des mineurs certains messages nuisibles.

144. L'intérêt du mineur ne veut pas seulement dire restriction. Même si l'interdiction de certains messages protège le mineur de la dépravation, elle ne le rend pas plus épanoui. En effet, si tout jeune se trouve protégé, tout au long de sa minorité, d'un ensemble de messages réservés aux adultes, il sera confronté à l'exercice d'un libre choix qu'il ne saura pas maîtriser à sa majorité. La prise en compte de l'évolution du mineur commande donc « une protection de caractère éducatif, c'est-à-dire en un ensemble de mesures destinées à favoriser le libre épanouissement de chaque personnalité »³⁶⁰. La notion de minorité couvre un ensemble vaste d'individus d'âge et d'un niveau de développement différent. La protection du mineur face aux

³⁵⁵ J. MORANGE, « Censure, Liberté, Protection de la jeunesse », Observations à propos de l'arrêt de Section du 30 juin 2000, Association « Promouvoir », M. et Mme Mazaudier et a, RFDA, 2000, pp.1311 et s., p.1316

³⁵⁶ Il convient de noter que le caractère incitatif d'un message artistique n'est pas qualifié de la même manière, qu'il soit perçu par un mineur et un majeur. De plus, le nombre de cas d'incitations constitutives d'infractions sont plus nombreuses lorsqu'elles concernent les mineurs. La police spéciale relevant de la loi du 18 Juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse vise les ouvrages à caractère licencieux ou pornographique, ou qui prôneraient la violence ou la haine raciale (CE, 29 juill. 1994, n° Juris-Data n° 1994-046576 et n° 1994-048872 ; ou encore l'usage, la détention ou le trafic de stupéfiants.

³⁵⁷ On peut voir en ce sens une étude américaine menée sur les adolescents qui démontre l'influence de la musique sur l'âge du premier rapport sexuel. « Exposure to Degrading Versus Nondegrading Music Lyrics and Sexual Behavior among Youth », Pediatrics, official journal of the American academy of pediatrics, 9 août 2006

³⁵⁸ M. CANEDO, « Le Conseil d'Etat gardien de la moralité publique ? », note sous CE, Section, 30 Juin 2000, RFDA, 2000, p.1282

³⁵⁹ Voir en ce sens, concernant l'interdiction au mineur de moins de 18 ans du film Baise moi : « une interprétation a contrario de la motivation avancée pourrait laisser entendre que si, indépendamment des scènes de sexe et de violence qu'il comprenait, le contenu du film s'était montré à la hauteur du message que les réalisatrices prétendaient vouloir transmettre, le juge administratif aurait renoncé à préconiser son classement dans la catégorie « X ». Si donc le Conseil d'Etat a retenu la solution largement contestée que l'on sait, ce n'est pas au nom d'une conception surannée de la pornographie mais simplement parce qu'il n'a trouvé aucune justification artistique ou « philosophique » évidente aux excès de certaines scènes. » M. CANEDO, « Le Conseil d'Etat gardien de la moralité publique ? », préc. ; de même, la position au sein de la décision d'irrecevabilité, Cour EDH, VD et CG c. France, du 22 juin 2006 où la Cour « estime notamment que, eu égard au contenu du film, la haute juridiction française a pu considérer que la confrontation avec des scènes et un univers violent aurait pu être préjudiciable à un jeune public ».

³⁶⁰ J. MORANGE, « Censure, Liberté, Protection de la jeunesse », préc., p.1316

messages est inévitablement liée à son âge³⁶¹ sans quoi l'objectif de son épanouissement ne peut prospérer. Si le niveau de développement personnel d'un enfant reste difficile à juger et subjectif, son âge préjuge de sa capacité et de son intérêt à la réception de messages artistiques. L'absence d'une évolution conjointe de son âge et de sa capacité à recevoir et à interpréter les messages artistiques fragilise l'acquisition d'une autonomie de la volonté. L'objectif d'épanouissement du mineur suppose le dépassement de la culture de l'interdit car la protection de la jeunesse consiste aussi à la préparer « à faire face aux réalités de la vie »³⁶². Ainsi, l'intérêt du mineur ne réside pas dans une protection relevant des seules mesures d'interdiction mais doit opter, parfois, pour une démarche d'accompagnement et de recommandation en vue de la réception.

145. L'évolution jumelée de l'autonomie personnelle du mineur et de sa capacité à recevoir et interpréter un message impose une variation de la protection en fonction de l'âge. Elle constitue un réel préalable à l'exercice futur du droit individuel de recevoir un message artistique en tant que majeur. L'Union européenne a montré ses faveurs pour une telle appréhension de la protection de la jeunesse. Une recommandation du Conseil 20 décembre 2006, rappelée dans la Directive Service de médias audiovisuels du 10 mars 2010, souligne le besoin d'établir des mesures « pour promouvoir l'éducation aux médias, [...] une formation axée sur l'internet à l'intention des enfants dès le plus jeune âge, mobilisant tous les moyens de communication, afin d'informer sur une utilisation responsable de l'internet »³⁶³. La surprotection du mineur contre tout message à la moralité douteuse, l'impossibilité de choisir par lui-même un message tout au long de sa minorité ne lui est pas profitable. Elle infantilise l'individu jusqu'à sa majorité ne lui donnant pas « les moyens de réagir librement aux situations auxquelles il sera progressivement confronté »³⁶⁴. L'application concrète des mécanismes de la protection du mineur en matière artistique tend à évoluer. Toutefois, elle n'arrive pas à intégrer de manière cohérente cette variable qu'est l'évolution du mineur à travers les âges.

³⁶¹ On peut noter, qu'aux États-Unis, à défaut de protection graduée, ce sont les éditeurs de *comic books* qui ont d'eux même établi une graduation par avertissement sur les livres qu'ils publiaient pour échapper à la censure. Pour une étude approfondie, **J. MC WILLIAMS**, *Comic books*, www.firstamendmentcenter.org

³⁶² Déclaration de **M. DILIGENT** (J.O. Débats, Sénat, 17 Décembre 1966, p.2555)

³⁶³ Directive du Parlement européen et du conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010, (47), J.O.U.E. 15 avr. 2010

³⁶⁴ **J. MORANGE**, « *Censure, Liberté, Protection de la jeunesse* », préc., p.1316

II. Une protection rigide du récepteur mineur

146. La protection du mineur est souvent considérée comme une « *priorité de travail* »³⁶⁵. Malgré cet effort envers la jeunesse, l'idée de développement de l'autonomie du mineur ne remet pas en cause le régime traditionnel de protection. Si ce dernier permet une protection effective contre la réception de messages néfastes, sa rigidité offre une politique de protection plus restrictive qu'épanouissante pour le mineur³⁶⁶. Or, l'attention portée à la jeunesse a ouvert la voie d'une protection graduelle du mineur récepteur. Cependant, cette protection est d'une efficacité relative. En effet, le régime de protection traditionnel est en marge des conditions actuelles de communication (A). Les évolutions qui s'y imbriquent ne font que se superposer à un dispositif existant, engendrant de nouvelles confusions (B).

A/ Un socle de protection inadéquat

147. La France, tout comme d'autres États³⁶⁷, dispose de régimes spécifiques de protection. La loi du 16 Juillet 1949 a pour vocation le contrôle des publications destinées à la jeunesse. Ce pouvoir ministériel, contrôlé par le Conseil d'État³⁶⁸, s'applique originellement à toute publication écrite apparaissant « *comme principalement destinées aux enfants et adolescents* »³⁶⁹. Pourtant, son interprétation extensive élargit son champ d'application à des publications de toute nature « *qui présentent en danger pour la jeunesse sans qu'il y ait lieu de rechercher si ces publications sont ou non principalement destinées aux enfants et aux adolescents* »³⁷⁰. En matière pénale, c'est principalement l'article 227-24 du code pénal qui sanctionne la diffusion de tout message « *à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine [...] lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un*

³⁶⁵ Mme Reding, Commissaire chargée de l'audiovisuel lors du conseil Culture du 23 Mai 2002. **L. FRANCECHINI**, « *Pornographie et télévision* », LP déc. 2002, II, n°197, p.163 et s., p.166

³⁶⁶ Voir en ce sens la vision : **F. GRAS**, « *L'œuvre pornographique et le droit* », Légicom, n°3, 2007, pp.79 et s.

³⁶⁷ En Allemagne, toutefois, la Cour Constitutionnelle veille à ce que la protection de la moralité des mineurs ne limite pas indûment la liberté d'expression, notamment dans sa dimension artistique et scientifique (*BVerfGE* 83, 130. – *BVerfGE* 90, I) dans, **L. PECH**, « *Liberté de communication en droit comparé* », JCL. Communication, Fasc. 1250

³⁶⁸ CE, 28 juill. 1995, *Association Alexandre*, **E. DREYER**, « *Extension du contrôle du Conseil d'État sur les mesures d'interdiction des publications destinées à la jeunesse* », PA, 11 oct. 1996, p. 22

³⁶⁹ Article 1^{er} de la Loi n°49-956 du 16 Juillet 1949.

³⁷⁰ Le Conseil d'État a estimé que des publications peuvent présenter un « *danger pour la jeunesse* », même si elles ne sont pas principalement destinées à un public d'adolescents. CE, 29 juill. 1994, **J-P. DIDIER**, « *A propos du contrôle administratif en matière de presse des publications de toute nature* » JCP G., 1995, II, 22496. Voir aussi CE, sect., 9 mai 1980.

mineur »³⁷¹. Ces deux systèmes optent pour des hypothèses de contrôle particulièrement étendues quant aux publications visées. En outre, qu'ils protègent le mineur, l'enfant ou l'adolescent, ces systèmes n'établissent aucune nuance et offrent une même et seule protection à l'ensemble des mineurs.

148. L'étendue du contrôle sur l'ensemble des publications susceptibles d'être vues par le mineur est justifiable. Une protection efficace ne saurait se contenter de contrôler les seules publications destinées directement au mineur. Elle laisserait en marge des messages qui, tout en ne lui étant pas destinés, lui seraient accessibles. Or, cette conception de l'accessibilité au mineur peut faire l'objet de dérive car, en pratique, un mineur a la possibilité de trouver l'ensemble des contenus qu'il souhaite. En effet, la Cour de cassation a fait une interprétation particulièrement extensive de l'accessibilité au mineur. La chambre criminelle a reconnu qu'un disque compact normalement destiné aux personnes majeures, ayant un contenu pornographique, pouvait être incriminé, du simple fait qu'un enfant peut se le procurer en se présentant comme majeur³⁷². Une telle interprétation est critiquable. Elle permet l'incrimination de l'ensemble des publications sous couvert de la protection de la jeunesse, même celles réservées aux majeurs. Elle tend à subordonner toute diffusion de messages artistiques au droit, pour le mineur, de la recevoir. L'ampleur de ces mécanismes d'application générale, si elle semble protéger la jeunesse de l'ensemble des messages néfastes susceptibles de l'atteindre, ne devrait pas préjudicier au droit de recevoir du majeur³⁷³. Alors, la connaissance de l'interdit par le mineur et l'effort de restriction qui l'entoure peuvent suffire à protéger le mineur. Ces éléments lui montrent la pornographie et la violence comme en marge d'un mode de conduite. Si le mineur accède au message, ce n'est que par la conscience de commettre un acte transgressif. Plus généralement, cette culture de l'interdit conditionne la pleine autonomie de la volonté ; elle suppose pour l'individu, qu'à sa majorité, l'ensemble des messages lui sont désormais accessibles. Le système en place n'est pas profitable à la mise en valeur du rôle des adultes en charge d'enfants. Il préfère un contrôle général des publications à une stigmatisation des messages que le mineur ne devrait pas recevoir³⁷⁴.

³⁷¹ Article 227-24 du code pénal

³⁷² C.Cass., Ch. Crim., 23 fév. 2000, **Y. MAYAUD**, « de l'accessibilité aux mineurs des messages à caractère violent ou pornographique », RSC 2000, pp.611 et s.

³⁷³ En ce sens : “ (The law cannot) reduce the adult population ... to reading only what is fit for children.” Supreme Court of Appeal of West Virginia, *Butler vs. Michigan*, 25 fév. 1957. Affaire relative au *Comic Book “The devil rides outside”* de J.H. Griffin.

³⁷⁴ Les adultes en charge d'enfants n'en sont pas pour autant déchargés de toute responsabilité. Un adulte qui a laissé visionner à ces enfants de 5 et 8 ans des films à caractère pornographique a été condamné sur fondement de l'article

149. En outre, ce système reposant sur une distinction entre le majeur et le mineur ne réalise qu'un pan des objectifs de la protection de la jeunesse. Il protège effectivement le mineur des messages néfastes qui peuvent le perturber. Cependant, il ne tient aucunement compte de l'évolution du mineur, que ce soit sur sa capacité à recevoir ou à consentir. Dès lors, il empêche une part de la jeunesse d'accéder à des messages qui lui seraient adaptés. Le mineur est ici considéré comme un individu de zéro à dix-huit ans à protéger, et surtout, à protéger de la même manière. L'article 227-24 du code pénal ne vise que le mineur de dix-huit ans. Quant à la loi de 1949, elle fait entrer les enfants et adolescents dans son champ d'application, mais ne les distingue jamais. Cette conception reste alors à la marge de l'évolution jurisprudentielle de la Cour EDH sur l'incidence de l'âge du mineur, sur son autonomisation progressive. Ainsi, ce système, critiqué par la doctrine³⁷⁵, fait l'objet d'une particulière difficulté d'application en matière artistique.

150. L'affaire du roman *Rose bonbon*³⁷⁶, décrivant principalement le monologue d'un pédophile imaginaire, a mis en lumière ce problème. Le Ministre de l'Intérieur s'est prononcé dans le sens contraire à la commission de contrôle³⁷⁷. Cette dernière souhaitait l'interdiction de vente du livre *Rose bonbon* aux mineurs. Cependant, le Ministre a estimé que les précautions prises par l'éditeur³⁷⁸ protégeaient « *les jeunes mineurs* » contre la réception du livre. En outre, Il a affirmé qu'il « *y aurait quelque incohérence à interdire de la vente au mineur le livre de Monsieur Jones-Gorlin alors que de nombreux ouvrages comportant des scènes aussi condamnables sont en vente en librairie* »³⁷⁹. Ce contentieux met en évidence les différentes lacunes du système de protection en cause. Tout d'abord, l'absence de distinction entre les mineurs en fonction de leur âge dans la protection est, en l'espèce, palliée par l'initiative de l'éditeur. La non condamnation de la diffusion revient au fait que l'éditeur a su se prémunir de la

227-24 du code Pénal et déchu de son autorité parental. CA Grenoble, Ch. Corr., 26 Juin 2005. n° JurisData : 2005-292504

³⁷⁵ Voir **A. TRICOIRE**, « *L'art, la censure et les droits de l'homme* » LP n°196, nov. 2002, II, pp.148 et s.

³⁷⁶ **N. JONES-GORLIN**, *Rose Bonbon*, première publication en 2002 par Gallimard, Présentation de l'éditeur : « *Rose bonbon est une œuvre de fiction. Aucun rapprochement ne peut être fait entre le monologue d'un pédophile imaginaire et une apologie de la pédophilie. C'est au lecteur de se faire une opinion sur ce livre, d'en conseiller ou d'en déconseiller la lecture, de l'aimer, de le détester, en toute liberté.* »

³⁷⁷ Le ministre n'est, d'ailleurs, pas obligé de consulter au préalable la commission chargée de la surveillance et du contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence. CE, 19 janv. 1990, *SFR et Sté Éditions de la fortune*, Juris-Data n° 1990-641121

³⁷⁸ L'éditeur avait entouré le livre d'un film plastique assorti d'un avertissement.

³⁷⁹ Citation du Ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy, dans *Le Figaro*, 12/13 Octobre 2002 et *Libération* 12/13 Octobre 2002 dans **A. TRICOIRE**, « *L'art, la censure et les droits de l'homme* », préc. P.153. On peut noter que le ministre fait référence à d'autres ouvrages comportant des scènes condamnables qui seraient accessibles à des mineurs. On peut prendre pour exemple les ouvrages du Marquis de Sade qui se retrouvent aux éditions de la Pléiade alors que ceux-ci avaient été largement critiqués.

réception par les plus jeunes, condition non prévue par la loi. Cette condition, quoique non prévue, aurait pu être le fondement de la restriction à la libre diffusion du roman en cause. Cette initiative est d'autant plus appréciable qu'elle offre une protection du mineur qui n'existe pas sur des œuvres au contenu similaire, pourtant non inquiétées par la loi du 16 juillet 1949. On peut alors se demander pourquoi une telle œuvre aurait pu faire l'objet d'une restriction ? La réponse réside dans le fait que, face au caractère général de la loi, une analyse contextuelle de la liberté d'expression ne tient qu'à l'arbitraire du Ministre de l'Intérieur. Ainsi, le flou entourant la conception du mineur dans la loi oblige les diffuseurs à l'autocensure afin d'éviter des restrictions marquées par leur manque de prévisibilité.

151. Cette contestable indifférence de l'âge se retrouve dans l'application de l'article 227-24 du code pénal. La compatibilité de cet article est déjà sérieusement remise en cause par la doctrine en raison de son manque de prévisibilité³⁸⁰. L'indifférence de l'âge dans son application fait de cette règle une norme énoncée sans suffisamment de précision pour que l'artiste soit à même de prévoir les conséquences de la publication de son œuvre³⁸¹. Cette indifférence, de nature à accroître l'imprévisibilité, conduit alors à l'incohérence des solutions retenues par les juges.

L'action menée contre le roman *Plateforme* de Michel Houellebecq³⁸² en est la preuve³⁸³. En l'espèce, les juges ont refusé de condamner l'ouvrage sur le fondement de l'article 227-24 du code pénal en affirmant que le livre en cause n'était pas un écrit spécifiquement pornographique, mais une œuvre littéraire. Selon les juges, malgré les « *scènes sexuelles complaisamment décrites, l'ouvrage n'en est pas pour autant dénué de toute valeur artistique ou littéraire* »³⁸⁴. L'absence de qualification de message pornographique, constituant l'élément matériel de l'infraction, a été justifiée par la valeur artistique de l'ouvrage litigieux. Le roman ne tombait donc pas sous le coup de l'infraction. Par conséquent, il devient accessible à l'ensemble des mineurs. Ce raisonnement souffre de critiques et démontre la difficile analyse du message artistique en la matière. En effet, les juges ont indûment fondé leur solution sur le mérite de l'œuvre, à savoir sa valeur artistique et non sa nature. Si la nature artistique du message ne peut conférer une immunité à l'artiste sur les thèmes du sexe et de la violence, l'analyse de la valeur

³⁸⁰ **A. TRICOIRE**, « *L'art, la censure et les droits de l'homme* », LP n°196, nov. 2002, II, préc.

³⁸¹ Voir en ce sens, l'exigence de prévisibilité de la loi. **M. LEVINET**, « *L'exigence de « qualité » de la loi* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., pp.54 et s.

³⁸² **M. HOUELLEBECQ**, *Plateforme*, première publication en 2001 par Flammarion. Ce roman a pour thème principal le tourisme sexuel en Thaïlande, dont les scènes de sexe sont explicitement décrites.

³⁸³ TGI Carpentras, 25 Avril 2002, *Bonnet et autres contre Flammarion et Houellebecq*, LP, n°192, Juin 2002, I, p.76

³⁸⁴ *Ibid.*

du message relève de l'arbitraire d'un juge érigé en critique. En outre, la qualification de message ayant une valeur artistique n'enlève pas les scènes sexuelles qu'il contient. Pourtant, le juge a rendu accessible un ouvrage comportant des scènes sexuelles complaisamment décrites au plus jeunes simplement parce que c'était un bon livre. La solution a de quoi décevoir. La solution retenue dans l'affaire *Plateforme*, aurait pu être appréciable si elle faisait de la nature artistique, et non de la valeur, un facteur susceptible de faire échapper l'œuvre à la qualification de message pornographique ou violent. On aperçoit tout de même que le système répressif ne laisse que peu de choix au juge. Soit il considère une œuvre comme prioritairement pornographique et il condamne son accessibilité au mineur³⁸⁵, soit il la qualifie de message artistique et prive une part de la jeunesse de protection.

152. L'ensemble de ces affaires démontrent la faiblesse de ces systèmes de protection. En effet, ils n'arrivent pas à prendre en considération tous les mineurs dans le même temps. Soit l'attitude est libérale et préjudiciale aux plus jeunes par un manque de protection, soit l'attitude protectionniste infantilise les plus avancés en âge par l'interdiction de publication qui sont, pourtant, en adéquation avec leur degré de développement. Ces dispositifs, qui se concentrent sur des contenus³⁸⁶ ou des supports³⁸⁷ particuliers, offrent une protection inégale en fonction des œuvres et de leur mode de diffusion. Les lacunes de cette protection ont imposé de la revoir, tant dans les domaines qu'elle touche que dans son fonctionnement. Cette évolution, plus soucieuse des disparités composant la minorité est d'une efficacité relative. Elle révèle de nombreuses carences encore à combler, voire d'un système à revoir.

B/ Une protection incohérente et hétérogène

153. La nécessité de prendre en compte l'âge du mineur est apparue en raison de l'évolution des moyens techniques de communication. La démocratisation du cinéma et le développement de l'audiovisuel ont favorisé la réception de messages artistiques par le plus grand nombre moyennant une réduction des intermédiaires. La diversité des œuvres proposées a imposé que

³⁸⁵ Notons que l'hypothèse d'une sanction emporterait inévitablement une restriction au droit à la réception des adultes.

³⁸⁶ L'article 227-24 du code pénal ne protège les mineurs que des messages à caractère pornographique, violent ou attentatoire à la dignité humaine

³⁸⁷ Rappelons que la loi du 16 Juillet 1949 ne protège les mineurs que contre les écrits. La protection des mineurs à l'égard des œuvres cinématographiques fait l'objet d'un régime particulier.

l'on prenne en considération « *l'ensemble des individualités du jeune public* »³⁸⁸ en relativisant les restrictions au droit de recevoir dans ces domaines. Les systèmes de classification des œuvres audiovisuelles³⁸⁹ et cinématographiques³⁹⁰ ont permis de moduler les restrictions à la réception en fonction de l'évolution du mineur. Ces systèmes de classification s'appuient sur une catégorisation des mineurs à raison de leur âge. Ils opèrent alors une protection graduelle par un « *accès appropriée* »³⁹¹ convenant à l'ensemble de la jeunesse. En effet, ils restreignent le droit à la réception de ceux qui ne sont pas encore apte à connaître du message tout en laissant la possibilité, aux plus avancés, de recevoir un message qui peut leur être profitable. Catégorisée par tranches d'âges³⁹², la protection associe donc la nécessité de la restriction avec l'évolution des besoins et des intérêts du mineur en matière artistique.

154. Les contentieux relatifs à l'obtention d'un visa d'exploitation cinématographique des films *Le Pornographe*³⁹³ et *Ken Park*³⁹⁴ illustrent la nouvelle prise en compte de l'intérêt évolutif du mineur. Ces deux films comportaient de scènes sexuelles non simulées de nature à qualifier le

³⁸⁸ **K. FAVRO**, *Téléspectateur et message audiovisuel : contribution à l'étude des droits du spectateur*, op.cit., p.137

³⁸⁹ En matière de programmes audiovisuels, la protection du mineur était traditionnellement généralisée à l'ensemble des mineurs. (voir **K. FAVRO**, *Téléspectateur et message audiovisuel : contribution à l'étude des droits du spectateur*, op.cit.) L'évolution de la protection, poussée par le droit communautaire et plus précisément la directive Télévision sans frontière n°89/552/CEE, a imposé la modification de l'article 15 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

³⁹⁰ La représentation publique d'une œuvre cinématographique est soumise, en application de l'article 19 du code de l'industrie cinématographique, à l'obtention préalable d'un visa d'exploitation délivré par le Ministre de la Culture, après avis de la Commission de classification des œuvres cinématographiques. Décret n°90-174 du 23 Février 1990 modifié par le décret n°2008-1014 du 1^{er} oct. 2008 (JO, 3 oct. 2008, p.15230)

³⁹¹ Article 15 de la loi du 30 Septembre 1986, modifié par la loi n°2007-309 du 5 Mars 2007.

³⁹² La nouvelle signalétique télévisuelle, adopté par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel le 17 Septembre 2002 (J.O. 20 Septembre 2002), est apparue sur les écrans français le 18 novembre 2002. Ce dispositif commun à toutes les chaînes possède cinq catégories : Les programmes accessibles à tous (catégorie 1), les programmes déconseillé au moins de 10ans (catégorie 2), 12 ans (catégorie 3), 16ans (catégorie 4) et 18ans (catégorie 5). En matière cinématographique, le décret n°90-174du 23 février 1990 modifié par les décrets n°2001-618 du 12 Juillet 2001, n°2003-1163 du 4 décembre 2003 et n°2008-1014 du 1^{er} oct. 2008 offre une catégorisation approximativement similaire : Un visa tous public, une interdiction aux mineurs de moins de 12 ans, aux mineurs de 16 ans, aux mineurs de 18 ans, ainsi que la possibilité d'interdiction aux mineurs de 18 ans assorti d'une classification X en raison du caractère violent ou pornographique du film. Une telle lisibilité de l'information devrait pouvoir être prise en compte par le juge, lorsque l'on sait que les initiatives personnelles d'éditeur en vue d'éviter la réception par le mineur, souvent moins compréhensibles sont admises. À l'étranger, une signalétique similaire a été prise par la Conseil canadien de normes de la radiotélévision depuis le 18 juin 1997. www.cbsc.ca.

³⁹³ Demande en vue d'interdire le film aux mineurs de 18 ans en raison d'une scène à qui « *contient une scène de sexe non simulée, tant la place que tient cette scène, unique et brève par rapport à la durée totale de l'œuvre, que la manière dont elle est filmée et la nature du thème traité par l'auteur du film, ne permettent de retenir que le ministre de la culture ait fait une inexacte application des dispositions de l'article 3 du décret du 23 février 1990 relatif à la classification des films cinématographiques, dans sa rédaction issue du décret du 12 juillet 2001, en lui accordant un visa d'exploitation assorti d'une interdiction aux mineurs de seize ans* ». CE, Sous-sections 1 et 2 réunies, 13 nov. 2002, n°239254

³⁹⁴ Ken Park, de Larry Clark (8 oct. 2003) peut être perçu comme un tableau provocant de quatre adolescents américains de classe moyenne qui trompent leur ennui avec du sexe, de la violence et de la perversion. (Source : allociné.fr). Ce film comporte, notamment, une scène de suicide et une scène de meurtre particulièrement explicites.

film de pornographique. Or, ces œuvres ont toutes deux échappé au classement X. Les juges ont analysé l'ensemble de l'œuvre pour la confronter à l'intérêt du mineur à la recevoir. Même si la décision d'interdire le film *Ken Park* à l'ensemble des mineurs peut paraître critiquable³⁹⁵, la réflexion entreprise sur l'intérêt de certains mineurs à recevoir le message artistique est une première étape. L'inclusion de scènes sexuelles ou pornographiques dans le message artistique ne retire donc pas toute vertu pédagogique ou tout intérêt à la réception pour une fraction de la jeunesse. Un tel message, s'il tend à la réflexion du mineur, peut lui être autorisé en vue de son épanouissement³⁹⁶. La justification de l'accessibilité de l'œuvre au mineur ne réside pas dans le caractère méritoire du message artistique, mais dans la capacité qu'ont certains mineurs à le recevoir et à le comprendre. La prise en compte de l'âge du mineur assure donc le développement de son autonomie personnelle en lui offrant, progressivement, les prémices d'un droit au libre choix.

155. Protéger l'enfant ne veut pas dire tout lui interdire. L'autonomisation progressive du mineur ne peut se faire par des seules mesures d'interdiction. L'objectif d'épanouissement de l'enfant et de l'adolescent suppose l'existence de mesures d'accompagnement. Plutôt que d'opter pour la solution radicale de l'interdiction, la protection peut s'assurer par une responsabilisation des adultes en charge de mineurs qui, conscients de leur degré de développement, sont plus à même de les aider dans leur choix. On peut rappeler que *« les titulaires des droits parentaux peuvent prendre des décisions en ce qui concerne leurs enfants, principe qui découle également*

³⁹⁵ Voir notamment : **I. DE SILVA**, « *Ken Park, interdit aux mineurs échappent au classement X* », JCP Adm. et Collec. Terr., n°16, avril 2004, 1286, p.559. L'auteure s'oppose à la décision rendue en estimant que la décision « *concernerait un film d'une très grande valeur artistique et porteur d'un « message » qui ne laisse pas indifférent, ce qui n'était pas forcément le cas des autres films soumis à votre appréciation. D'autre part, elle conduirait à interdire aux spectateurs âgés de seize à dix-huit ans de voir le film, alors que le film met justement en scène ce qu'il considère être les problèmes des adolescents ; le réalisateur indique d'ailleurs dans des interviews qu'il souhaite que les adolescents voient son film. Le ministre de la Culture et de la Communication soutient, dans le même sens, qu'une interdiction aux seize - dix-huit ans serait particulièrement mal venue alors que le réalisateur entend faire réfléchir les adolescents et leurs parents sur « le principe de responsabilité dans les relations aux autres », et évoque un sujet qui les concerne (le mal-être adolescent)* ». Le film s'est vu opposé l'interdiction au mineurs de 18 ans sans pour autant être classé comme pornographique comme le permet le décret n°2003-1163 du 4 décembre 2003 modifiant le décret n°90-174 du 23 février 1990 relatif à la classification des œuvres cinématographiques. Il est à noter que la classification cinématographique produit ses effets sur le passage à la télévision et sur support DVD.

³⁹⁶ Par exemple, en Australie la décision relative à la classification du film *La dernière tentation du Christ*, a tenu compte de manière concrète de l'intérêt du mineur à recevoir le message artistique. La commission de classification avait interdit le film au mineur de 18 ans. Suite à l'action de *United International Pictures Pty Ltd*, le film fut classé, non plus comme interdit aux moins de 18 ans, mais moins de 15 ans. L'interdiction a été revue car le film était un moyen de connaissance sur la mort du Christ et de ces souffrances. Décision du 10 oct. 1988 - OFLC and Films Board of Review - Report on Activities 1988-89

des droits garantis par la Convention et ses protocoles »³⁹⁷. Plus largement, l'adulte a un pouvoir d'ingérence dans la liberté de réception du mineur³⁹⁸.

156. La responsabilisation de l'adulte n'est toutefois possible que s'il possède les moyens d'aider le mineur dans ses choix. En pratique, ce système s'est développé. En matière cinématographique, la restriction d'âge s'accompagne, en cas de besoin, d'un avertissement sur le contenu du film³⁹⁹ librement accessible⁴⁰⁰. Le domaine télévisuel ne nécessitant aucun intermédiaire entre la diffusion du message et la réception par l'individu, les restrictions fondées sur la protection du mineur ne peuvent aller jusqu'à l'interdiction absolue de diffusion. La classification des œuvres tient lieu de conseil et de recommandation au profit des adultes⁴⁰¹. Ainsi, ils bénéficient d'une information suffisante sur le message pour accompagner l'enfant dans sa démarche d'autonomisation et légitimer leur rôle de garde-fou. La généralisation de la mise en place d'un système d'information permet donc l'exercice des prémices d'un libre choix du mineur par l'accompagnement du majeur. Elle favorise le système de la recommandation plutôt que la répression afin de protéger l'ensemble des mineurs et ce malgré leur différence. L'interdiction de diffusion à l'ensemble des mineurs doit alors être considéré comme l'exception.

157. Cette évolution de la protection du mineur reste largement à relativiser pour deux raisons. Tout d'abord, elle ne s'effectue que de manière sectorielle. Les domaines cinématographique et audiovisuel, domaines privilégiés de l'évolution, s'inscrivent dans une même logique sans pour autant opter pour un régime similaire. Malgré la similitude des

³⁹⁷ Com. EDH, *Nielsen c. Danemark*, préc.. De plus, le conseil de l'Europe a mis en avant que « *la famille joue un rôle primordial dans l'éducation des enfants* » Recommandation 1720 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 4 Octobre 2005

³⁹⁸ La mise en place de plus en plus importante du système du contrôle parental semble être une alternative efficace à l'ingérence étatique en vue de la protection du mineur.

³⁹⁹ La commission de classification a, à de nombreuses reprises, recours à la technique de l'avertissement pour éviter de trop sévèrement restreindre la diffusion d'un film en salle. Par exemple : *Saw IV* de *Bousman Darren* (visa n°119151 du 30 Novembre 2007) a été interdit aux mineurs de 16 ans avec l'avertissement « *Ce film comporte des scènes de très grande violence particulièrement éprouvantes* ». Le film *London to Brighton* de *Williams Paul Andrews* (visa n°118039 du 11/06/2007) a été interdit au mineurs de 12 ans assorti de l'avertissement « *Ce film au climat angoissant présente des scènes violentes susceptibles de heurter la sensibilité des spectateurs, et notamment des adolescents* ».

⁴⁰⁰ Ces informations se retrouvent préalablement à la projection du film ainsi que sur le site de la commission de classification des œuvres cinématographiques.

⁴⁰¹ Néanmoins, les autorités publiques ne se dégagent pas pour autant de protection de la jeunesse. Les adultes ne peuvent pas toujours intervenir pour opposer une restriction au mineur. Ainsi, l'exemple de l'aménagement des plages horaires des œuvres en vue d'éviter sa perception reste encore un moyen adéquat de restriction. CSA. JO 26 fév. 2004 : le CSA interdit au service de radiodiffusion sonore de diffuser entre 6h et 22h des programmes susceptibles de heurter la sensibilité des auteurs de moins de 16ans. Il existe ensuite une interdiction de toute émission pornographique ou de très grande violence en raison de l'absence de dispositif technique permettant de s'assurer que seuls les adultes y ont accès. LP N°210, avril 2004, I, p.38, Voir de même : **K. FAVRO**, thèse, op.cit., p.138

catégories établies, l'indépendance de ces systèmes démontre leur manque de cohérence. L'avertissement informatif en matière cinématographique ne trouve plus son impérativité en matière télévisuelle. Une même œuvre peut alors être diffusée successivement par les deux moyens de communication sans afficher les mêmes précautions à l'égard du mineur. Le discrédit peut être jeté sur tout le système en raison de la variabilité de l'interprétation de l'intérêt du mineur. La confiance des adultes envers ces recommandations devient faible. Seules les mesures d'interdictions sont alors considérées comme efficaces. On en revient alors à un système dépassé. En outre, les évolutions amorcées dans les domaines précités laissent en marge l'ensemble des autres modes de diffusion du message artistique. La vente des phonogrammes du secteur musical ne dispose, à la différence des États-Unis⁴⁰², d'aucun dispositif destiné à la protection de la jeunesse. Pour une large part des modes de diffusion des messages artistiques, la protection des mineurs relève de l'initiative personnelle du diffuseur⁴⁰³ ou du régime répressif. Partant, cette nouvelle conception de la protection de la jeunesse demeure une exception et n'arrive pas à s'imposer.

158. Ensuite, si cette nouvelle conception ne s'impose pas, c'est qu'elle reste rattachée à un socle de protection obsolète qui la prive de toute efficacité. En effet, deux arrêts de la Cour de cassation du 19 janvier 2005 rappellent que « *le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose* » à ce « *qu'une tolérance ou une autorisation administrative, même accordée en vertu d'un texte réglementaire, relève le juge répressif du devoir qui n'incombe qu'à lui d'appliquer la loi pénale et qu'en refusant de se prononcer sur le caractère pornographique* » « *d'un film au prétexte que sa diffusion était autorisée par un visa d'exploitation* » ou « *d'un livre au prétexte que le ministre en aurait autorisé la diffusion* », *les juges d'appel ont commis un excès de pouvoirs et violé le principe de la séparation des pouvoirs* »⁴⁰⁴. Ainsi, le principe de séparation des pouvoirs laisse subsister un double contrôle porteur de confusions. Les restrictions par recommandation ou par catégorisation ne constituent pas un obstacle à une action pénale à l'encontre du message artistique. La jurisprudence relative à l'article 227-24 du code pénal

⁴⁰² Les États-Unis ont mis en place une mesure d'information impérative sur les disques présentant un danger pour la jeunesse en raison des paroles contenues dans l'œuvre. Ce système consistant à la mise en place d'un sigle « *Parental Advisory – Explicit lyrics* » se comprend comme une information destinée aux parents et permettant un contrôle parental. Dès lors, cette mesure a permis d'éviter la censure plus radicale de certains albums.

⁴⁰³ Aux États-Unis, les éditeurs de *Comic Books* ont réagi à la censure en apposant eux même des avertissements tels que « *Suggested for mature readers* » ou en reprenant le système d'avertissement prévu pour l'édition musicale ;

⁴⁰⁴ Derrière cette mise en avant de la protection du mineur par le droit pénal, la Cour n'a pas sanctionné, en l'espèce, les messages incriminés, sans pour autant nous éclairer sur les raisons. De là, les juges affirment que les messages contenus dans le film *Le pornographe* et dans le livre *Il entrerait dans la légende* n'entraînent pas de danger pour la jeunesse en raison de leur caractère pornographique ou violent et, par conséquent leurs sont accessibles. Cour de cassation, Ch. Crim., 19 Janvier 2005, n°04-83.044, affaire relative au film *Le pornographe*, et n°04-89.049, affaire relative au livre *Il entrerait dans la légende*.

démontre d'ailleurs à quel point le juge n'entend pas tenir compte de l'incidence de l'âge du mineur⁴⁰⁵. Il n'entend pas, non plus, faire de ces restrictions antérieures des éléments d'appréciation du danger pour la jeunesse⁴⁰⁶. Ainsi, la simple existence de l'article 227-24 du code pénal terrasse tous les efforts sur une protection évolutive tenant compte de l'intérêt du mineur. Elle prive de crédibilité et d'effectivité toute restriction préalable moins radicale. Ce double contrôle des messages artistiques incite alors les adultes à se placer principalement en rôle de censeur⁴⁰⁷, voire ne font rien, plutôt que d'accompagner l'enfant dans son autonomisation.

159. La protection du mineur à l'égard des messages est marquée par une multiplicité de systèmes qui, au lieu de se compléter, s'affrontent. Les avancées sectorielles sont étouffées par le chevauchement des dispositifs de protection. La protection actuelle qui, selon les supports, oscille entre surprotection et délaissement du mineur ne parvient pas à trouver un équilibre entre l'intérêt de tous. Cet ensemble entraîne un manque flagrant de lisibilité sur le droit du mineur à recevoir un message artistique, tant pour le mineur que pour l'adulte en charge d'enfant. La création d'un message artistique au profit de la jeunesse s'apparente à un flirt avec le danger

⁴⁰⁵ Par exemple, la Cour d'assise de Versailles, dans un arrêt du 13 avril 2003, rappelle que « l'article 227-24 ne (fait) aucune distinction d'âge entre les mineurs ». Voir notamment Y. MAYAUD, RSC 2004, Chroniques n°4 p.89. Ainsi, si on peut reprendre le développement de l'arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble, Ch. Corr., du 26 juin 2005 (n° JurisData : 2005-292504), où un adulte avait été condamné sur le fondement de l'article 227-24 pour avoir laissé visionner à ces enfants de 5 et 8 ans des films à caractère pornographique. De là, une même condamnation peut avoir lieu pour un adulte qui aurait laissé visionner à son enfant de 17 ans des scènes pornographiques contenues au sein d'un film, même si ce dernier n'avait été interdit qu'aux mineurs de 16 ans.

⁴⁰⁶ Par exemple, l'affaire relative au livre « *il entrerait dans la légende* » : Le Tribunal Correctionnel de Carpentras, dans un jugement du 27 Mars 2003, a déclaré coupable l'éditeur *Edition Leo Scheer* du délit prévu à l'article 227-24 du Code Pénal en raison de l'absence de mesures restrictives en vue de protéger les mineurs lors de la vente du livre de Louis Skorecki « *Il entrerait dans la légende* ». Pourtant, le Ministre de l'Intérieur n'avait pas utilisé de son pouvoir de censure à l'encontre dudit livre lors de son dépôt. L'association Promouvoir a alors engagé une procédure tendant à faire reconnaître l'erreur d'appréciation du Ministre. La requête de l'association fut rejetée par le Conseil d'État dans une décision du 25 Avril 2003. Cette solution semble logique car le Ministre lors du dépôt de l'œuvre n'avait pas d'indication quant à « l'ampleur de la diffusion de l'ouvrage ». Ainsi, la passivité du Ministre laisse place à la possibilité pour l'éditeur de se demander s'il devait se conformer à la permission légale prévue par l'article 227-24 du Code pénal et de la Loi du 16 Juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, à savoir créer des conditions de diffusion protégeant les mineurs de l'ouvrage. Par conséquent, ce fut au pouvoir judiciaire de sanctionner l'éditeur. CE, 25 avril 2003, *Association Promouvoir contre le Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, n°255636. Le jugement du Tribunal de Carpentras, a été infirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 8 Avril 2004. La Cour d'Appel a estimé qu'il était « invraisemblable d'exiger d'un éditeur (...) d'avoir une vision plus restrictive que celle du Ministre ». Ainsi, la Cour d'appel de Nîmes se retranche derrière l'inaction du Ministre, faisant fit de l'indépendance des législations et des juridictions et n'apporte aucune réponse claire sur la réelle permission de recevoir l'œuvre. Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 janvier 2005 (n°04-89.049), affirme que la tolérance du ministre n'empêche la condamnation sur le fondement de l'article 227-24 du code pénal. Pour autant, les juges ne remettent pas en cause la décision de la juridiction d'appel.

⁴⁰⁷ On peut reprendre l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, Ch. Corr., 26 juin 2005 (n° JurisData : 2005-292504) où un adulte avait été condamné sur le fondement de l'article 227-24 pour avoir laissé visionner à ces enfants de 5 et 8 ans des films à caractère pornographique. De là, l'autonomie du droit pénal et sa non prise en compte de l'âge du mineur peut avoir des effets pervers. En effet, une même condamnation peut avoir lieu pour un adulte qui aurait laissé visionner à son enfant de 17 ans des scènes pornographiques contenues au sein d'un film, même si ce dernier n'avait été interdit qu'aux mineurs de 16 ans.

pour l'artiste. Si ce dernier préfère la sécurité de l'abstinence pour ne se livrer qu'à une relation artistique entre adultes consentants, la protection du mineur peut s'inviter de force. L'exemple de l'affaire *Léo Scheer*⁴⁰⁸ et la lourdeur de sa procédure démontre à quel point la protection du mineur est « *de nature à dissuader* » les artistes « *de participer à la discussion de questions présentant un intérêt général légitime* »⁴⁰⁹ pour les mineurs. Pourtant, c'est dès l'enfance que débute l'autonomisation de la volonté.

160. Une protection cohérente nécessite une réflexion globale sur l'ensemble législatif. Les régimes préventifs, plus soucieux de l'évolution du mineur, imposent une plus forte ingérence des autorités, mais une restriction moins radicale. Les régimes répressifs, quant à eux moins intrusifs, ne s'appliquent qu'à des cas particuliers mais, sont plus arbitraires car moins précis. On ne peut se satisfaire de la simple suppression d'un régime imparfait pour laisser reposer la protection du mineur sur un autre qui l'est tout autant. En effet, si les avancées sectorielles sont profitables à une nouvelle conception de la protection du mineur, elles restent des exceptions. La protection de la jeunesse est à repenser d'un point de vue global. L'évolution de l'âge du mineur et le rôle à accorder aux adultes sont les points vitaux de l'établissement d'une protection graduée. Cette dernière doit avoir le souci d'éviter la multiplicité des régimes pour fournir une plus grande précision ; une plus grande lisibilité pour les mineurs et les adultes en charge d'enfant ; une plus grande prévisibilité pour l'artiste et les diffuseurs. C'est en suivant cette ligne directrice que l'on peut aboutir à une protection alliant la nécessité de la restriction et le besoin d'épanouissement du mineur.

⁴⁰⁸ Cf. *supra*, n°158, note 406

⁴⁰⁹ Voir notamment, Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994, §35, et *Giniewski c. France*, 31 janv. 2006, §54

Conclusion du Chapitre 1

161. Les droits de l'Homme laissent encore trop peu de place à l'individu lorsqu'il est le récepteur d'un message artistique. Pourtant, le droit individuel de recevoir un message artistique doit avoir pour mot d'ordre le libre choix car l'art est avant tout une question de goût. Émanant du libre arbitre de l'individu, ce droit garantit le respect des désirs individuels par les autorités nationales. Cette flagrante immixtion « *du désir dans le droit* »⁴¹⁰ nécessite de dépasser la conception abstraite d'un public en général et non éclairé que l'on protège sans cesse contre lui-même. En effet, cette conception, en contradiction avec l'évolution de l'autonomie personnelle, doit laisser place à l'idée d'un récepteur responsable et averti. La légitimité d'une ingérence des autorités se comprend alors largement lorsqu'elle a pour vocation de protéger la liberté. En effet, il n'est pas à exclure qu'une ingérence dans la liberté artistique puisse avoir vocation à aider l'individu à exercer un réel choix en connaissance de cause. Les limites au droit individuel de recevoir sont, par conséquent, à exercer de manière prudente. Cette intervention doit être entreprise après une analyse approfondie du risque réel découlant de la réception par l'individu. Les limites imposées au mineur, même si elles peuvent être plus importantes, doivent poursuivre un but d'éducation pour qu'il puisse acquérir la capacité d'être un futur récepteur autonome. Cette recherche d'épanouissement du mineur, de sa capacité à choisir et comprendre l'art est essentielle. Elle est le préalable nécessaire à l'établissement durable d'un droit au libre choix de l'individu en matière artistique. Cette exacerbation de l'autonomie de l'individu dans sa liberté de choix amorce assez logiquement l'idée d'un droit individuel de ne pas recevoir un message artistique.

⁴¹⁰ **B. EDELMAN**, « *Naissance de l'homme sadien* », Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, Droits, n°49, 2009, pp.107-133, p.109

Chapitre 2 : Le droit individuel de ne pas recevoir un message artistique

162. « Transformer la liberté d'expression en un droit à l'agression serait la dénaturer et donc, à terme, la rendre plus fragile »¹. Cette citation de M. le Professeur Morange laisse déjà transparaître l'idée d'un droit de ne pas recevoir un message artistique. En effet, la reconnaissance de l'autonomie du récepteur à l'égard du message artistique poursuit l'objectif de l'exacerbation de la liberté de choix. La réception des messages artistiques est un droit et non un devoir car « le devoir (ressemble) à la contrainte. La contrainte tue le désir »². L'effectivité de la liberté de recevoir un message artistique ne prospérerait donc que si l'individu possède le droit de se détourner des messages qu'il ne souhaite pas recevoir. Le droit individuel de recevoir, fondé sur l'autonomie de la volonté, nécessite la reconnaissance de son pendant négatif : le droit individuel de ne pas recevoir. Toutefois, les possibilités offertes à l'individu de ne pas recevoir un message artistique n'interviennent pas toujours avec la même force. Elles dépendent des conditions de diffusion du message. La réception peut, parfois, s'imposer d'elle-même sans donner les moyens à l'individu de se soustraire à la réception du message. Cette hypothèse laisse présumer la diffusion du message préjudiciable comme un acte délictuel à l'encontre du récepteur contraint. Le droit de ne pas recevoir peut aussi apparaître à travers le lien créé entre le diffuseur et le récepteur, mettant en jeu la liberté de choix du récepteur. Le récepteur peut avoir entrepris une démarche en vue de recevoir le message. Le message peut alors se révéler non conforme à ses attentes. Cette hypothèse correspond à la corruption du consentement du récepteur et pose la question de la protection de sa validité. Deux droits seraient à dégager : le droit de s'opposer à la réception forcée (Section 1) le droit de s'opposer à la réception non désirée (section 2).

¹ J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p.18

² J. GIRAUDOUX, *Amphitryon* 38

Section 1 : La réception forcée

163. La réception du message artistique peut s'imposer de fait. L'individu n'a pas eu la possibilité d'exercer un choix, il a été obligé, en raison des conditions de diffusion, de se soumettre à l'œuvre. La garantie du droit de ne pas recevoir un message artistique suppose que l'individu puisse échapper à la contrainte de la réception en dehors de toute volonté. Cependant, une telle protection ne peut être absolue car elle n'est pas sans risque pour l'équilibre de la liberté artistique. En effet, si l'art ne doit pas constituer une contrainte, la réception même forcée d'un message artistique n'est pas un acte nuisible en soi. La protection contre la réception forcée, en tant qu'atteinte au droit individuel de ne pas recevoir, ne peut se justifier que par la réunion de deux conditions : la preuve de la contrainte individuelle (§1) et son caractère préjudiciable pour l'individu ayant reçu le message (§2).

§1. La contrainte

164. Chaque individu possède *de facto* une faculté de ne pas accéder à l'art et d'échapper à certains messages artistiques. Cette faculté n'est pas sans limite. Les conditions de diffusion du message peuvent contraindre l'individu à recevoir le message artistique. Le droit individuel de recevoir, dans son pendant négatif, devient une protection du récepteur. Or, cette reconnaissance reste timide. L'affirmation de ce droit individuel (I) doit avoir la contrainte comme critère essentiel (II).

I. L'individualisation du droit de ne pas recevoir

165. Une protection contre la réception forcée apparaît indéniable. Or, cette protection reste globale, car traditionnellement ciblée sur le contenu du message. Elle s'applique au public en général. L'existence d'une protection individuelle du récepteur trouve alors difficilement sa place. Néanmoins, une certaine interprétation de la jurisprudence de la Cour EDH laisse

entrevoir une conception plus individualiste de la protection. Elle reste implicite et limitée dans son étendue. L'indifférence classique envers le droit de ne pas recevoir (A) doit laisser place à une conception plus individualiste dudit droit (B).

A/ Une indifférence originelle

166. La question se pose de savoir si la liberté artistique, qui contient le droit individuel de recevoir un message artistique, garantit aussi le droit de ne pas les recevoir. La reconnaissance du volet négatif d'une liberté se fait rarement sans ambiguïté³. Une réelle consécration ne peut que découler de l'extension de l'autonomie personnelle. Ce principe, « *qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention* »⁴ est « *un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu* »⁵. En effet, si l'individu n'est pas protégé contre la réception contrainte des messages artistiques, il ne possède pas de réelle liberté de choix. Dès lors, l'étude de la dimension individuelle du droit de recevoir resterait lettre morte. La notion d'autonomie personnelle, sous-tendant l'interprétation des garanties de la CEDH, laisse néanmoins présager l'existence d'un volet positif et d'un volet négatif de la liberté de réception.

En vertu de ce principe, l'individu a le droit de refuser la réception afin d'être protégé contre les messages qu'il considère indésirables. La reconnaissance de ce pendant négatif est donc une condition de l'effectivité du droit au libre choix de l'individu. La problématique apparaît lorsque l'individu, qui ne souhaite pas être le spectateur d'un message, y est confronté. Les États, devant ne pas porter atteinte à l'intégrité morale d'une personne, doivent éviter la réception forcée. Ce souci de protection a d'ailleurs obligé le législateur français à intervenir face à la libéralisation des techniques de communications. Le but était de protéger les individus en leur offrant un système permettant de s'opposer à la réception de messages indésirables sur Internet⁶.

³ Voir sur ce point, la reconnaissance du volet négatif de la liberté syndicale. **J.-P. MARGUENAUD**, « *Les libertés de l'action sociale et politique* », dans, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme* », **F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET**, op.cit., 2009, pp.670 et s.

⁴ *Ibid.*, p.671

⁵ Cour EDH, *Sorensen et Rasmussen*, 11 janv. 2006, §54

⁶ La Loi 2004-575 sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 oblige, notamment, « *les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens.* » (Article 6 de la Loi) voir, J-M. BRUGUIERE, « *Commerce électronique et protection du consommateur* », J.Cl. Communication, fasc. 4810. De même, l'article L120-21-5 du code de la consommation énonce que le consentement préalable à la réception d'information dans le cadre de la prospection directe est nécessaire.

167. La Cour EDH s'est penchée sur la question afin de protéger les individus contre la réception de messages indésirables. Dans l'arrêt *Murphy*⁷, elle a justifié une interdiction de diffusion d'une annonce à caractère religieux à la télévision en présumant un droit pour les individus de ne pas recevoir ladite annonce. Elle a affirmé que « *les États contractants ont généralement une plus grande marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale* »⁸. Elle a convenu « *que le gouvernement pouvait légitimement penser que les citoyens irlandais seraient mécontents de voir des annonces portant sur de tels sujets diffusées chez eux* »⁹. Elle met ainsi en avant le besoin de respecter la volonté de certains de ne pas recevoir le message. Cette affirmation de la Cour n'est pas sans rappeler l'arrêt *Wingrove* concernant le refus d'un visa d'exploitation pour le film *Vision of ecstasy* où la Cour avait mis en avant le besoin de « *protéger le public* »¹⁰ contre une œuvre choquante en supposant qu'il ne souhaitait pas la recevoir. Une protection contre la réception forcée de messages indésirables trouve donc un écho dans la jurisprudence européenne. Notamment, les précédents jurisprudentiels en matière artistique¹¹ concluant à la non violation de l'article 10, pourraient servir de fondements à la reconnaissance du droit de ne pas recevoir un message artistique.

168. Les restrictions au droit de recevoir, fondées sur le paragraphe 2 dudit article, se distinguent de la problématique du droit de ne pas recevoir. Ces arrêts, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la découverte de l'autonomie personnelle, ne s'appuient aucunement sur ce principe. Les messages n'ont pas été analysés en fonction de modalités de diffusion qui créent une contrainte individuelle. Seule l'analyse d'un contenu dont le public devait être protégé comptait. La question de la volonté d'était envisagée qu'à l'égard du public, non de l'individu. La restriction à la liberté de réception ne relevait pas du droit individuel du récepteur, mais était une simple conséquence de la sanction de l'artiste. Classiquement, le droit de ne pas recevoir ne ressort que de l'évaluation collective de l'intérêt de la réception qui s'impose à tous. Toutefois, une conception plus individualiste de la protection contre la réception apparaîtrait.

⁷ Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, préc.

⁸ Voir notamment, Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003, §67

⁹ *Ibid.*, §67

¹⁰ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, §63

¹¹ Notamment, Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988 ; Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 21 sept. 1994 ; Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996 ; Cour EDH, *Lindon, Otchakowsky-Laurens, July c. France*, 22 oct. 2007 ; Cour EDH, *Leroy c. France*, 2 oct. 2008,

B/ Une reconnaissance implicite

169. Non directement rattachée à la réception du message, c'est sur le terrain du droit au respect de la vie privée que cette reconnaissance implicite est apparue dans la jurisprudence de la Cour EDH. Dans les affaires *Moreno Gomez*¹² et *Oluic*¹³ les requérants se plaignaient respectivement d'une atteinte au respect de leur domicile en raison de tapages nocturnes provenant d'une boîte de nuit pour l'un et d'un bar pour l'autre. Les juges ont affirmé que le droit au domicile peut être conçu comme le droit « à la jouissance, en toute tranquillité », du domicile. Ce droit vise « les atteintes immatérielles, telles que le bruit (...) et autres ingérences »¹⁴ et implique l'adoption de mesures par les autorités visant au respect du droit garanti. La Cour laisse donc entrevoir le droit de s'opposer de manière individuelle à une réception forcée, du moins à certains effets indésirables. Malgré le caractère individuel du droit mis en exergue, deux limites apparaissent. Dans un premier temps, la Cour semble confiner la protection de l'individu contre la contrainte au domaine de la vie privée. Dans un second temps, si la Cour n'entend pas limiter les hypothèses d'atteintes qui peuvent être retenues, elle reste évasive sur leur constitution. La Cour, en envisageant le bruit comme ingérence, y intègre une part des formes artistiques. Du moins, l'émanation sonore provenant d'une activité artistique est susceptible de constituer une atteinte. La question reste donc ouverte sur l'applicabilité de cette protection à l'ensemble des expressions artistiques.

170. La libéralisation des échanges sur Internet a entraîné une réaction profitable à la reconnaissance d'un droit contre la réception forcée des messages. L'affaire *Muscio*¹⁵ permet d'entrevoir l'existence du droit individuel contre la réception forcée des messages. En l'espèce, il s'agissait d'une communication plus largement destinée à attirer le public¹⁶ qu'à participer à un débat d'intérêt général¹⁷. Le requérant avait porté plainte contre X pour avoir reçu des courriels obscènes et des images pornographiques sur sa boîte postale électronique. La plainte a été classée sans suite car les courriels avaient été envoyés au hasard et l'expéditeur restait introuvable. Le requérant a donc saisi la Cour EDH au motif qu'il n'avait pas eu les « moyens

¹² Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, 16 nov. 2004

¹³ Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, 20 mai 2010

¹⁴ Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, préc. §53 ; Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, préc. §44

¹⁵ Cour EDH, décision sur la recevabilité, *Muscio c. Italie*, 13 nov. 2007.

¹⁶ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, §36

¹⁷ Voir notamment, Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, préc., §58 ; Cour EDH, *Lingens c. Autriche*, 8 juil. 1986 ; Cour EDH, *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992 ; Cour EDH, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992 ; *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999

juridiques pour s'opposer à la réception des courriers électroniques à caractère pornographique »¹⁸ sur le fondement de l'article 8 de la CEDH. Il estimait que l'absence de moyens de s'opposer à la réception forcée constituait une ingérence dans sa vie privée. L'ingérence ne provenant pas des autorités nationales, c'est par l'effet horizontal¹⁹ de la Convention que le requérant entendait faire reconnaître la responsabilité de l'État. Pour le requérant, les autorités auraient dû s'ingérer dans les relations interindividuelles pour que l'envoi de messages ne constitue pas une atteinte à la vie privée de ceux qui n'ont pas désiré les recevoir. La question était « *de savoir si les obligations positives²⁰ découlant de l'article 8 de la Convention (allaient) jusqu'à imposer aux autorités de prendre des mesures pour empêcher de tels envois* »²¹ ? La Cour a déclaré la requête irrecevable à l'unanimité.

171. Le juge strasbourgeois n'a pourtant pas nié l'existence du droit individuel contre la réception forcée. En effet, les juges ont estimé que la réception de communications indésirables²² par le requérant constituait effectivement une ingérence dans sa vie privée. Ils en ont déduit que l'État peut être astreint à prendre des mesures positives en vue de protéger le respect effectif de la vie privée « *jusque dans les relations des individus entre eux* »²³. Par cette affirmation, la Cour admet que la réception forcée puisse constituer une atteinte à un droit protégé. Si le droit de ne pas recevoir n'a pas trouvé grâce aux yeux des juges, ce n'est alors qu'en raison de sa mise en balance avec plusieurs droits concurrents²⁴ : le droit de communiquer²⁵, le droit de recevoir et la protection du secret de la correspondance²⁶. L'interaction de ces droits a amené la Cour à limiter

¹⁸ Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, préc., §2

¹⁹ L'effet horizontal de la Convention EDH peut être défini comme l'applicabilité de ladite Convention aux relations entre particulier. Cela peut donc entraîner une responsabilité de l'Etat du fait d'un particulier.

²⁰ La Cour de Strasbourg considère que « *l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État lequel, ne pareil cas, ne saurait se borner à demeurer passif mais adopté des mesures raisonnables et adéquates pour protéger le droit considéré.* » **J.-P. MARGUENAUD**, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.40

²¹ Cour EDH, *Muscio c. Italie*, préc.

²² La Cour qualifie le message reçu par le requérant comme une communication et non une correspondance. Le message non sollicité émanant d'une tierce personne ne semble pas permettre l'application de la jurisprudence relative au secret de la correspondance.

²³ Notamment, Cour EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23 et Cour EDH, *Stjerna c. Finlande*, 25 nov. 1994, § 38 ; Cour EDH, *K.U. c. Finlande*, 2 déc. 2008, §43

²⁴ « *Afin de rattacher une obligation positive à un droit protégé par la Convention, la Cour procède à une mise en balance des intérêts individuels et général en présence, examen établi en faveur de l'Etat et au détriment de l'individu. La spécificité de cette détection est effectivement de veiller à ne pas surcharger l'Etat en lui imposant des obligations accablantes, irréalisables ou difficilement réalisables eu égard à l'intérêt général.* » **B. MOUTEL**, Thèse, op.cit., p.99

²⁵ La Cour, au sein de l'arrêt *Guerra* rappelle que « *la liberté de recevoir des informations, mentionnée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir* » Cour E.D.H., *Guerra et a. c. Italie*, Op.cit., §5,3 citant, Cour EDH, *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 74

²⁶ Voir notamment, Cour EDH, *Klass c. Allemagne*, 06 sept. 1978, Cour EDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, ainsi que, **J.-P. MARGUENAUD**, « *Le droit au respect de la correspondance* », *Les grands arrêts de la*

les « éventuelles obligations positives découlant de l'article 8 »²⁷ au strict nécessaire afin de protéger l'individu contre la réception de messages provenant de l'Internet. Selon les juges, l'absence de protection contre une telle réception ne peut se caractériser qu'en cas de « *faute pour manque de surveillance et/ou de mise en place de systèmes efficaces de protection contre les envois de courriers électroniques non sollicités (qui) pouvait être imputée à l'État ou à l'opérateur informatique, [...] introduire devant les juridictions civiles une action en dommages intérêts* »²⁸. La Cour estime donc que la mise en place de systèmes de protection suffit à protéger le récepteur. Le récepteur effectue ainsi un filtrage des contenus en fonction de ses choix. Il peut consentir ou s'opposer à la réception. Son droit de ne pas recevoir un message est protégé. *A contrario*, l'absence d'un tel système, laissant inévitablement subsister la possibilité d'une réception forcée, apparaît comme une défaillance de l'État. En effet, cette absence de protection implique qu'il est possible d'imputer à l'État « *une action individuelle survenue en raison des défaillances de législation interne ou de l'inertie de ses représentants* »²⁹. Le droit individuel contre la réception forcée semble admis, mais de manière limitée à certains manquements de l'État.

172. Le droit au respect dû à la vie privée a fait émerger une protection de l'individu contre la réception forcée de message. Toutefois, elle reste limitée dans son domaine et dans les mesures qu'elle impose : une obligation de l'État de donner les moyens à l'individu de ne pas se placer en tant que récepteur dans sa vie privée. Cette solution peut trouver une confirmation dans le droit de l'Union européenne. En effet, la Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 affirme qu'il « *appartient aux utilisateurs [...] de décider des contenus qu'ils veulent envoyer et recevoir* »³⁰. En outre, la directive 2009/140/CE du même jour souligne que les mesures prises par l'État doivent respecter les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques³¹. Ainsi, « *toute mesure [...] concernant l'accès des utilisateurs [...] ne peut être instituée que si elle est*

Cour européenne des Droits de l'Homme, op.cit., p.428 et s. et **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., n°226-3, pp.465 et s.

²⁷ Cour EDH, *Muscio c. Italie*, préc.

²⁸ La Cour rappelle, « *les opérateurs du réseau informatique agissent dans le cadre d'accords avec les autorités étatiques et sous la surveillance de ces dernières* ». Cour EDH, *Muscio c. Italie*, préc.

²⁹ **B. MOUTEL**, Thèse, op.cit., p.23

³⁰ Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009, (28), p.4 (J.O. de l'Union européenne, 18 déc. 2009)

³¹ « *Les mesures prises par les États membres concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques respectent les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes généraux du droit communautaire.* » Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 nov. 2009, (J.O. de l'Union européenne du 18 déc. 2009), p.10. (Modification de l'article 1^{er} de la directive 2002/21/CE.

appropriée, proportionnée et nécessaire dans le cadre d'une société démocratique »³². La référence explicite au droit de la CEDH et au principe de proportionnalité implique que l'intervention de l'État soit limitée en raison de la conciliation des différents droits en cause.. La contrainte individuelle, devenant la condition essentielle, doit être suffisamment établie.

II. La contrainte comme critère

173. Contraindre un individu revient à l'obliger à agir contre son gré ou l'empêcher d'agir selon sa volonté. Il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH que la contrainte revient à imposer un acte à un individu « *au mépris de sa volonté* »³³. La contrainte réside donc dans la réalisation d'un acte auquel l'individu n'a pas consenti³⁴. Selon la Cour EDH « *la protection des opinions personnelles offertes par les articles 9 et 10* » constitue une garantie contre la contrainte et « *l'exercice de pressions* » visant à accomplir un acte contraire à ses convictions³⁵. La protection des opinions personnelles, rattachée au principe de l'autonomie personnelle, implique que l'individu puisse refuser ou se détourner de la réception de messages contraire à ses opinions. Néanmoins, son étendue doit être précisée. La contrainte de la réception d'un message artistique n'est pas une pression directe d'un individu sur un autre. Elle tient aux conditions de diffusions du message. Pour qu'il y ait contrainte ces conditions doivent conduire à la réception effective d'une œuvre par un individu sans qu'il ait eut la possibilité d'y consentir ou de raisonnablement l'éviter. La question se pose de savoir dans quelle condition la réception est qualifiée de contrainte. La caractérisation de la contrainte passe par l'analyse de la place de l'individu (A) et du degré de contrainte qu'il subit (B)

³² *Ibid.*

³³ Voir notamment les arrêts, Cour EDH, *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 déc. 1996 ; Cour EDH, *M.C. c. Bulgarie*, 04 déc. 2003 ; Cour EDH, *Jalloh c. Allemagne*, 11 juil. 2006

³⁴ C'est alors l'absence de volonté qui vient définir l'acte réalisé. L'exemple du viol, que l'on retrouve au sein de l'affaire M.C. contre Bulgarie, met bien l'accent sur le fait que la contrainte dans l'acte née de l'absence de volonté de la victime. Partant l'absence de volonté originelle influe sur la qualification de l'acte en cause. Cour EDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 déc. 2003. Il en est de même pour la distinction entre l'acte sadomasochiste et l'acte de coups et blessures. Voir Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005

³⁵ « *La protection des opinions personnelles offerte par les articles 9 et 10 (art. 9, art. 10) sous la forme de la liberté de pensée, de conscience et de religion comme de la liberté d'expression compte de surcroît parmi les objectifs de la garantie de la liberté d'association par l'article 11 (art. 11). Touche donc à la substance même de cet article (art. 11) l'exercice de pressions, du genre de celles infligées aux intéressés, visant à forcer quelqu'un à adhérer à une association contrairement à ses convictions.* » Cour EDH, *Young, James et Webster contre Royaume-Uni*, 13 août 1981, §57. « *La violation, déjà acquise par la contrainte que constitue l'obligation de s'affilier, est inconciliable avec la liberté du choix, inhérente à la liberté d'association.* » Opinion concordante de M. GANSHOF VAN DER MEERSCH, MME BINDSCHEDLER-ROBERT, M. LIESCH, M. GÖLCÜKLÜ, M. MATSCHER, M. PINHEIRO FARINHA ET PETTITI

A/ La contrainte exercée sur le non-récepteur

174. L'individu, prétendument victime de la réception, ne doit pas être placé en tant que récepteur du message artistique. En effet, la réception contrainte, appliquée à la sphère privée, ne joue que contre les ingérences extérieures touchant l'individu à son domicile³⁶. Il bénéficie d'une protection lorsqu'il désire « *jouir de son domicile* » « *en toute tranquillité* »³⁷. Il n'en va pas de même lorsque cet individu fait usage, même à son domicile, d'outils de communication³⁸, ou lorsqu'il se situe dans l'espace public, lui conférant le statut de sujet actif ou passif³⁹ de la liberté artistique. La contrainte se manifeste donc lorsque l'individu « *ne recherchant aucun contact ou colloque singulier avec une œuvre ou un spectacle déterminé se [voit]- hors toute manifestation de volonté de [sa] part – nécessairement* »⁴⁰ confronté à la réception. La diffusion d'un message artistique doit donc être extérieure à l'individu, à sa volonté, et ne le touchant que par la force des choses. Le domaine des nuisances sonores⁴¹ est l'exemple type de l'atteinte au respect du choix de ne pas recevoir de manière contrainte un message artistique. La réception forcée se caractérise lorsqu'aucun lien interindividuel n'est tissé entre le diffuseur et le récepteur. Ce dernier ne fait que subir les effets d'un acte de diffusion extérieur à sa volonté.

175. Le droit de ne pas recevoir intervient avant tout exercice de la liberté de choix. L'analyse de la réception du message ne s'effectue donc pas sur la validité de la volonté manifestée, mais sur la faculté même de l'exercer. N'étant pas caractérisée par un rapport privilégié préalable, la réception constitue une ingérence, active ou passive, atteignant la liberté de choix individuelle jusque dans sa substance. Que l'individu ait la volonté de recevoir l'œuvre ou non, le résultat est

³⁶ Voir Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, 16 nov 2004

³⁷ *Ibid.*, §53

³⁸ L'Internet, la radio, télévision sont considérés comme des moyens de communication. Ils sont des moyens techniques de communication permettant le captage des informations. Cour EDH, *Autronic A.G. c. Suisse*, 22 mai 1990, §47

³⁹ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, (Thèse), op.cit., p.57

⁴⁰ TGI Paris, référé, 23 oct. 1984, affaire *Ave Maria* : Gaz. Pal., 1984, 2, p. 727, confirmé par CA Paris, 26 oct. 1984 : *ibid.* 1984, 2, p. 728,

⁴¹ L'article R623-2 du code pénal, relatif au tapage nocturne est interprété sévèrement dans le but de protéger la personne contre toute nuisance sonore. Cette disposition cadre avec l'hypothèse du droit au respect de sa vie privée contre la diffusion extérieure de messages artistiques. Par exemple, le tapage peut être retenue lorsqu'il ne trouble le repos que d'une personne⁴¹ (C.Cass. Ch. Crim., 08 juil. 1949, JCP 1949, II, 5128). Le Code de la santé publique permet de réglementer l'émergence sonore, notamment des manifestations culturelles. Par exemple, l'émergence sonore d'un concert doit respecter les dispositions de l'article R1334-32 du code de la santé publique. Notons que cette réglementation vise à protéger tant les individus au sein de la manifestation, que ceux qui n'y ont pas consentis. Le ministre de la santé a, d'ailleurs, reconnu en 1998 que « *diverses pratiques musicales conjuguées à des moyens de plus en plus puissants d'amplification incitent actuellement à augmenter les niveaux sonores lors de concerts (et) dans les discothèques* »⁴¹ M-F. DELHOSTE, « *Musique amplifiée et atteintes à la personne humaine, un encadrement insuffisant* », in *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005-2, p.935 et s.

le même car la contrainte de la réception s'impose *de facto*. La contrainte empêche toute expression du consentement.

176. Cette protection n'est pas rattachée à la validité du consentement, mais à l'absence de capacité de consentir. Toutefois, dans l'arrêt *Ulusoy*⁴², la Cour a estimé contraire à l'article 10 la restriction opposée à une représentation d'une pièce de théâtre litigieuse en légitimant sa diffusion par les faits, à savoir la réception paisible par le public⁴³. La Cour met en avant que la pièce de théâtre avait déjà été interprétée par les mêmes acteurs. On pourrait alors penser que l'exécution de la réception par les spectateurs devient la source du consentement. Cependant, la Cour a indiqué que le Gouvernement « *n'a pas [...] soutenu que cette réalisation [la diffusion antérieure] ait produit un quelconque trouble* »⁴⁴ et « *qu'en l'espèce, rien n'indique que la représentation de la pièce en question [...] avait un impact potentiel néfaste qui justifiait son interdiction* »⁴⁵. Ce n'est donc pas dans la réception par le public que réside la diffusion licite, mais dans l'absence de préjudice qui en résulte. La seule réception ne prouve pas, à elle seule, le libre exercice de la liberté de recevoir. La jurisprudence française a mis en lumière une telle conception. Les juges ont affirmé que l'acte de réception d'un message artistique constitue « *un acte d'intrusion* » pour les individus qui ne souhaitent pas se placer en tant que récepteur. Ils sont, « *hors de toute manifestation de volonté de leur part, nécessairement et brutalement confrontés* »⁴⁶ à une œuvre potentiellement constitutive d'un préjudice personnel ; les individus devenant « *inévitavelmente (...) spectateurs, sans qu'ils aient fait le libre choix de se procurer ou d'aller voir l'œuvre litigieuse* »⁴⁷.

177. La contrainte résidant dans l'acte intrusif de réception, elle ne saurait résulter de la simple connaissance de l'existence du message par l'individu⁴⁸. En effet, un individu « *ne peut se prétendre « victime », au sens de l'article 34 de la Convention, que s'il est ou a été*

⁴² Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc.

⁴³ La Cour se fonde sur le fait que la pièce de théâtre ne peut constituer un trouble à l'ordre public en raison des conditions de sa diffusion antérieures. *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, §48

⁴⁵ *Ibid.*, §53

⁴⁶ TGI Paris, réf., 23 oct. 1984, *Ave Maria*, Gaz. Pal. 1984, 2, p. 727, confirmé par CA Paris, 26 oct. 1984 : *ibid.* 1984, 2, p. 728. Repris dans TGI Paris réf., 10 Mars 2005, *Association Croyance et liberté c. Marité et François Girbaud et autres*. Cette affaire concerné « *le choix délibéré d'installer, dans un lieu de passage obligé pour le public, une affiche aux dimensions imposantes, qu'aucun regard ne peut éviter* » d'une affiche parodiant La Cène de Léonard de Vinci.

⁴⁷ CA Paris, 14^{ème} Chambre B, 8 Avril 2005, SAS *JC Decaux Publicité Lumineuse et a. c. Assoc. Croyances et Libertés*, Juris-Data n° 2005-274875.

⁴⁸ Par exemple au sein de l'affaire *Otto-Preminger Institut* l'action est né de l'existence même de l'œuvre et non de la réception. Cette distinction appelle inévitablement à un contrôle différents et des sanctions ne poursuivant pas le même but. Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994

directement touché par l'acte ou omission litigieux : il faut qu'il en subisse ou risque d'en subir directement les effets »⁴⁹. L'individu n'est alors victime que s'il a directement subi, ou risque de subir, un préjudice en raison de la réception directe d'un message contre sa volonté. Il faut donc constater que l'individu soit un récepteur sans en avoir fait le choix. La connaissance de l'existence du message, quant à elle, fait office de facteur de choix de la réception. La réception forcée ne peut pas résulter d'un schéma d'offre et d'acceptation entre le diffuseur et le destinataire. Le message ne se propose pas au récepteur, il s'impose. Aussi, toute information préalable à la diffusion du message, toute condition d'accessibilité nécessitant une part active de l'individu en vue de la réception⁵⁰, efface la contrainte de la réception.

178. Dans l'affaire *Muscio*, les juges ont affirmé que la protection de la vie privée contre la réception de communications relève en priorité de l'initiative de l'individu⁵¹. Les obligations positives de l'État s'arrêtent donc à la prise de mesures permettant à l'individu, par des moyens techniques, de se protéger contre les ingérences arbitraires d'autrui⁵². L'accomplissement de cette obligation constituent « *les mesures raisonnables et adéquates* »⁵³ attendues de l'État pour protéger le droit du requérant contre la réception forcée. En l'espèce, les moyens techniques de filtrage offerts au requérant lui permettaient de se prémunir de lui-même contre la réception de messages qu'il aurait considéré comme indésirable. L'État avait donc donné la possibilité à l'individu d'exercer lui-même un contrôle sur les messages qu'il reçoit⁵⁴. La réception ne pouvait être conçue comme forcée ; l'individu possédait un droit au libre choix à travers la mise

⁴⁹ Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006, §31

⁵⁰ Le paiement d'un droit d'entrée au sein d'un espace de diffusion artistique efface la contrainte (Voir Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988 ; Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007. Cette analyse peut s'étendre au fait de devoir rentrer au sein d'un espace clos, même éphémère. On peut prendre pour exemple les manifestations culturelles souvent sous chapiteaux au sein de l'espace public. Ou encore, l'individu qui déciderait de s'arrêter devant un spectacle de rue prend une part active dans la réception comme lorsqu'il rentre au sein de l'enceinte d'un cinéma pour regarder les affiches. Il n'est plus contraint à la réception. En matière de respect du domicile, cette hypothèse peut être formalisée par la demande préalable auprès de l'individu d'un accord en vue de l'installation du support de communication.

⁵¹ Les juges relèvent qu'une « *fois connectés au réseau Internet, les utilisateurs de ces systèmes ne jouissent plus d'une protection effective de leur vie privée, s'exposant à la réception de messages, images et informations souvent non sollicités. Cet inconvénient peut être réduit par l'installation de « filtres » informatiques* ». Cour EDH, *Muscio c. Italie*, préc.

⁵² Le Gouvernement estime que, « *d'un point de vue juridique, il existe en Italie des mesures visant à protéger les utilisateurs d'Internet contre le spam. Par exemple, les fournisseurs d'accès à Internet sont tenus d'avoir des systèmes de protection et de filtrage des pages web.* », *Ibid.*

⁵³ Notamment voir, Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 09 déc. 1994

⁵⁴ Cette mise en valeur des obligations de permettre la liberté de choix de l'individu en vue de la réception de message peut se retrouver au sein de la Loi 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, notamment dans son article 6. « *Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens.* »

en place d'un système de protection⁵⁵. La réception de messages non désirés par l'individu provenait de sa propre inaction. Le caractère direct de la réception reste à relativiser en matière de respect à un environnement sain et clame. En effet, la réception n'est pas directe, mais indirecte. La contrainte, constituant une nuisance, provient de la diffusion par autrui d'un message artistique. Ce cas particulier conduit à rechercher si l'individu subit « *les incidences directes* »⁵⁶ de la diffusion du message artistique⁵⁷. La contrainte est donc constituée lorsque la réception ou ses effets sont inévitables pour l'individu.

179. Il est toujours possible, en pratique, d'éviter la réception d'un message artistique. L'individu peut user de divers moyens afin de se détourner de la diffusion⁵⁸. En outre, les principes de pluralisme, tolérance et d'esprit d'ouverture « *sans lesquels il n'est pas de société démocratique* »⁵⁹, vont à l'encontre d'une protection de l'individu contre toute expression non désirée⁶⁰. Le droit individuel de ne pas recevoir ne doit pas restreindre la communication « *des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre* »⁶¹. Toutefois, lorsque la diffusion constitue « *une contrainte de fait* »⁶², l'analyse du droit de ne pas recevoir tient au caractère raisonnable des moyens mis à la disposition de l'individu pour éviter la réception.

⁵⁵ Cette solution s'accorde avec la jurisprudence antérieure de la Cour. Celle-ci semble, en effet, peu favorable à un filtrage direct des communications par l'État qui constituerait une ingérence risquée dans le droit à la liberté de recevoir un message. Dans l'arrêt *Murphy* les juges ont affirmé « *qu'une disposition qui autoriserait l'État, ou tout organisme désigné par lui, à filtrer, au cas par cas, les annonces à caractère religieux inacceptables ou excessives serait difficile à appliquer équitablement, objectivement et de manière cohérente* ». Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003, §77

⁵⁶ Cour EDH, *Surugiu c. Roumanie*, 20 avril 2004

⁵⁷ Notamment au sein de l'arrêt *Moreno Gomez*, la Cour a démontré la preuve de la contrainte : « *le Gouvernement relève que les juridictions internes ont constaté que la requérante n'avait pas établi l'intensité des bruits à l'intérieur de son domicile. Pour la Cour, exiger une telle preuve en l'espèce était trop formaliste, puisque les autorités municipales avaient déjà qualifié le secteur où réside la requérante de zone acoustique saturée, c'est-à-dire, selon l'arrêté municipal du 28 juin 1986, de zone subissant un impact sonore élevé qui constitue une source d'agression importante pour ses habitants* » Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, préc., §59

⁵⁸ Il suffit simplement de détourner du message le sens interpellé. Il est toujours possible de fermer les yeux pour éviter une affiche, de mettre des boules quies pour ne plus subir des nuisances sonores.

⁵⁹ Voir notamment Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., Cour EDH, *Aguilera Jimenez et a. c. Espagne*, 08 déc. 2009, §22

⁶⁰ Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, préc., §72, sur une expression à caractère religieux

⁶¹ Cour EDH, *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001, §73

⁶² Cour EDH, *Sigurdur Sigurjonsson c. Islande*, 30 juin 1993, §33

B/ Le degré de contrainte à la réception

180. Selon Jean-Marie Léger, « dès que le destinataire dispose d'une maîtrise de « zapper » le message offensant, on peut légitimement considérer qu'il est à même d'éviter par lui-même la confrontation. »⁶³. Cette faculté d'éviter le message étant inhérente à l'individu, elle doit être mise en avant. Ainsi, à l'égard de la liberté de choix, un parallèle peut être établi avec l'arrêt *Young James et Webster* de la Cour Européenne. Cette dernière y avait affirmé, pour garantir le droit d'association négatif, que « la gravité des contraintes exercées sur les réfractaires à l'affiliation pouvait toucher la substance même de la liberté d'association »⁶⁴. La faculté d'éviter le message conditionne donc la qualification de la réception forcée à un seuil minimum de contrainte. Il y a alors lieu de distinguer la simple gêne occasionnée par la diffusion d'un message et la contrainte susceptible de constituer une atteinte au droit de ne pas recevoir. C'est pourquoi la contrainte exercée sur l'individu doit revêtir « un seuil minimum de gravité »⁶⁵.

181. Ce seuil minimum de contrainte est à dégager des conditions de diffusion du message artistique. En effet, certaines modalités de réception font varier le degré de contrainte. Ainsi, la forme de l'œuvre l'influence inéluctablement. Le degré de contrainte n'est effectivement pas le même, que l'on se retrouve face à une « affiche litigieuse sous la forme d'une bâche géante, de 40 mètres de long sur 11 de large, apposée sur un échafaudage couvrant »⁶⁶ un immeuble, ou face à un affiche de film aux abords d'un cinéma, à un prospectus et un fascicule⁶⁷ ou encore un graffiti sur un mur prévu à cet effet. De même, la diffusion d'une musique en fond sonore et celle destinée à une écoute clairement identifiée ne revêtent pas le même seuil de contrainte. Les arrêts *Moreno Gomez* et *Oluic* de la Cour EDH ont fait de l'intensité et du temps de la diffusion des critères essentiels à la caractérisation de la contrainte⁶⁸. Dès lors, la contrainte peut résider

⁶³ **J.-M. LEGER**, « La pub nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances », LP n°221, 2005, pp.55 et s., p.60

⁶⁴ Cour EDH, *Young James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981

⁶⁵ Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, préc., §58 ; Confirmé par Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, 20 mai 2010, §49

⁶⁶ CA Paris, 14e ch. B, 8 avr. 2005, *SAS JC Decaux Publicité Lumineuse et a. c. Assoc. Croyances et Libertés*, préc.

⁶⁷ C.Cass., Ch. crim., 14 fév. 2006, n°05-81932

⁶⁸ L'arrêt *Moreno Gomez* met en avant l'exigence d'un seuil minimum de gravité de la contrainte en matière de nuisance sonore, qu'elle soit en raison du volume de la nuisance ou de sa durée. Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, préc.

Dans l'arrêt *Oluic*, la Cour fait explicitement référence aux standards internationaux sur les émissions de bruits pour caractériser un volume de diffusion attentatoire au respect de la vie privée. Elle apprécie, de même, la durée de l'atteinte qui était en l'espèce particulièrement long, à savoir 8 ans. Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, 20 mai 2010, §49

De même, selon les articles 1334-30 et suivants du Code de la Santé Publique, le bruit engendré, tel que celui d'un événement artistique, devrait être de nature à porter atteinte à la tranquillité du voisinage. L'existence de l'atteinte s'appréciera selon la durée, la répétition ainsi que l'intensité du bruit.

dans la durée de la soumission à la diffusion. Certains cas commandent que la contrainte perdure dans le temps pour atteindre un certain degré de gravité. La particulière durée de la diffusion, voire son caractère « répété »⁶⁹ peuvent caractériser une contrainte suffisamment grave pour constituer une atteinte au droit de ne pas recevoir un message artistique. Le simple fait de passer aux abords d'un spectacle de rue sans s'y attarder, tout aussi désagréable soit-il, ne caractérise pas la contrainte. Tant la taille du support, que la prévisibilité de sa perception, font fluctuer le sentiment de contrainte subie.

182. La recherche de ce seuil découle de la perceptibilité du message par l'individu. La contrainte se qualifie en raison de son impact sur l'individu contraint⁷⁰. En effet, la Cour a rappelé, à plusieurs reprises, que « *l'impact potentiel du moyen d'expression concerné doit être pris en considération dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence* »⁷¹. Partant, il y a lieu de rechercher si la réception a eu un « *effet immédiat et puissant* »⁷² ou si les conditions de la réception créent « *une limite notable à son impact* »⁷³. Le seuil minimum de contrainte se concrétise donc lors de la réception inévitable d'une partie suffisante du message artistique pour qu'il ait un réel impact sur le récepteur.

183. L'analyse de la contrainte à la réception connaît toutefois un certain recul dans la jurisprudence française. Les juges, soucieux de rompre avec une jurisprudence trop restrictive⁷⁴, ont eu tendance à éluder la question de la contrainte individuelle. Les juges ont préféré garantir le droit de recevoir par une justification du contenu de l'œuvre pourtant contestée. Certains auteurs, comme M. le Professeur Malaurie, en ont fait la critique à la lumière de l'affaire sur l'affiche du film *Amen*. Il constate que la décision rendue, qui ne condamne pas la diffusion de l'affiche à la vue de tous, « *constitue un recul dans la protection des droits fondamentaux de la*

⁶⁹ Voir Cour EDH, *Surugiu c. Roumanie*, préc., Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, préc.

⁷⁰ La Cour de Strasbourg prend un soin particulier à évaluer l'impact d'un message sur les destinataires pour évaluer la légitimité d'une restriction à la liberté d'expression. Dans l'affaire *Wingrove*, la Cour démontre que la recherche de l'impact d'un message a pour but particulier de protéger le public. (Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, §63. Au sein de l'affaire *Ulusoy* la Cour estime que le gouvernement n'a pas prouvé que la représentation d'une pièce de théâtre pouvait avoir un « *impact potentiel néfaste* » (Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007, §53).

⁷¹ Voir notamment, Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994, Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003, Cour EDH, *Radio France et autres c. France*, 23 sept. 2003.

⁷² Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, préc., §31

⁷³ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999

⁷⁴ Voir en ce sens : TGI Paris, référé, 23 oct. 1984, affaire *Ave Maria* : Gaz. Pal., 1984, 2, p. 727, confirmé par CA Paris, 26 oct. 1984 : *ibid.* 1984, 2, p. 728

personne »⁷⁵. Sans aller jusque là, l'éviction de ceux qui ont été contraints à la réception⁷⁶ dans l'analyse du juge aboutit à la non prise en compte de la totalité des intérêts en jeu⁷⁷. Elle génère une mauvaise application de la mise en balance des intérêts car la structure du conflit de droit est à la base erronée⁷⁸. En ce sens, M. le Professeur Sudre a critiqué le fait que la Cour ne se préoccupe pas de « *l'impact potentiel du message en fonction du support utilisé et le public susceptible d'être touché par celui-ci [...] pour apprécier la proportionnalité de la mesure* »⁷⁹. En effet, seul le degré d'atteinte est pris en compte pour distinguer un film heurtant le sentiment religieux d'individus protégés contre la réception d'une affiche exposée à la vue de tous⁸⁰. Cette conception, rattachée au seul contenu de l'œuvre, conditionne l'exercice du droit individuel de recevoir à l'intérêt général de sa diffusion. Le droit de ne pas recevoir n'est d'aucun secours, car le message est supposé tolérable pour l'ensemble des individus.

184. La prise en compte de la contrainte est pourtant nécessaire. Elle est protectrice de la liberté de choix individuel. La prise en compte de l'existence d'une contrainte oblige à rechercher l'impact de la diffusion du message sur l'individu. L'analyse de la contrainte permet de rechercher si la diffusion du message est de nature à provoquer des effets particuliers sur l'individu. L'existence d'une contrainte doit se doubler d'un préjudice qui en résulte pour le récepteur forcé.

⁷⁵ **P. MALAURIE**, « *L'affiche du film « Amen » représentant une « croix catholique prolongée d'une croix gammée » n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite* », JCP G., n°17, 23 avril 2003, II, 10064

⁷⁶ Il est à noter que ce sont le plus souvent ceux-ci qui entament l'action. Note sous la décision TGI Paris, réf., 21 févr. 2002, *AGRIF c. Sté Renn Production et a.* (Juris-Data n° 2002-205891). Voir de même : **J.-M. LEGER**, « *La pub nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances* », préc.,

⁷⁷ Les juges au sein de l'affaire Amen, n'ont pas relevé la contrainte de la réception alors même qu'ils estiment que « *l'affiche est destinée à interpeller sinon à provoquer* ». Il auraient pourtant pu estimé que la réception était contrainte tout en y voyant une absence de préjudice ou une justification par son but. TGI Paris, réf., 21 févr. 2002, *AGRIF c. Sté Renn Production et a.*, préc.. De même, les juges au sein de l'affaire de la sainte Capote, n'ont pas pris la peine de relever les conditions de réception d'un prospectus contenant un dessin représentant une « *image dénaturée* » de la religion, ne serait ce que pour affirmer que les individus sont libres de ne pas les accepter. C.Cass., Ch. Crim., 14 fév. 2006, n°05-81932, préc.

⁷⁸ En ce sens, **P. DUCOULOMBIER**, « *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des Droits de l'Homme* », Thèse, Soutenue le 13 nov. 2008 à l'Université de Strasbourg III-Robert Schuman, (version modifiée)

⁷⁹ Il était question ici plus particulièrement de la protection des croyances religieuses. **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} édition refondue et augmentée, p.509 (non repris dans la neuvième édition)

⁸⁰ On peut comparer les arrêts : Cour EDH, *Otto-Premigner Institut c. Autriche*, préc. et Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, *Sté GIP c. Assoc. Croyances et libertés et a.* : Juris-Data n° 2006-035890

§2. Le préjudice

185. L'application du droit de ne pas recevoir un message artistique constitue inévitablement une restriction à la liberté d'expression de l'artiste⁸¹. La sanction de la simple contrainte est une restriction inadmissible. Elle s'appliquerait aux inconvenances personnelles et offrirait un droit pour tous de s'opposer à tout. Plus aucune œuvre artistique ne pourrait alors trôner légitimement sur la place publique⁸². Une application raisonnée du droit de recevoir est, quant à elle, soumise au « *principe de légalité (qui) exige que toute restriction apportée à la liberté d'expression soit inscrite dans le droit positif* »⁸³. Ainsi, l'analyse de la contrainte de la réception met en lumière deux fondements distincts⁸⁴ : l'article 8 de la Convention EDH protégeant le droit au respect de la vie privée et l'article 10 garantissant le droit de communiquer et recevoir des idées et informations. La distinction entre ces deux fondements tient à la position de l'individu contraint à la réception et du préjudice qui résulte de la réception. Soit le préjudice attendu au respect de la vie privée, (I), soit il est subi dans un espace d'échange d'idées (II).

I. Le préjudice dans la vie privée

186. L'individu, retranché dans la sphère intime de son domicile, peut être protégé contre les actes de diffusion intrusifs. L'individu, qui évolue dans cette sphère intime n'a pas choisi d'être un récepteur des messages diffusés à l'extérieur et qui portent, pourtant leurs effets sur lui. Cette protection est à mettre naturellement sous l'égide de l'article 8 de la CEDH (A). L'individu, non

⁸¹ Il est de règle que la liberté d'expression s'applique aux informations et idées « qui heurtent choquent ou inquiètent » ne serait ce qu'une fraction de la population. (Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §49 ; Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009, §22 ; Cour EDH, *Aguilera Jimenez et a. c. Espagne*, 08 déc. 2009, §22 ; Cour EDH, Gde Ch., *Palomo Sanchez et a. c. Espagne*, 12 sept. 2011, §53) Néanmoins, « le devoir et la responsabilité d'une personne cherchant à user de sa liberté d'expression doit être de limiter, autant que l'on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle la limite, l'offense que sa déclaration peut causer à autrui ». (Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., Opinion dissidente commune des juges PALM, PEKKANEN et MAKARCZYCK, §7). De là, « une certaine marge d'appréciation est généralement laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale », Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, Cour EDH, *IA c. Turquie*, 13 sept. 2005

⁸² Rappelons que la liberté d'opinion suppose « la possibilité pour chacun d'avoir et d'exprimer une opinion minoritaire ». **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.526

⁸³ TGI Paris, réf., 21 févr. 2002, *AGRIF c. Sté Renn Production et a.*, Juris-Data n° 2002-205891

⁸⁴ Il convient de mettre de côté l'applicabilité de l'article 9 relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce dernier serait rejeté au profit, par exemple d'une étude approfondie sous l'angle de l'article 8 ou de l'article 10. De plus, la protection du sentiment religieux, au sens de la jurisprudence de la Cour (Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc.) ne nécessite pas la confrontation de l'offensé à l'œuvre.

récepteur, bénéficie alors d'une protection contre les nuisances émanant de la diffusion de messages artistiques (B).

A/ Une application de l'article 8 de la CEDH

187. L'article 8 de la CEDH, domaine privilégié de l'autonomie personnelle et « véritable corne d'abondance d'où s'échappent régulièrement de nouveaux droits de l'homme »⁸⁵, est propice à l'émergence du droit de s'opposer à la réception forcée de messages artistiques. L'applicabilité de l'article 8 au droit individuel de ne pas recevoir se justifie par la position de l'individu qui reçoit le message. Circonscrite au domaine de la vie privée, la protection s'opère quand l'individu, par sa passivité, n'a pas manifesté la volonté de se placer comme récepteur. Ainsi, il n'a pas sciemment accepté l'intrusion de l'œuvre au sein de sa vie privée. L'individu, hors de toute activité, est donc contraint à la réception du message dans son « cercle intime » où il pensait raisonnablement « mener sa vie personnelle à sa guise à l'écart du monde extérieur »⁸⁶. Cette conception de l'applicabilité de l'article 8 exclut donc certaines réceptions qui, bien que s'effectuant dans un cadre privé, ne bénéficient pas de la protection dudit article. Lors d'une réception audiovisuelle ou lors de certaines pratiques sur Internet, l'individu devient un utilisateur de moyens de communication et s'insère inévitablement dans un espace public de diffusion. Il sort donc du cercle intime de sa vie privée⁸⁷. La réception forcée se comprend comme un « acte (...) dommageable (...) (dans) la vie privée relevant de l'intégrité morale »⁸⁸. L'individu, victime de la réception forcée, se plaint « non d'un acte, mais de l'inaction de l'État »⁸⁹ à prendre « les mesures nécessaires pour assurer la protection effective du droit des intéressés au respect de leur vie privée »⁹⁰ en raison de l'ingérence d'un tiers par le biais du message reçu.

⁸⁵ **J.-P. MARGUENAUD**, Le droit au respect de la vie privée et familiale, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.452

⁸⁶ *Ibid.*, p.485

⁸⁷ Par exemple, Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006. Il en va de même lorsqu'une personne s'inscrit sur un site d'écoute de musique légale telle que les sites *Jiwa* et *Deezer*. Ces personnes se retrouvent dans une situation analogue à une personne qui achèterait un journal d'information et se rendrait à son domicile pour le lire. La personne, par ces actes s'insère au sein de l'espace de diffusion est s'intègre dans le domaine de la liberté d'expression. Ce n'est pas ici le message qui s'ingère au sein de sa vie privée.

⁸⁸ Voir notamment, Cour EDH, *Bensaid c. Royaume-Uni*, 6 fév. 2001

⁸⁹ Notamment, Cour EDH, *Guerra et a. c. Italie*, préc., §58 et Cour EDH, *Muscio c. Italie*, préc.

⁹⁰ Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 09 déc. 1994, Cour EDH, *Guerra et a. c. Italie*, préc.

188. L'omniprésence de l'art dans la société permet d'ailleurs de repérer de nouvelles applications de l'article 8 quant au droit de ne pas recevoir un message artistique. Une hypothèse pourrait provenir du fait même des collectivités. En effet, ces dernières, soucieuses de valoriser les centres-villes, ont implanté de nombreux systèmes sonores pour diffuser des annonces et de la musique. Si l'initiative n'est pas dénuée de bon sens, un particulier peut se plaindre de l'installation d'un de ces systèmes. En effet, une telle installation impose au particulier l'écoute régulière, à partir de son domicile, de musique non consentie. Cette diffusion peut être attentatoire au respect de la vie privée. De plus, qu'en serait-il si les programmeurs musicaux de ce système, en vue d'attirer la jeunesse, venaient à diffuser certains morceaux appréciés des jeunes mais moralement contestable pour autrui⁹¹ ? L'individu passif qui reçoit, hors de toute volonté, pourrait se prétendre à plus forte raison victime d'une atteinte au respect de sa vie privée. Le juge strasbourgeois, dans l'arrêt *Oluic* relatif aux nuisances sonores émanant d'un bar, a ainsi affirmé que la détermination de la gravité de l'atteinte doit aussi s'effectuer en fonction des effets mentaux de la nuisance sur l'individu⁹². Il y a donc une place pour l'analyse du contenu reçu dans la qualification de la gravité de l'atteinte.

189. L'atteinte à la vie privée provenant de la diffusion du message artistique se caractérise lorsque l'individu, chez lui, pâtit « *directement et gravement* »⁹³ des effets d'une activité, telles que des nuisances sonores⁹⁴ et visuelles. Cette condition est donc remplie lorsque le déroulement de l'activité vient « *affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée* »⁹⁵. L'individu possède donc le droit « *à la jouissance, en toute tranquillité* »⁹⁶ de son domicile, contre « *les atteintes extérieures immatérielles ou incorporelles, telles que les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences. Si les atteintes sont graves,*

⁹¹ On peut prendre pour exemple des morceaux de musiques tels que la chanson *Girlfriend* du groupe *TTC* qui eu un grand succès auprès des jeunes (Extrait : *J'aime les chattes. Quand je rentre dans la boîte, j'ai la trique. Toutes les chattes et putes sont moites, c'est pratique. Elles vont froter toute la nuit. Pute je suis ton mac alors suce ma bite gratuite*), ou encore la chanson, quatrième du classement des ventes de single en France en 2006, *Je veux te voir* de *YELLE*, dont les paroles relèvent de la même inspiration que le groupe précité. Notons que ce qui est remis en cause, ce n'est pas ici les paroles dans l'absolu, mais l'hypothèse d'une diffusion contrainte.

⁹² Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, préc., §49

⁹³ « *La Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, mais lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8.* » Cour EDH (Grande chambre), *Hatton c. Royaume-Uni*, 08 juil. 2003, §96

⁹⁴ En ce sens, **F. SUDRE**, « *Le droit à un environnement sain et le droit au respect de la vie privée* », Actes du premier colloque international des droits de l'homme, *Le droit de l'homme à un environnement sain*, Athènes, 2005, Annuaire internationale des droits de l'homme, I, 2006, Bruylant, pp.201 et s.

⁹⁵ « *Le domicile est normalement le lieu, l'espace physiquement déterminé où se développe la vie privée et familiale. L'individu a droit au respect de son domicile, conçu non seulement comme le droit à un simple espace physique mais aussi comme celui à la jouissance, en toute tranquillité, dudit espace.* ». Ibid.

⁹⁶ Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, 16 nov. 2004, §53

elles peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile »⁹⁷. Toutefois, l'art n'étant pas une pollution en soi, l'individu ne peut prétendre éviter tous les effets de la diffusion de messages artistiques. Le droit de ne pas recevoir intervient en cas d'atteinte grave au respect de la vie privée. Ainsi, l'existence de l'atteinte est à analyser en fonction de la nuisance subie.

B/ Un préjudice qualifié de nuisance

190. Le préjudice, même s'il se caractérise de manière personnelle, doit être apprécié objectivement. Le préjudice résulte d'une atteinte à la jouissance, en toute tranquillité d'un espace physique privé⁹⁸. Il est qualifiable, dans le vocable, de nuisance ou de trouble⁹⁹. Deux types de nuisances peuvent provenir de la diffusion du message artistique : la nuisance sonore et la nuisance visuelle¹⁰⁰. Pour ces deux cas, le droit a instauré des infractions en vue de protéger les particuliers. Le respect du droit de ne pas recevoir un message artistique découle de la cessation du trouble occasionné, ordonnée par la constatation de l'infraction. La sanction de ces infractions a pour but d'assurer « un respect du domicile comme un élément de bien être de la personne »¹⁰¹ en participant au « droit à un environnement sain et calme »¹⁰². Néanmoins, la contrainte de la réception est soumise à un « seuil minimum de gravité »¹⁰³ pour qu'elle soit constitutive d'une atteinte. Ainsi, le caractère préjudiciable de la réception forcée découle de

⁹⁷ *Ibid.*, voir de même Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 02 oct. 2001 ; Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, préc., §44

⁹⁸ Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, 16 nov.2004

⁹⁹ Par exemple, le tapage est considéré comme un trouble anormal de voisinage. Encore, une nuisance visuelle anormale peut constituer un trouble anormal de voisinage au sens de l'article 809 du nouveau code de procédure civile.

¹⁰⁰ La Cour de cassation a affirmé la protection des individus, au sein de leur domicile, contre ces nuisances. De là, « les conditions de jouissance (sont) susceptibles d'être affectées par les nuisances visuelles et sonores », C.Cass., 3^e ch. civ., 26 mars 2008, n°07-11.923, Inédit

¹⁰¹ **J.-P. MARGUENAUD**, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, op.cit. p.496

¹⁰² *Ibid.* p.505. Notons que le Code de l'environnement, dans son titre VII relatif à la prévention des nuisances sonores, affirme au sein de l'article L571-1 Les dispositions du présent chapitre ont pour objet, dans les domaines où il n'y est pas pourvu, de prévenir, supprimer ou limiter l'émission ou la propagation sans nécessité ou par manque de précautions des bruits ou des vibrations de nature à présenter des dangers, à causer un trouble excessif aux personnes, à nuire à leur santé ou à porter atteinte à l'environnement. De plus, au sein des articles L581-1 et suivants, au sein du Titre VIII relatif à la protection du cadre de vie, apporte une limite à la liberté d'expression par des moyens de publicité, d'enseigne et préenseigne afin de protéger le cadre de vie des individus. Articles modifiés par l'ordonnance n° 2004-1199 du 12 novembre 2004 prise pour la transposition de la directive 2002/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement.

¹⁰³ Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, préc., §58

deux types de preuves. Soit il est présumé en raison de la caractérisation d'une infraction de nuisance (1), soit il doit être prouvé de manière directe (2).

1) Le préjudice présumé

191. La caractérisation du préjudice pour l'individu peut résulter de la simple constatation d'une infraction. En effet, la reconnaissance de l'existence d'une nuisance par la constitution de l'infraction suppose que le seuil minimum de gravité soit atteint. Ce raisonnement a été suivi par la Cour EDH dans les arrêts *Moreno Gomez* et *Oluic*. Dans l'affaire *Moreno Gomez*, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH en raison des nuisances sonores subies par la requérante provenant de bars, pubs et discothèques. Les juges ont affirmé que le « *seuil minimum de gravité pour constituer violation de l'article 8* » avait été atteint en raison du « *dépassement des niveaux sonores maximums (...) vérifié à plusieurs reprises par les services municipaux* ». Ainsi, le niveau sonore supérieur au seuil légalement établi était constitutif d'une infraction. La requérante n'avait alors pas besoin « *d'établir l'intensité des bruits à l'intérieur de son domicile* »¹⁰⁴. En l'espèce, la caractérisation de l'infraction avait abouti à renverser la charge de la preuve du préjudice¹⁰⁵. Elle établissait donc une présomption de préjudice causé à la personne dans son domicile. Dans l'affaire *Oluic*, le requérant se plaignait des nuisances sonores émanant d'un bar à proximité de son domicile. La Cour s'est servie des standards internationaux relatifs aux nuisances sonores établis par le WHO (*World Health Organization*)¹⁰⁶. Les niveaux sonores préconisés par cette organisation permettaient aux juges de déterminer à partir de quelle intensité ils étaient préjudiciables pour l'individu. Toujours à la recherche d'un seuil minimum de gravité, la Cour a relevé que les mesures sonores effectuées au domicile du requérant dépassaient tant les standards internationaux que la réglementation nationale et que celle d'autres pays européens¹⁰⁷. Ce dépassement des seuils, prolongé dans le temps, a suffi à constituer une violation de l'article 8 de la CEDH. En outre, la référence aux standards internationaux par les juges, renforce la présomption selon laquelle un tel dépassement constitue, à lui seul, un

¹⁰⁴ *Ibid.*, §59

¹⁰⁵ « *En conséquence, exiger d'une personne qui habite dans une zone acoustique saturée – comme celle où vit la requérante – la preuve de ce qui est déjà connu et officiel pour l'autorité municipale ne paraît pas nécessaire. Ainsi, dans le cadre de la procédure interne, le ministère public n'a pas estimé nécessaire d'exiger que la requérante fournisse pareille preuve et a considéré qu'en l'espèce il y avait eu renversement de la charge de la preuve* ». *Ibid.*, §59

¹⁰⁶ Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, préc., §29

¹⁰⁷ *Ibid.*, §52 et s., §60

préjudice pour les individus qui y sont confrontés. La constitution d'une infraction aux normes établies prouve donc un préjudice pour l'individu et oblige les autorités à le faire cesser.

192. De manière plus générale, la caractérisation d'une infraction présume l'existence d'un préjudice pour l'individu. Elle contient en elle la preuve de l'atteinte au droit de ne pas subir les effets de la diffusion d'un message artistique. Certaines dispositions nationales, découlant des activités réglementées¹⁰⁸ ou proscrites par l'État, s'ancrent dans cette logique. Ces dispositions servent de preuve d'une réception forcée. Elles prouvent le préjudice subi par l'individu en raison du dépassement du seuil prévu par la loi¹⁰⁹. Par exemple, les articles R.1334-30 et suivants du Code de la santé publique prévoient que « *les activités culturelles ou de loisir organisée de façon habituelle ou soumise à autorisation* »¹¹⁰ ne doivent pas dépasser une certaine « *émergence globale* » sonore¹¹¹.

193. Le droit de jouir en toute tranquillité de son espace physique sans être contraint à recevoir un message artistique trouve aussi à s'appliquer en matière de nuisance visuelle. Une présomption de préjudice par la constatation d'une infraction peut aussi jouer. L'article 322-1¹¹² du Code pénal sanctionne de la dégradation des biens publics et des biens d'autrui. Cette infraction comprend toute transformation, même esthétique par le biais d'inscriptions, signes et dessins. Ainsi, l'individu qui se prévaut d'une nuisance visuelle en conséquence d'un acte incriminé n'a pas à prouver de préjudice. La sanction de l'infraction suffit. Partant, il se trouve protégé d'une vision contrainte d'un message artistique qui dégrade¹¹³ ou brise l'harmonie¹¹⁴ de

¹⁰⁸ En particulier, les activités organisées de façon habituelle ou soumise à autorisation font l'objet d'une réglementation précise. Voir notamment, les articles 133430 et suivants du code de la santé publique.

¹⁰⁹ Notons que la Cour Européenne a estimée, en matière de nuisances sonores, que « *rien n'indique, selon elle, que la décision des autorités d'introduire un régime fondé sur un système de chiffres de quota soit par elle-même incompatible avec l'article 8.* » Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juil. 2003, §124

¹¹⁰ Article R.1334-32 du Code de la santé publique. De même, « *les dispositions de l'article R 48-3(ancien) du Code de la santé publique qui prévoient que si le bruit prévu à l'article 48-2 (ancien) a pour origine une activité professionnelle ou une activité culturelle, sportive ou de loisir organisée de façon habituelle ou soumise à autorisation, les peines prévues audit article ne sont encourues que si l'émergence de ce bruit perçu par autrui st supérieur aux limites admissibles définies à l'article R 48-4 (ancien)* ». CA Paris, 22 Mars 2000, 13^{ème} ch., sect. A, Juris-data n°2000-117355

¹¹¹ Article R.1334-32 et R.1334-33 du code de la santé publique.

¹¹² L'article 322-1 du Code pénal, modifié par la Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002, dispose que :« *la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende, sauf s'il n'en est résulté qu'un dommage léger. Le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain est puni de 3750 euros d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général lorsqu'il n'en est résulté qu'un dommage léger.* »

¹¹³ Le tag est par exemple sanctionné sur fondement de l'article 322-1 du code pénal

¹¹⁴ L'harmonie de la maison devenue œuvre à l'égard du plan d'occupation des sols et du voisinage est un élément important de l'affaire de la demeure du chaos. Michel Vivant affirme que « *dès lors que l'œuvre est condamnée*

l'environnement sain auquel il peut prétendre. La décision *N. contre Suisse*¹¹⁵ de la Commission européenne des droits de l'Homme pouvait d'ailleurs laisser envisager cette hypothèse. En l'espèce, le requérant avait été condamné pour avoir peint à la bombe aérosol des figurines sur de nombreux immeubles de la ville de Zurich. La Commission, en déclarant la requête irrecevable, a souscrit au fait que les figures peintes, contre le gré des propriétaires, « *sur des murs appartenant à autrui constituaient des dommages à la propriété* ». Elle a rejeté l'argumentation du requérant fondée sur la valorisation de la propriété par l'ajout des œuvres. La Commission affirme que le juge n'a pas à « *se prononcer sur la valeur artistique des figures litigieuses. Il suffit de constater que le requérant a été condamné pour une action qui [...] constituait une infraction pour le droit national* »¹¹⁶.

194. L'affaire de *La demeure du Chaos* conforte cette idée. En l'espèce, Thierry Ehrmann avait souhaité faire de sa maison une œuvre d'art. Il avait fait appel à divers artistes pour opérer des changements sur sa maison. En raison de plaintes d'habitants, voyant dans cette œuvre une nuisance visuelle, le maire a entamé une action. Les modifications extérieures apportées à la maison sans déclaration préalable et sans permis de construire ont été jugées comme effectuées en violation du code de l'urbanisme¹¹⁷ et du plan d'occupation des sols¹¹⁸. La Cour de cassation, dans un arrêt du 15 décembre 2009¹¹⁹, a ordonné la remise en l'état de la maison qui « *dénatur(ait) un des plus beaux villages des Monts d'Or* »¹²⁰. Cette solution implique alors la destruction de l'ensemble des œuvres constituant le corpus de *La demeure du Chaos*. Ainsi, la non-conformité de la création, tant au regard des règles procédurales, que de préceptes visuels de l'urbanisme, suppose l'existence d'une nuisance visuelle.

195. Cette affaire aurait pu prendre une autre tournure devant la Cour EDH. Dépassant le simple respect du code de l'urbanisme, la Cour, dans la décision Ehrmann et autres¹²¹, a eu

pour n'être pas en harmonie avec le tout, leur démonstration conduit à une conclusion inéluctable qui est que la seule œuvre tolérée, tolérable, est celle qui s'inscrit dans les schémas reçus : des œuvres peut-être mais surtout qui ne dérangent pas ». En ce sens on peut conclure, que la condamnation de Thierry Ehrmann est justifiée par le préjudice occasionné aux autres habitants en ce qu'ils sont contraints à la vision de la demeure. **M. VIVANT**, « *Libre... mais harmonieux et pas trop gros. Ou de la fonction normalisatrice du droit* », PI, juil. 2006, n°20, p.360

¹¹⁵ Com. EDH, *N. c. Suisse*, 13 oct. 1983

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ L'action a été fondée sur les articles L.421-1, L.422-2, R.421-1, L.480-4 du code de l'urbanisme

¹¹⁸ T. Corr. Lyon, 16 fév. 2006, jugement n°1533 parquet n°04/111476 *inédit*, CA LYON, 7e chambre, 13 sept. 2006, C.Cass., Ch. Crim., 11 déc. 2007, n°06-87.445, CA Grenoble, 16 déc., 2008, C.Cass, ch. crim., 15 déc. 2009, n°09-80709

¹¹⁹ C.Cass., Ch. Crim., 15 déc. 2009

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Cour EDH (déc.), *Ehrmann et a. c. France*, 7 juin 2011

répondre à la question de la confrontation permanente d'autrui à une œuvre « *qui s'impose et s'expose* »¹²². La Cour a déclaré la requête irrecevable. L'absence de plainte sur le fondement du respect de la vie privée provenant de particuliers, a conduit le débat sur le terrain de la légitimité de l'œuvre sous l'angle de l'article 10. L'absence de revendication du droit de ne pas recevoir pouvait alors signifier l'absence de trouble résultant de la création de l'œuvre. Elle offrirait une plus large place à la protection de l'échange artistique. Le respect de la réglementation en matière d'urbanisme serait mis en balance avec la liberté d'expression de l'artiste et l'intérêt de la réception de cette œuvre unique. Toutefois, la Cour a mis en avant le besoin d'assurer « *un environnement de qualité aux éléments de patrimoine national protégé* », constituant « *l'intérêt général de la communauté* ». La construction artistique devait respecter « *le caractère et l'intérêt des lieux avoisinants* » afin de contribuer « *à créer les conditions d'harmonisation de la vie sociale* ». Le juge conclut que l'amende et la restitution en l'état antérieur de parties de la demeure qui « *de l'extérieur, s'imposaient à la vue du public* »¹²³ ne constituent pas une violation de l'article 10. Le juge relève ainsi, plus que le seul non respect des règles d'urbanisme, leur effet. Cette construction a eu pour conséquence de briser l'harmonie et la qualité de l'environnement, constituant une nuisance visuelle.

« *L'internationalisation du litige* »¹²⁴ devant la Cour EDH n'a pas abouti à mettre en balance les seuls intérêts de l'État face à la liberté d'expression. La proportionnalité de la mesure prise par les autorités a semble-t-il mis en balance l'ensemble des droits présents en conflit. En effet, derrière les intérêts protégés par les autorités, peut se trouver la protection des droits individuels¹²⁵, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée. La Cour EDH, en relevant le caractère visuellement nuisible de la construction dans le cadre de vie, admet implicitement la possible existence d'une atteinte au respect du domicile et au « *droit à un environnement sain et calme* »¹²⁶. La remise en l'état de la maison, revenant à la destruction des œuvres, aurait pu passer pour une restriction disproportionnée à la liberté d'expression et au droit de recevoir. Or, la conciliation entre les différents droits fondamentaux a fait pencher la Cour vers l'idée que la remise en l'état des seuls éléments qui s'imposaient à la vue du public, donc qui créent la nuisance, était une mesure proportionnée. La Cour affirme donc que si cette construction peut relever de la liberté artistique, elle ne doit pas s'imposer au voisinage.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit, p.467

¹²⁵ En ce sens, *Ibid.*, pp.470-471, n°805

¹²⁶ J.-P. MARGUENAUD, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, op.cit. p.505

196. Une présomption de préjudice existe aussi concernant l'obligation de l'État de mettre en place des moyens de filtrage sur Internet. Les juges ont affirmé, dans la décision *Muscio*¹²⁷, que l'Internet est par essence source de relativisation de la vie privée. En l'espèce, l'obligation positive de l'État s'arrête à la prise de mesures techniques permettant à l'individu de se protéger contre les ingérences arbitraires d'autrui¹²⁸. L'accomplissement de cette obligation démontre donc que l'État avait pris « *les mesures raisonnables et adéquates* »¹²⁹ afin de garantir le droit de ne pas recevoir un message. L'obligation de l'État sous l'angle de l'article 8 se limite donc à donner les moyens techniques à l'individu de se protéger contre les messages qu'il considère indésirables¹³⁰.

La Convention sur la cybercriminalité¹³¹ et l'arrêt *K.U.*¹³² ont confirmé la limitation d'une telle obligation. Même si « *l'État peut avoir l'obligation de pénaliser et de poursuivre de manière effective des atteintes à l'intégrité physique et morale de personnes* »¹³³ perpétrés par des personnes privées, l'étendue de cette obligation tient à la gravité de l'infraction¹³⁴. Lorsque l'infraction se rapporte au contenu des messages, seul ceux relevant de la pornographie enfantine et de la propagande raciste et xénophobe donnent lieu à une obligation renforcée de l'État¹³⁵. Cette obligation renforcée protège les particuliers contre des messages qui constituent par essence un exercice abusif de la liberté d'expression. Pour les autres messages, soumis à la liberté individuelle de choix, la mesure la plus adéquate est donc d'offrir la possibilité à l'individu de s'opposer à la réception du message.

197. Les juges, dans l'arrêt *K.U.*¹³⁶, ont souligné que la liberté d'expression et la confidentialité des communications sont des considérations primordiales. Ils ont affirmé que les

¹²⁷ Cour EDH, Déc., *Muscio c. Italie*, 13 nov. 2007

¹²⁸ Le Gouvernement estime que, « *d'un point de vue juridique, il existe en Italie des mesures visant à protéger les utilisateurs d'Internet contre le spam. Par exemple, les fournisseurs d'accès à Internet sont tenus d'avoir des systèmes de protection et de filtrage des pages web.* », *Ibid.*

¹²⁹ Notamment voir, Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 09 déc. 1994

¹³⁰ Les juges relèvent qu'une « *fois connectés au réseau Internet, les utilisateurs de ces systèmes ne jouissent plus d'une protection effective de leur vie privée, s'exposant à la réception de messages, images et informations souvent non sollicités. Cet inconvénient peut être réduit par l'installation de « filtres » informatiques* ». Cour EDH, *Muscio c. Italie*, préc.

¹³¹ Convention sur la cybercriminalité, Conseil de l'Europe, Budapest, 23 nov. 2001,

¹³² Cour EDH, *K.U. c. Finlande*, préc.

¹³³ **F. SUDRE**, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, note sous l'arrêt Cour EDH, *K.U. c. Finlande*, JCP G., pp.27 et s., p.28

¹³⁴ En ce sens, *Ibid.*, §25. L'action au sein de cette affaire est, à l'origine une action en diffamation. Cependant, a mis en avant que « *le requérant alors âgé de douze ans était l'objet d'une annonce à caractère sexuel publiée sur un site de rencontres, faisant de lui une victime accessible aux pédophiles* ». **S. MILLAN**, note sous Cour EDH, *K.U. c. Finlande*, 2 déc. 2008, *Journal du droit international*, Clunet, sept. 2009, pp.1037 et s., p.1039

¹³⁵ Article 9 de la Convention sur la cybercriminalité, Conseil de l'Europe, Budapest, 23 nov. 2001, ainsi que le Protocole additionnel du 30 janv. 2003

¹³⁶ Cour EDH, *K.U. c. Finlande*, 2 déc. 2008, §49

utilisateurs des services de télécommunication et d'Internet ont droit à la protection de leur vie privée et au respect de leur liberté d'expression. La Cour a estimé, par ailleurs, que cette garantie n'est pas absolue et doit céder devant des impératifs, tels que la prévention d'un trouble à l'ordre public, d'un crime ou la protection des droits et des libertés d'autrui¹³⁷. Ce raisonnement conduit naturellement à circonscrire les ingérences et les obligations positives de l'État. Chaque utilisateur d'Internet, dont les libertés sont garanties, peut être un émetteur et un récepteur. L'article 10 de la Convention, « *interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir* »¹³⁸. Dès lors, le raisonnement entrepris dans l'arrêt *K.U.* implique de protéger concurremment la vie privée de deux individus dont les intérêts divergent, ainsi que leur liberté d'expression et leur liberté de recevoir. En fonction du postulat de départ, chacun de ses droits constitue un impératif de limitation aux autres droits concurrents au nom de la liberté d'autrui. Outre les messages susceptibles d'être restreints en raison de la prévention de l'ordre public ou du crime, la protection de l'individu contre la réception contrainte de messages dans sa vie privée reste donc relative. Les mesures de protection de la vie privée contre la réception ne peuvent aller jusqu'à la suppression de tous les messages potentiellement indésirables, cette solution apparaissant comme trop arbitraire et restrictive. Ces mesures, devant alors être équilibrées, s'en tiennent à la mise à disposition d'une faculté effective de choix de réception pour l'individu. Une personne ne peut alors se fonder sur l'article 8 que pour se prévaloir « *d'un dysfonctionnement du système instauré* »¹³⁹ ou de l'absence d'un système protégeant l'individu contre la réception de messages nuisibles auxquels il ne peut pas s'opposer. L'absence de moyens techniques suppose l'existence d'une atteinte à la vie privée en raison de l'impossibilité pour le particulier de se protéger.

198. La reconnaissance d'une nuisance constitutive d'une infraction présume l'atteinte préjudiciable au respect de la vie privée. La caractérisation commande que l'État fasse cesser la contrainte de la réception au profit du particulier atteint. Toutefois, cette présomption a une étendue limitée. Elle ne peut toujours être mise en jeu ou suffire à la caractérisation d'un préjudice. L'atteinte au droit de recevoir n'étant qu'une des conséquences de l'infraction, elle peut demander la preuve directe d'un préjudice. En outre, l'entrée en vigueur du Protocole 14 à la CEDH milite en faveur de la preuve d'un préjudice important subi par de l'individu non récepteur.

¹³⁷ *Ibid.*, §49

¹³⁸ Cour EDH, *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, Cour EDH, *Guerra et a. c. Italie*, préc., §53

¹³⁹ Cour E.D.H., *Guerra et a. c. Italie*, préc.

2) Le préjudice directement prouvé

199. L'exercice de l'activité artistique couvre désormais un champ plus large que celui initialement prévu par la loi en matière d'activités soumises à autorisation et organisées de façon habituelle¹⁴⁰. La plupart des activités pouvant conduire à la réception contrainte ne sont pas automatiquement susceptibles de sanction. Il est vrai pourtant que rien ne nous rend plus intolérant au bruit d'une soirée que de ne pas y être invité¹⁴¹. Or, le droit de ne pas recevoir ne saurait réduire le fossé existant entre intolérance et atteinte aux droits fondamentaux. Bien au contraire, l'émergence du droit de ne pas recevoir devant la Cour EDH ne doit pas se faire sans l'existence d'un préjudice important invoqué par le requérant. Le Protocole n°14 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, entrée en vigueur au 1^{er} juin 2010, a établi un nouveau critère de recevabilité des requêtes devant la Cour. Cette dernière l'a notamment mis en jeu dans la décision *Mihai Ionescu*. Une requête est désormais irrecevable lorsque « *le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne* »¹⁴². Ainsi, l'atteinte invoquée par le requérant doit, selon cette décision, avoir des « *répercussions importantes sur sa vie personnelle* »¹⁴³.

200. Le préjudice est au donc cœur du conflit entre protection du cadre de vie de l'individu et l'activité en cause. La sanction de l'auteur de l'acte ne suffit pas toujours à présumer l'existence du préjudice ; il est donc à prouver par le requérant. Les questions de tapage¹⁴⁴ et troubles anormaux¹⁴⁵ nés de l'usage de la liberté d'expression artistique par autrui¹⁴⁶ s'inscrivent dans

¹⁴⁰ Par exemple, le cas d'un particulier, travaillant sa voix en vue de se produire sur scène, ne rentre pas dans le cadre des activités culturelles soumises à autorisation ou organisées de façon habituelle. L'individu pourra alors être condamné en raison du seul préjudice causé à autrui. CA Paris, 22 Mars 2000, 13^{ème} ch., sect. A, Juris-data n°2000-117355

¹⁴¹ Issu de la citation « *Rien ne vous plus tolérant au bruit d'une soirée chez vos voisins que d'y être invité* » Franklin P. Jones, source inconnue.

¹⁴² Cour EDH, déc, *Mihai Ionescu c. Roumanie*, 1 juin 2010

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ L'article R623-2 du code pénal : « *Les bruits ou tapages injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité d'autrui sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 3e classe. Les personnes coupables des contraventions prévues au présent article encourent également la peine complémentaire de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction. Le fait de faciliter sciemment, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation des contraventions prévues au présent article est puni des mêmes peines.* »

¹⁴⁵ La notion de trouble anormal comprend le trouble manifestement illicite né de la publication de l'œuvre ainsi que le trouble anormal de voisinage. L'article L2212-2 du code des collectivités territoriales, modifié par la Loi n°2007-297 du 5 Mars 2007 prévoit à son alinéa 2 que la police municipale a pour mission de réprimer « *les atteintes à la*

cette démarche. La constitution de ces infractions nécessite donc la preuve d'un préjudice important attentatoire la jouissance effective du domicile et, par conséquent, droit à un environnement sain et calme. Non soumise à un seuil légal, la preuve de la nuisance subie par le particulier¹⁴⁷ devient libre. L'analyse de l'importance du préjudice relève alors de deux critères : l'intensité de la nuisance et sa durée¹⁴⁸. Ces critères déterminent ainsi l'impact concret de la nuisance sur le récepteur fortuit¹⁴⁹.

201. Tout d'abord, l'intensité de la nuisance a été mise en avant par les arrêts *Hatton, Moreno Gomez* et *Oluic*¹⁵⁰. En matière de nuisances sonores, des mesures chiffrées restent l'élément principal pour établir l'atteinte du seuil minimum de gravité causant un préjudice¹⁵¹. L'intensité, à elle seule, peut ne pas suffire à prouver le préjudice. L'esprit de tolérance commande

tranquillité publique telles que [...] les bruits, les troubles de voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique ». Cet article s'applique, de même, aux nuisances visuelles. Cour administrative d'appel de Douai, Chambre 3, 25 Mai 2004.

¹⁴⁶ Par exemple, « *Chanter – de jour! – dans son appartement sans justifier de l'exercice d'une activité professionnelle devient contraventionnel si l'on dépasse un seuil de tolérance*, CA Paris, 13e ch. corr., 22 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-117355, JurisClasseur Environnement > Fasc. 2310 : ENVIRONNEMENT ET DROIT DE LA SANTÉ > I. - Aménagement sanitaire de l'environnement > A. - Protection des espaces > 1° Aménagement, côte 11, 2005. En l'espèce, la personne causant le trouble souligne qu'elle ne faisait que « *travailler sa voix en vue de se produire sur scène* »

¹⁴⁷ La Cour de cassation a affirmé, depuis longtemps, que le caractère individuel du préjudice résultant de la nuisance. Les juges ont estimé que dans une affaire relative aux nuisances sonores, qu'il suffisait « *que la tranquillité d'une seule personne ait été troublée* ». C.Cass., Ch. crim., 8 juil. 1949. De même, « *il suffit [...] qu'une seule personne soit dérangée pour que l'infraction soit constituée* ». C.Cass., Ch. crim., 6 déc. 1995, n°94.84-990

¹⁴⁸ Il est reconnu que la nuisance peut provenir « *d'un bruit particulier de nature à porter atteinte à la tranquillité du voisinage ou à la santé de l'homme par sa durée, sa répétition ou son intensité* ». Cour administrative d'Appel de Marseille, Ch. 5, *Association Pluce c. Le Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, 04 avril 2005, n°01MA02513. En ce sens, Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, 20 mai 2010

¹⁴⁹ Ainsi, en l'absence d'une caractérisation de l'infraction en dehors de tout préjudice, le plaignant devra prouver de manière effective la nuisance. Le manque de preuve aura pour conséquence de considérer l'action comme « *imprécise et incomplète* ». Exemple de particuliers n'ayant pas prouvé « *les nuisances éventuelles subies depuis l'intérieur des appartements* » (en l'espèce des nuisances visuelles). CA Aix en Provence, 4^{ème} ch. B, 12 nov. 2004, Rôle n°03/20673

¹⁵⁰ Cour EDH, *Hatton c. Royaume-Uni*, préc., Cour EDH, *Moreno Gomez c. Espagne*, préc. ; Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, préc.

¹⁵¹ Dans l'arrêt *Hatton*, les nuisances sonores relevées au domicile des individus dépassait le seuil des « *Directives relatives au bruit dans l'environnement, émises par l'Organisation mondiale de la santé* ». (Celles-ci n'avaient qu'un rôle indicatif). Cour EDH, *Hatton c. Royaume-Uni*, préc., §27. La Cour de cassation a aussi pu caractériser un préjudice du fait de la simple mesure du bruit dégagé d'une soirée techno organisée par une commune. C.Cass., Ch. crim., 4 sept. 2007, n° E 07-80.072 Il a pu être jugé, lors d'une affaire relative au bruit émanant d'une animation musicale, que l'animation en cause « *s'entend très bien à l'extérieur de l'établissement y compris au domicile de M. Biette ; que le 14 mai à 22 heures 30 les forces de l'ordre relèvent l'existence d'un tapage nocturne, le son étant nettement perçu depuis la voie publique, le volume de la musique étant nettement supérieur aux normes couramment [...] que point n'est besoin en l'espèce d'utiliser un sonomètre pour constater l'infraction, que les constatations des gendarmes suffisent à l'établir* ». C.Cass., Ch. crim., 6 déc. 1995, préc.. Le trouble de tapage est présumé au regard du procès-verbal le constatant. C.CasS., Ch. crim., 16 juin 1993, n° 92-83.268). Les procès verbaux dressés par les personnes habilitées font foi jusqu'à preuve contraire. CA Paris, 28 janv. 1998, *Juris-Data* n° 020165.

Une telle hypothèse laisse la possibilité un individu de se prévaloir de la contrainte de la réception d'une musique extérieure provenant de dispositifs techniques installé par les collectivités.

effectivement de ne pas restreindre trop strictement les expressions et manifestations artistiques par la protection d'intérêts personnels.

202. En matière de nuisances visuelles, une analyse de l'intensité est aussi de rigueur¹⁵². L'appréciation est, tout de même, plus difficilement mesurable, car plus subjective. Néanmoins, plusieurs critères ressortent : la proximité, la prévisibilité et à la visibilité de l'œuvre litigieuse depuis le domicile de l'individu se prévalant de la nuisance¹⁵³. Les critères de proximité et de visibilité offrent une analyse concrète de la gêne occasionnée par la présence de l'œuvre pour le particulier. En effet, l'intensité diffère lorsqu'une personne se plaint de l'affichage à proximité de son domicile d'affiches de film, non perceptible depuis chez elle, et lorsque ces affiches se retrouvent en vis-à-vis de ses fenêtres. Cet exemple laisse aussi transparaître l'importance du critère de prévisibilité de la nuisance. Le fait d'habiter en face d'un cinéma ne justifie pas la suppression des affiches de film inconvenante pour l'ensemble du voisinage. L'arrêt de la Cour EDH *Hatton* a d'ailleurs relevé la nécessité de mettre en balance la nuisance invoquée avec les intérêts économiques en jeu¹⁵⁴, tels que peuvent être ceux d'un cinéma. La prévisibilité de la nuisance varie inévitablement entre l'exemple précité et le voisin de *La demeure du Chaos* créée sans déclaration préalable dans le village paisible de Saint-Romain-au-Mont-D'Or¹⁵⁵. Tant la nature de l'œuvre que le cadre de vie dans lequel elle est implantée sont des éléments de la prévisibilité de la nuisance.

203. Ensuite, la répétition de la nuisance dans le temps est à analyser. Ainsi, la Cour EDH a relevé que « *des ingérences répétées* »¹⁵⁶ dans le droit au respect de la vie privée en raison de la nuisance renforcent le préjudice, voire le constituent¹⁵⁷. Le caractère préjudiciable des nuisances

¹⁵² Par exemple : « *Attendu que l'éclairage de la façade, dont l'intensité n'est même pas précisé dans ce constat, ne peut être considéré comme une nuisance évidente* » CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch. B, 12 nov. 2004, préc.

¹⁵³ En ce sens, C.Cass., 15 déc. 2009, n°09-80709

¹⁵⁴ Cour EDH, *Hatton c. Royaume-Uni*, préc., §27

¹⁵⁵ Cf. *supra*, n°194-105

¹⁵⁶ Voir notamment, Cour EDH, *Surugiu c. Roumanie*, 20 avril 2004, et *Moreno Gomez c. Espagne*, préc.

¹⁵⁷ Dans l'arrêt *Oluic*, une large part de la motivation de la Cour EDH, était construite autour de la durée de la nuisance. Elle a relevé que le requérant a subi pendant 8ans les nuisances sonores sans que les autorités n'y mettent fin. Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, préc.

Les juges internes considèrent, de même, que l'infraction est constituée « *dès lors que le prévenu a eu conscience du trouble causé au voisinage et n'a pris aucune mesure pour y remédier* ». C.Cass., Ch. crim., 17 janv. 1990, *Fabbro*, Bull. crim. 1990, n° 30, p.74 ; C.Cass., Ch. crim., 15 avril 1992, *Dahinden*. De même, il a été jugé que le « *fait de disposer volontairement à deux reprises une minichaîne sur le mur séparant sa propriété de celle de son voisin* » causé un préjudice (C.Cass., Ch. crim., 24 fév. 1999, *Al Refai* ; voir de même de : C.Cass., Ch. crim., 25 avril 1972). De même, il peut y avoir condamnation d'un individu « *s'évertuant en réponse à maintenir lors de ces animations musicales un niveau sonore de nature à le gêner* ». C.Cass., 6 déc. 1995, préc.

répétées tient alors en partie à la capacité des autorités à faire cesser le trouble¹⁵⁸. *A contrario* le critère de la durée de la nuisance dans le temps implique, de nouveau, une tolérance des particuliers envers les manifestations et nuisances éphémères¹⁵⁹ afin de conserver la liberté d'expression comme principe¹⁶⁰. Le caractère permanent de la nuisance peut parfois être ambivalent, notamment pour les nuisances visuelles. La présence permanente d'une nuisance invoquée peut aboutir à deux interprétations : soit elle renforce la gravité du préjudice en raison de l'impossibilité pour le particulier de jouir en toute tranquillité de son domicile à tout moment, soit elle le minore en raison de son attachement au cadre de vie dans lequel elle se situe. L'affaire de la *Demeure du Chaos* se trouve dans le premier cas¹⁶¹. En effet, l'œuvre, qui brise l'harmonie du cadre de vie, s'impose à la vue du public et occasionne le trouble. Dans le second cas, la présence permanente d'une œuvre ou d'une activité artistique, en l'absence de trouble à l'ordre public, aboutit à remettre en cause sa qualification de nuisance. L'invocation de la nuisance devient donc le signe d'un manque d'esprit de tolérance du particulier.

204. Si l'analyse de certains critères brille par son évidence, d'autres apparaissent plus difficile à évaluer. La notion de préjudice important du Protocole n°14 à la CEDH, nouveau critère de recevabilité, n'empêche pas les juges de rechercher, en plus des critères classiques, l'existence d'un préjudice direct pour l'individu. Ainsi, dans l'arrêt *Oluic*, la Cour a entendu tenir compte des effets physiques et mentaux de la nuisance sur l'individu pour caractériser le préjudice¹⁶². Les problèmes auditifs de la fille du requérant, imposant qu'elle ne soit pas exposée au bruit, a été une des justifications de l'atteinte du seuil minimum de gravité. La Cour a ainsi

¹⁵⁸ « Les mesures prises par le prévenu doivent faire disparaître totalement le bruit illicite ». CA Bordeaux, 22 nov. 1998, *Juris-Data* n° 048500

¹⁵⁹ Les autorités ont la possibilité d'accorder « des dérogations individuelles ou collectives pour une durée déterminée lors de circonstances particulières ou exceptionnelles telles que manifestations commerciales, sportives ou musicales, fêtes ou réjouissances, pour l'exercice de certaines professions ou d'activités à caractère saisonnier ». Ces dérogations imposent une restriction à l'invocation de nuisances sonores extérieures. Celles-ci s'appliquent lors de « circonstances particulières ou exceptionnelles », notamment, lors de manifestations culturelles musicales collectives, fêtes locales ou encore lors de la fête de la musique. Cour administrative d'appel de Marseille, Chambre 5, 04 avril 2005, préc. Voir de même Cour administrative d'Appel de Nantes, Chambre 2, 25 Mai 2004, n°00NT01606 (inédit au recueil Lebon). Une telle solution pourrait trouver à s'appliquer en matière de nuisance visuelle par la mise en balance de l'intérêt personnel de la victime subissant la nuisance et l'intérêt général favoriser la perception par autrui.

¹⁶⁰ Néanmoins, les dérogations imposant une tolérance aux habitants ne doivent pas trop largement menacer leur tranquillité. « Le maire puisse tenir compte de circonstances locales pour accorder des dérogations à un règlement sanitaire départemental qui interdit des bruits gênants dans les lieux publics. Ces aménagements ne doivent toutefois pas menacer la tranquillité publique des habitants » (CE, 26 juin 1996, *Commune de Mejannes-les-Alès*, *Juris-Data* n° 1996-050967, illégalité d'une dérogation accordée à un ball-trap pour ouvrir les week-ends et jours fériés.

¹⁶¹ Cour EDH (déc.), *Ehrmann et a. c. France*, 7 juin 2011

¹⁶² Cour EDH, *Oluic c. Croatie*, ,préc., §49

rendu une solution motivée, tant par des standards objectifs que par la preuve directe d'un préjudice.

205. Le droit de s'opposer à la réception contrainte d'un message artistique, ou plutôt doit-on dire des nuisances provoquées par l'expression d'autrui, est protégé. Il vise le respect du droit à un environnement sain et calme de l'individu et, plus spécialement à son domicile. Que ce soit par une réglementation claire de l'activité ou par la sanction du préjudice causée, l'individu qui subit la nuisance dispose d'outils juridiques en vue de faire cesser l'atteinte à la vie privée. Ce droit individuel reste relatif. Si la présomption de préjudice par la caractérisation d'une infraction semble encore jouer dans certains cas, la mise en œuvre du Protocole n°14 conduit à la nécessité de prouver un préjudice important découlant de la nuisance invoquée. En outre, ce droit peut encore s'effacer lorsque l'intérêt général commande la prédominance de la liberté de d'expression artistique dans sa dimension collective. Le droit individuel de ne pas recevoir ne touche pas que le cadre de la vie privée. Il est aussi garanti dans l'espace d'échange artistique.

II. Le préjudice dans l'espace d'échange artistique

206. L'individu ne vit pas toujours retranché dans la sphère intime de son domicile. Toute ouverture vers le monde extérieur suppose la possibilité de se confronter à des informations, des idées de toute nature. Cette ouverture vers autrui doit elle conduire à tout accepter, à être contraint de tout recevoir ? L'émergence de l'autonomie personnelle, conférant une liberté de choix à l'individu, ne doit pas transformer la liberté de réception en une obligation de perpétuelle tolérance. La liberté de l'artiste et le droit individuel de recevoir ne sauraient effacer l'existence d'autrui. Néanmoins, l'individu ne peut être à l'abri de tous les messages artistiques. Du plus insignifiant au plus choquant, leur diffusion triomphe de fait. Une protection contre la contrainte de la réception peut donc être conférée à l'individu sous l'angle de l'article 10 (A). Toutefois, elle ne se justifie qu'en raison d'un préjudice résultant du contenu du message (B).

A/ Une application de l'article 10 de la CEDH

207. L'application de l'article 10 se justifie par la position de l'individu. La protection contre la réception contrainte s'inscrit dans le volet négatif du droit de recevoir des idées et informations. Elle intervient lorsque la personne n'a plus vocation à être isolée d'autrui. Cet article vise à protéger l'individu de la réception forcée de messages lorsqu'il s'ouvre aux autres et à la société. Cette situation plaçant l'individu en récepteur potentiel, donc virtuellement intégré dans le processus de la liberté d'expression, ne le conduit pas à accepter l'ensemble des messages diffusés. L'individu devient récepteur par la force des choses, sans avoir eu la possibilité de consentir. Pour qu'il y ait contrainte, l'individu ne doit donc pas avoir eu la possibilité de manifester sa volonté¹⁶³. C'est donc dans le « *procédé utilisé* »¹⁶⁴ par l'artiste pour s'exprimer que réside l'atteinte. Elle résulte de conditions de diffusions ne permettant pas la formalisation d'un consentement de l'individu avant la réception. La contrainte ne joue pas avec la même force qu'en vertu de l'article 8. En effet, l'individu n'étant pas retranché dans son cercle intime, mais intégré dans un espace d'échange, il prend naturellement le risque de recevoir des messages artistiques non sollicités et possède une plus large faculté de s'en défaire.

208. Mis en perspective sous l'angle de l'article 10, le droit de ne pas recevoir un message artistique est lié au contenu même de l'expression. La décision *X. Ltd. Et Y*¹⁶⁵, première décision rattachable à la liberté artistique, l'avait souligné. En l'espèce, un journal contenant un poème litigieux avait « *été mis en vente et vint à la connaissance [...] de l'auteur des poursuites, qui fut si profondément offensé qu'il décida d'engager des poursuites contre la publication de ce poème* ». La Commission avait estimé que les attaques contenues dans le poème, « *lorsqu'elles atteignent une certaine gravité* »¹⁶⁶, justifiaient que la personne offensée puisse saisir le juge¹⁶⁷. Ainsi, la réception du message artistique, supposée libre de choix, peut être remise en cause en raison de son contenu offensant pour l'individu. *A contrario*, l'intérêt du contenu pour le public

¹⁶³ Cette hypothèse a été mise en avant par la jurisprudence française relative à l'affichage sur la voie publique : Par exemple : TGI Paris, réf., 23 oct. 1984, *Ave Maria* et TGI Paris, réf., 10 mars 2005, op.cit., et CA Paris, 8 avril 2005, op.cit., dit affaire de *La Cène*

¹⁶⁴ Cour EDH, *Müller c. Autriche*, préc., §34, Cour EDH, *Aguilera Jimenez et a. c. Espagne*, 08 déc. 2009, §22 confirmé par Cour EDH, Gde Ch., *Palomo Sanchez et a. c. Espagne*, 12 sept. 2011

¹⁶⁵ Commission EDH, *X. Ltd. Et Y. contre Royaume-Uni*, 07 mai 1982

¹⁶⁶ *Ibid.*, §12

¹⁶⁷ Cependant, la Commission, dans une conception peut être trop protectrice, avait jugé de l'offense sans se préoccuper du droit individuel de ne pas recevoir le message. En effet, elle estime « *qu'il ne semble pas disproportionné que l'infraction emporte responsabilité objective indépendamment [...] de la possibilité pour un citoyen déterminé de s'abstenir de prendre connaissance de la publication* ». Com. EDH, *X. Ltd. Et Y. c. Royaume-Uni*, préc. §12

peut faire échec à la revendication du droit de ne pas recevoir, telle qu'en en matière informative. Derrière la caractérisation d'une contrainte, ce serait l'analyse du contenu préjudiciable pour le récepteur involontaire qui caractériserait une atteinte au droit de ne pas recevoir un message artistique.

B/ Un préjudice relevant de l'expression offensante

209. La réception d'un même message artistique ne provoque pas les mêmes réactions en fonction des individus. La protection contre la réception forcée pose donc la question de la personnalisation de l'atteinte. La majorité des affaires laissant entrevoir le droit individuel de ne pas recevoir un message artistique reposaient sur une caractéristique propre à l'individu, sa croyance religieuse. Les juges en déduisaient alors une expression offensante pour les individus appartenant à cette croyance¹⁶⁸. Cette conception de l'expression offensante ne se limite alors pas aux seuls contenus affectant les croyances religieuses. Notamment, les juges internes ont pu qualifier d'expression offensante celle qui touchait la personne dans « *ses tréfonds intimes* »¹⁶⁹ ou encore dans sa dignité¹⁷⁰. La notion d'expression offensante peut englober les atteintes portées aux éléments constitutifs de la personne, ce qui fait son identité propre et la distingue. En effet, « *tous les êtres humains ont une ou plusieurs caractéristiques qui les différencient de la majorité* », même si « *elles peuvent être neutres* ». Cette différence « *se constate objectivement et doit faire l'objet d'un traitement juridique afin de tenir compte de cette caractéristique* »¹⁷¹. En effet, l'atteinte ressentie lors de la réception du message par la personne se rattache à une caractéristique individuelle objective qui fonde un traitement spécifique de l'information. Cette

¹⁶⁸ Voir en ce sens : Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994 ; Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996

¹⁶⁹ TGI Paris, réf., 20 févr. 1997, n° 52151/97, n° 51935/97. Voir : **F. GRAS**, « *Affichage publicitaire et liberté d'expression : L'affaire Larry Flint* », PA, 24 févr. 1997, p. 10.

¹⁷⁰ La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 Mai 1996 a affirmé que la représentation, « *en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse* », (de) *l'image fractionnée et tatouée du corps humain consistait à utiliser une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes* ». Ainsi, « *en imposant à chacun des intéressés personnes physiques, en particulier, une représentation de leur état de personnes séropositives, dégradante pour leur dignité, les appelantes leur ont occasionné un préjudice moral individuel* ». JurisClasseur Communication, Fasc. 3440, Protection de la morale et de la jeunesse I. - Finalité de l'article 227-24 du code pénal. Voir aussi D. 1996, Jurisprudence p.617, note **B.EDELMAN**

¹⁷¹ **D. THARAUD**, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Thèse, Limoges, 2007 ? p.141, n°159

caractéristique peut être commune à un ensemble d'individu¹⁷² et s'inscrire dans l'idée de majorité ou de communauté¹⁷³.

210. L'étendue des caractéristiques individuelles objectives à prendre en compte afin de protéger le récepteur fortuit peut se déterminer en vertu de l'article 14 de la CEDH. Cet article protège l'individu contre toute discrimination, notamment en raison de ses « *caractéristiques innées et constitutives de (son) identité* »¹⁷⁴. Ces caractéristiques sont donc le fondement d'un préjudice provenant, non pas d'une discrimination par rapport à autrui, mais de la réception pour soi. Cette protection tient à l'idée que la personne, à travers la réception du message, ne se sente pas dégradée et humiliée, voire atteinte dans sa dignité en raison de son identité ou de son état. Partant, le droit de ne pas recevoir un message de manière contrainte protège l'individu contre toute expression offensante fondée sur le sexe, la race, la langue, la religion, l'orientation sexuelle ou toute autre caractéristique individuelle constitutive de l'identité protégée par la Convention.

211. La recherche du préjudice s'attache principalement au contenu de l'œuvre analysé à travers le prisme de la caractéristique individuelle. Nonobstant la forme artistique du message qui est de nature à en limiter l'impact¹⁷⁵, le contenu doit passer pour suffisamment offensant pour que la personne soit atteinte¹⁷⁶. Le caractère offensant du message doit donc revêtir un degré suffisant pour démontrer un « *préjudice moral individuel* »¹⁷⁷. Néanmoins, une telle démarche nécessite une objectivation de la caractéristique identitaire « *à la lumière des*

¹⁷² Le simple fait d'être une femme constitue une caractéristique individuelle objective. Un domaine tel que la publicité utilise souvent le moyen artistique pour toucher l'individu. Le Conseil de l'Europe est intervenu pour éviter que la femme soit soumise à la réception d'une image d'elle-même qui soit dégradante ou attentatoire à sa dignité. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1557 et Recommandation 1799, 26 juin 2007, Image des femmes dans la publicité. De même la Cour Suprême du Canada affirme qu'un message, en l'espèce artistique, « *dont on peut dire qu'il exploite les choses sexuelles d'une façon "dégradante ou déshumanisante" échouera nécessairement face au critère des normes sociales, non parce qu'il choque la morale, mais parce que [...] ce matériel est perçu comme nocif [...] notamment pour les femmes* ». De là, il apparaît nécessaire de protéger les femmes contre la contrainte de la perception de ces œuvres. Cour Suprême du Canada, *R. c. Butler*, 27 fév. 1992, 1 R.C.S 452, p.4

¹⁷³ On peut alors prendre pour exemple la croyance religieuse. Au sein de l'affaire *Otto-Preminger Institut*, le juge avait relevé que la caractéristique spécifique du public tenait à sa croyance religieuse et que, cette croyance représentait une forte majorité au sein du territoire. Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.,

¹⁷⁴ **A. LEVADE**, *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, Pouvoirs, n° 111, 2004, p. 55, dans, **D. THARAUD**, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Thèse, Limoges, op.cit.

¹⁷⁵ Voir en ce sens, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999, §52

¹⁷⁶ La Cour de cassation a notamment pu affirmer que même si un message « *a pu heurter la sensibilité de certains catholiques, son contenu ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression* ». C.Cass., 14 fév. 2006, n°05-81932, préc.

¹⁷⁷ CA Paris, 28 mai 1996, préc.

conditions d'aujourd'hui »¹⁷⁸. Le degré d'offense de la réception est à évaluer à l'égard d'une « *personne de sensibilité normale* »¹⁷⁹ tout en tenant compte de la caractéristique individuelle qui la rend sensiblement différente¹⁸⁰. En effet, « *l'excès de sensibilité* »¹⁸¹ d'une fraction de la population ne saurait rendre impossible toute expression artistique dans l'espace public. L'esprit de tolérance dont doit faire preuve tout individu, doit relativiser la contrainte de la réception¹⁸². Le but de l'analyse est donc de distinguer entre le message considéré comme une expression protégée par la Convention même si elle heurte choque ou inquiète une fraction de la population¹⁸³ et une « *offense injustifiée* »¹⁸⁴ de « *nature à blesser brutalement* »¹⁸⁵ l'individu.

212. Toute idée d'atteinte suppose la sanction. Or, doit-on concevoir la sanction du message ou de ces seules conditions de diffusion ? La sanction doit se limiter à des mesures destinées à réagir de manière adéquate et non excessive¹⁸⁶. L'atteinte ne provient ici que de la réception d'un message par un individu malgré lui. La multiplicité des interprétations du message et le droit individuel de recevoir en concurrence protègent alors l'artiste dans son droit à la libre diffusion. Si le contenu « *a pu heurter la sensibilité de certains* »¹⁸⁷, la multiplicité des interprétations du message litigieux ne doit pas laisser place à la subjectivité et à l'arbitraire de son analyse¹⁸⁸. La sanction revient donc à la seule remise en cause des conditions de diffusion d'un contenu potentiellement offensant, et non celle du contenu lui-même. Lorsqu'une trop grande équivoque ne permet pas au récepteur de lire le message, une analyse symbolique au regard de la

¹⁷⁸ Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31 ; *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, § 26 ; Cour EDH, *Stoll c. Suisse*, 10 déc. 2007

¹⁷⁹ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc. §36

¹⁸⁰ La Cour suprême du Canada a clairement relevé l'importance de l'identité personnelle à l'égard de la matière artistique. « *L'art est à plusieurs égards une expression de l'identité culturelle et, dans plusieurs cas, une expression de l'identité personnelle avec son schème particulier de pensées, de croyances, d'opinions et d'émotions* ». Cour suprême du Canada, *Affaire de la Loi sur les questions constitutionnelles*, du 31 mai 1990,

¹⁸¹ En ce sens, C.Cass., 14 fév. 2006, préc., « *l'excès de sensibilité d'une fraction de croyants ne saurait rendre indisponible dans l'espace public la représentation d'une religieuse associée à la lutte contre le sida* » préc.

¹⁸³ Principe posé par l'arrêt, Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §49 ; Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct.. 2009

¹⁸⁴ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §53

¹⁸⁵ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, op.cit., §36

¹⁸⁶ Voir notamment, Cour EDH, *Incal c. Turquie*, 9 Juin 1998, §54

¹⁸⁷ C.Cass., 14 fév. 2006, préc.

¹⁸⁸ Il est intéressant de voir que sur l'affaire de l'affiche du film *Amen*, la doctrine, même lorsqu'elle s'oppose sur la solution du litige, se retrouve sur le critique de la subjectivité de l'interprétation du juge. Le juge, après avoir déterminé plusieurs interprétations possibles du contenu de l'affiche, s'accorde un privilège d'interprétation. Il effectue ainsi une analyse qualifiée de généreuse, surabondante et par conséquent, dangereuse. En effet, les dérives d'interprétations, même au profit de la liberté d'expression ouvre la voix à des restrictions arbitraire. En ce sens voir : **A. TRICOIRE**, « *Interprétation du sens de l'affiche d'un film par le juge* », LP, juin 2002, III, 106 et **P. MALAURIE**, « *L'affiche du film " Amen " représentant une " croix catholique prolongée d'une croix gammée " n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite* », préc.

caractéristique individuelle offensée peut néanmoins se justifier¹⁸⁹. Alors, le droit individuel de ne pas recevoir s'analyse aussi au regard de la dimension sociale de la liberté. Cette dernière met en lumière l'ensemble des intérêts en jeu.

213. Le simple fait de publier ou de diffuser un message artistique suppose, la plupart du temps, une opposition entre un préjudice potentiel pour les non-récepteurs et l'intérêt de la réception par autrui. Mis à part les cas où une nuisance commande l'application stricte du respect de la tranquillité¹⁹⁰, une restriction apportée en vue de garantir le droit individuel de ne pas recevoir un message artistique est une question délicate ; elle ne peut pas se désintéresser du droit pour autrui de recevoir ledit message. Cette analyse impose alors que la question soit discutée au regard de la dimension collective de la liberté de recevoir un message artistique.

¹⁸⁹ Cependant, le caractère trop équivoque du contenu peut être source de restriction en ce qu'il ne permet pas de révéler les propos de l'auteur. Par exemple, une restriction est justifiée lorsque des affiches « *ne sont accompagnés d'aucune légende permettant de décrypter le message qu'elles sont censées véhiculer et [...] ; que faute de les avoir assorties de clé permettant de les déchiffrer et de leur ôter toute équivoque* ». CA Paris, 1^{ère} ch. A, 28 mai 1996, D.1996, Jur. p.617, note **B. EDELMAN**

¹⁹⁰ On voit ici le cas où la caractérisation de l'infraction n'est pas soumise à la caractérisation du préjudice. De même, l'application stricte de la protection contre les nuisances résultant d'autrui se conçoit lors de la confrontation d'intérêts privés en cas de trouble anormal de voisinage entre habitants.

Section 2 : La réception non désirée

214. Le droit de ne pas recevoir un message artistique ne se limiterait pas au cas de la contrainte de la réception par l'individu qui tente d'échapper au message artistique. La communication publique du message artistique implique que l'œuvre puisse toucher des individus potentiellement attirés par elle, les intégrant dans le public. Or, la proposition faite au récepteur de recevoir le message artistique doit lui laisser le droit de le refuser. L'individu n'est, à ce stade, qu'un récepteur potentiel de l'œuvre. (§1) L'atteinte à la liberté de choix peut constituer une violation du droit de ne pas recevoir un message artistique (§2).

§1. La notion de récepteur potentiel

215. Le message artistique ne s'impose pas à l'individu, il se propose. L'individu peut facilement se soustraire de la diffusion du message en refusant purement et simplement la réception. Il n'est donc pas considéré comme un récepteur du message artistique. Toutefois, une protection s'opère lorsque l'individu est qualifié de récepteur potentiel. L'incidence particulière de la nature du message sur la liberté de choix implique une analyse en conséquence du désir de recevoir (I). Elle implique une qualification stricte du récepteur potentiel du message artistique (II).

I. Une incidence de la nature artistique du message sur le désir de ne pas le recevoir

216. Malgré « l'importance de la liberté d'expression » et la « valorisation spectaculaire de la liberté de la presse »¹⁹¹, impliquant l'accroissement de la diffusion des informations, la matière artistique se démarque par la spécificité du récepteur et la nécessité de lui concéder un

¹⁹¹ **M. LEVINET**, « La liberté d'expression », dans, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.612

« *droit au libre choix* »¹⁹². Ce choix pour l'individu de recevoir un message artistique relève d'une même démarche que celle de s'associer ou de se syndiquer¹⁹³. Il dépend d'une question de sensibilité et de désir personnel. L'individu préjuge de l'adéquation entre sa sensibilité et l'image qu'il se fait de ce qui lui est proposé. La Cour a affirmé, à l'égard de la liberté d'association, que la notion d'autonomie personnelle « *doit donc être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition* »¹⁹⁴. La notion d'autonomie personnelle « *qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention* »¹⁹⁵ ouvre alors la voix de la reconnaissance du volet négatif du droit individuel de recevoir. Une telle consécration devient un des aboutissants de l'effectivité du droit au libre choix de l'individu en matière artistique. Une atteinte à ce droit négatif est alors de nature à restreindre la protection de son « *droit d'avoir des opinions garanti par les articles 9 et 10 de la Convention* »¹⁹⁶ et de se comporter conformément à celles-ci.

217. L'arrêt *Monnat* renferme la revendication du respect au droit individuel de ne pas recevoir un message non désiré. En l'espèce, la diffusion d'un reportage télévisé controversé concernant l'attitude de la Suisse durant la seconde guerre mondiale avait suscité des réactions de groupes de citoyens. Ces derniers ont, par la suite, déposé plainte devant l'autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision¹⁹⁷. L'autorité compétente avait sanctionné la diffusion du programme car elle ne permettait pas au spectateur une identification suffisante du contenu pour exercer un libre choix¹⁹⁸. Les juridictions internes ont estimé que le contenu n'était pas litigieux. Néanmoins, elles ont condamné la diffusion du programme car l'expression d'un journalisme engagé ne pouvait être identifiée comme tel par le spectateur¹⁹⁹. En effet, les conditions de diffusions relevaient d'une « *technique [...] qui n'aurait pas permis aux téléspectateurs de se faire leur propre opinion* ». Selon le Tribunal, « *le téléspectateur ne pouvait pas se douter en regardant l'émission querellée qu'elle faisait partie*

¹⁹² Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005

¹⁹³ Ce droit est garanti au sein de l'article 11 de la CEDH.

¹⁹⁴ Cour EDH, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janv. 2006, §54

¹⁹⁵ Notamment : Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002 ; *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc. ; Cour EDH, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, préc.

¹⁹⁶ Voir en ce sens, Cour EDH, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, op.cit. §41

¹⁹⁷ Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006, §7

¹⁹⁸ La Cour souligne que « *le requérant aurait dû informer les téléspectateurs, selon l'Autorité de plainte et le Tribunal fédéral, du fait qu'il ne s'agissait pas, dans le reportage, d'une vérité incontestable, mais bien d'une interprétation possible des relations entre la Suisse et l'Allemagne.* » *Ibid.*, §56

¹⁹⁹ Décision du Tribunal fédéral Suisse du 1^{er} décembre 1998, in Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, préc.

d'un ensemble d'émissions, pour autant que tel ait effectivement été le cas »²⁰⁰. Le reportage a alors été mis « *sous embargo juridique* »²⁰¹. Le requérant, journaliste et responsable de l'émission qui a diffusé le reportage, a saisi la Cour EDH en raison d'une atteinte à sa liberté d'expression. Le contenu n'étant pas remis en cause, la question devait se poser de savoir si les conditions de réception permettaient aux spectateurs de se forger leur propre opinion quant au choix de regarder le programme télévisé.

218. La Cour n'a pas répondu directement sur le point de savoir si les informations adressées au spectateur garantissaient un libre choix en vue de garantir le droit de ne pas recevoir. Au contraire elle a nié l'existence de ce droit. En effet, la Cour a déplacé le débat en visant « *le droit des téléspectateurs de recevoir une information objective et transparente* »²⁰² sur le fondement de la liberté journalistique. À la différence des juridictions internes, la Cour ne se place pas sur les conditions de la réception du message, mais sur son seul contenu. Ce glissement de l'analyse de la plainte litigieuse incite à émettre plusieurs réserves quant à l'opportunité du contrôle. Édifiant le droit de recevoir comme seul corollaire de la liberté d'information²⁰³, la Cour élude toute question sur le volet négatif du droit de recevoir. Une telle position se comprend en raison de la nature informative de l'expression. Il est plus complexe de reconnaître le droit pour un individu de ne pas recevoir une information objective en raison « *du rôle essentiel dans le bon fonctionnement d'une démocratie politique* »²⁰⁴ que joue la presse. Le droit de recevoir une information naît donc du besoin social et non du désir individuel. C'est alors pour cette raison que la Cour a justifié sa décision sur la légitimité du contenu de l'expression ainsi que l'intérêt général de sa réception, élément qui n'a jamais été remis en cause par les juridictions internes²⁰⁵. La condamnation de la diffusion par les autorités nationales, fondée sur le choix individuel à la réception, contrevient alors au principe de pluralisme, de tolérance et d'esprit d'ouverture nécessaire dans une société démocratique²⁰⁶. La Cour affirme donc que le droit de recevoir une information se fonde sur l'intérêt général de la réception et non sur la

²⁰⁰ Décision du Tribunal fédéral Suisse du 21 novembre 2000, *ibid.*

²⁰¹ L'embargo consistait à interdire la diffusion du reportage et à en interdire la vente sur des supports tels que la cassette. *Ibid.*, §27

²⁰² *Ibid.*, §41

²⁰³ On peut ainsi voir que le manque d'informations essentielles auprès des particuliers peut entraîner aussi une atteinte à la protection du droit au respect de la vie privée fondée sur l'article 8 de la Convention EDH. En ce sens : Cour EDH, *Guerra et a. c. Italie*, 19 fév. 1998

²⁰⁴ Cour EDH, *Sürek c. Turquie*, 08 juil. 1999, §55

²⁰⁵ La Cour estime alors, que « *le fait que quelques téléspectateurs mécontents ou surpris par l'émission ont déposé des plaintes à la suite de la diffusion du reportage ne constitue pas une raison suffisante, en soi, qui puisse justifier la prise de mesures* » Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, préc.

²⁰⁶ Voir notamment, Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, préc., §63 Cour EDH, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998, § 55, Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, préc., § 72

volonté individuelle. Par conséquent, son analyse s'effectue principalement sur le contenu de l'expression et non les modalités de sa diffusion.

219. Cette légitimation par le contenu serait plus incertaine et moins opportune en matière artistique. Tout message artistique est inéluctablement source d'adhésion ou de réprobation. La réception, fondée sur le désir individuel, suppose que l'individu possède un droit au choix. La difficile qualification du message artistique en tant que sujet d'intérêt général témoigne de la difficulté de passer outre la volonté individuelle²⁰⁷. Ainsi, le déplacement de la question opéré par la Cour sur le seul contenu ne saurait prospérer en matière artistique. Il entraînerait une confusion dans l'analyse de l'œuvre de nature à favoriser les restrictions. La Cour avait déjà effectué une telle analyse dans l'affaire *Otto-Preminger Institut* relative à l'interdiction du film *Le concile d'amour*. En l'espèce, les requérants avaient pris les mesures nécessaires pour préserver le droit de ne pas recevoir de ceux qui risquaient être outragés par le film en cause²⁰⁸. La Cour n'a pourtant effectué qu'une analyse du contenu en fonction d'un public indéterminé²⁰⁹. Elle n'a donc pas intégré dans son analyse la question du droit à la non réception qui, en l'espèce, avait été respecté. La restriction revenait alors à la condamnation d'un contenu potentiellement choquant pour des personnes qui ne risquaient pas d'y être confrontées sans l'avoir voulu. Alors, si une analyse du contenu est profitable à la liberté de diffusion en matière journalistique, elle produit un effet inverse en matière artistique en cherchant à protéger ceux qui le sont déjà ou à les protéger au mépris d'autrui.

220. La Cour EDH, dans l'arrêt *Monnat*, n'a pas totalement écarté la question du droit de ne pas recevoir en raison de la plainte des téléspectateurs. Le débat s'était placé sur la question de la lisibilité de l'information pour le récepteur. La question se posait de savoir si les conditions de la diffusion permettaient au récepteur de correctement appréhender le contenu et de le comprendre. Les auteurs de la plainte avaient argué de l'insuffisance « *de mention du caractère subjectif du contenu* »²¹⁰. La Cour, quant à elle, a estimé que l'émission dans laquelle avait été diffusé le

²⁰⁷ Seul l'arrêt *Alves da Silva* a mis en avant l'intérêt général que pouvait revêtir un message artistique (Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009). La Cour Suprême du Canada reste réfractaire à une telle qualification. Dans l'arrêt *Aubry contre éditions vice et versa « le juge LeBel a reconnu que la publication non autorisée d'une photographie pouvait être justifiée au nom de l'intérêt légitime du public à l'information. Selon lui, cependant, le droit québécois ne reconnaît pas pareille exception au profit de l'activité artistique. »* §45 p.27, 1998, RCS 1-591

²⁰⁸ Le film avait l'objet d'information préalable en vue d'éclairer le public sur le sujet. De plus, l'accès au film était interdit aux mineurs de moins de dix sept ans. Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994

²⁰⁹ *Ibid.*, §56

²¹⁰ Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, préc., §65

reportage était « *une émission d'information réputée sérieuse* »²¹¹. Elle en a conclu, par ce seul argument, que les spectateurs étaient assez informés pour avoir « *les moyens de comprendre l'enjeu d'une tel reportage* »²¹². Par ce raisonnement laconique, la Cour a préféré laisser prospérer le droit d'être mal informé à une sanction née de l'insuffisance d'informations. Du moins, on y voit la porte ouverte à l'existence du droit individuel de ne pas recevoir un message non désiré. En effet, on peut estimer *a contrario*, que l'absence d'information ne permettrait pas au spectateur de faire un choix libre et éclairé ou d'exercer correctement son droit de recevoir. La sanction du droit de ne pas recevoir peut donc apparaître.

221. L'arrêt *Stoll* a mis à mal cette idée. Il rejette l'effectivité d'un recours en raison d'une atteinte au droit individuel de ne pas recevoir²¹³. En effectuant une interprétation dévoyée de l'arrêt *Monnat*²¹⁴ les juges rappellent que « *la Cour a jugé contraire à l'article 10 de la Convention l'admission des plaintes des spectateurs par le Tribunal fédéral* »²¹⁵. L'affirmation sans nuance contenue dans l'arrêt *Stoll* laisse penser que toute plainte est constitutive d'une violation de l'article 10. Or, dans l'arrêt *Monnat*, ce n'était pas l'admission de la plainte qui était contraire à l'article 10, mais ces conséquences. L'admission de la plainte aurait pu conduire l'autorité compétente, voire le juge, à prendre des mesures moins radicales que l'interdiction de diffusion. L'équilibre entre les intérêts en jeu aurait pu être trouvé²¹⁶.

222. La Cour a vu dans l'admission de la plainte une restriction à la liberté d'expression qui a conduit à la violation de l'article 10 de la CEDH. Toutefois, cette violation se justifie par la nature informative du reportage contre lequel le droit individuel de ne pas recevoir doit s'effacer. En l'espèce, l'étendue de la liberté de réception ne dépendait donc pas des conditions de diffusion mais de son seul contenu qui, soit constituait l'infraction, soit s'imposait à tous. Cette conception, si elle devait être étendue à tous les domaines d'expressions, serait critiquable car elle délaisse la question des conditions de diffusions. Le récepteur du message artistique mérite d'être protégé contre la réception de contenus non désirés. Le droit individuel de recevoir un message artistique nécessite que la réception se « *déroule dans des conditions qui garantissent*

²¹¹ *Ibid.*, §68

²¹² Cette phrase se retrouve au paragraphe 68 de l'arrêt. Cependant, elle a été retirée le 11 janvier 2007. Doit on comprendre que les moyens offerts au public de faire un choix de comprendre le message n'étaient pas si évident ? *Ibid.* §68

²¹³ Cour EDH, Grande Chambre, *Stoll c. Suisse*, 10 déc. 2007,

²¹⁴ Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, préc.

²¹⁵ Cour EDH, Grande Chambre, *Stoll c. Suisse*, préc., §119

²¹⁶ On penserait ici à un avertissement préalable mettant en lumière la nature de l'expression et son caractère potentiellement subjectif.

[...] le respect de la volonté »²¹⁷. Ce respect se traduit notamment par l'éviction du « *danger réel que quiconque se (trouve) confronté sans l'avoir voulu* »²¹⁸. La garantie du droit de ne pas recevoir un message artistique agit comme une protection de la volonté individuelle. Elle place l'individu à protéger comme un récepteur potentiel du message.

II. Une délimitation stricte de récepteur potentiel

223. La réception non sollicitée d'un message apparaît en raison d'un lien interindividuel créé entre le diffuseur et le récepteur. Ce lien est créé dans deux cas : soit le diffuseur a entrepris de communiquer le message à la personne de manière individuelle, soit le récepteur recherche la réception du message. Il réside donc dans une offre ou une demande individuelle de réception du message artistique²¹⁹. Ces deux hypothèses sont des manifestations d'une volonté d'échange. Inscrite dans ce processus d'échange, l'existence d'un choix réel du récepteur est la condition essentielle du droit de ne pas recevoir un message artistique. En effet, la mise en place d'un système protecteur, qu'il soit de filtrage sur Internet²²⁰ ou d'information préalable à l'œuvre, tend à formaliser la volonté de l'individu en un consentement. C'est donc dans l'efficacité du système de protection que se déplace la question du respect du consentement de l'individu. Étant en présence d'une volonté qui se manifeste, le droit au libre choix du récepteur s'intègre dans le processus qui la détermine. L'analyse du droit de ne pas recevoir un message non sollicité s'inscrit alors dans l'exercice du droit au libre au choix. Bien évidemment, il n'est pas question ici de trouver une atteinte au droit de ne pas recevoir lorsque la personne a pris le parti de ne

²¹⁷Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., §85

²¹⁸ Cour. EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §53,

²¹⁹ Par exemple, la diffusion d'un message audiovisuel reçu par la personne peut être qualifiable individuellement. La diffusion d'un film reçu par un poste de télévision à usage privé créé une offre dont une personne peut profiter individuellement. Par conséquent, le fait d'allumer un poste est un acte individuel de demande de réception. On peut alors individualiser le téléspectateur au sein du public audiovisuel et lui accorder des droits individuels. De même, l'envoi de mails, ou de liens hypertextes, de newsletters par Internet proposant à un individu la réception d'un message artistique (Ces pratiques de promotion sont de plus en plus utilisées en vue de communiquer sur les nouveautés musicales ou cinématographiques) peut se qualifier d'acte individuel d'offre. La réception, par le biais d'un ordinateur sera alors tout aussi individuelle.

On peut encore prendre pour exemple, l'offre d'achat d'un livre : Même si cette offre est destinée le plus largement au public, elle permet par l'achat de ce dernier de constituer un lien spécifique entre l'auteur et le récepteur. Ce dernier qui choisit de se procurer l'œuvre pour la lire fait une démarche personnelle en vue d'une réception individuelle.

²²⁰ Cependant, l'absence de filtrage peut avoir une double qualification. Si cette absence est due à une carence du fournisseur Internet, l'impossibilité de consentir par le filtrage est à qualifier d'absence de protection. Cependant, si l'absence de filtrage ne relève que de l'internaute, cette absence peut valoir consentement.

courir aucun risque et de ne pas se soumettre à l'œuvre²²¹. La personne n'a pas usé de son droit à la réception voit sa volonté respectée. La question se concentre donc sur la remise en cause de la validité du consentement individuel à la réception.

224. Bien avant la découverte du principe d'autonomie personnelle, la Commission et certains juges dissidents, ont étudié la question du consentement éclairé du récepteur dans l'affaire *Otto-Preminger Institut*²²². Ils ont fait valoir la nécessité de sa recherche pour donner toute sa pertinence à l'analyse du droit de ne pas recevoir un message artistique. En l'espèce le public avait, à l'égard du film, « *une connaissance suffisante de son thème et de ses grandes lignes pour avoir une idée claire de sa nature* »²²³. La Commission en avait conclu à une violation de l'article 10. Elle estimait que le spectateur potentiel était suffisamment informé pour choisir de ne pas s'engager dans la réception du film en raison de son contenu. Les juges dissidents ont adhéré à la même philosophie en affirmant que « *ces spectateurs eurent en outre suffisamment l'occasion d'être avertis à l'avance de la nature du film* » et qu'en « *réalité, elle était suffisamment claire pour permettre aux personnes religieusement sensibles de prendre en connaissance de cause la décision de ne pas aller voir le film* »²²⁴. Selon ce raisonnement, une condamnation de *l'Otto-Preminger Institut* ne se justifiaient pas car l'organisme avait agi de manière responsable, propre à éviter les effets préjudiciable de la diffusion du film²²⁵. Les juges ont ainsi estimé que les informations fournies sur le contenu de l'œuvre permettait aux récepteurs potentiels d'exercer leur choix en connaissance de cause ; le consentement du récepteur qui use de son droit de recevoir était donc intègre et ne pouvait être remis en cause. La Cour a pourtant évacué, en l'absence de reconnaissance du principe d'autonomie personnelle, toute incidence du consentement dans son raisonnement.

225. En vertu du principe d'autonomie personnelle, la formalisation de la volonté et l'exigence de son intégrité se veut désormais protectrice de l'individu. Elle prévient des dangers que l'individu soit confronté à une œuvre sans vraiment l'avoir désiré. Ainsi, la révélation du

²²¹ Pourtant, un manque d'éléments permettant de fournir un consentement éclairé pourrait être vu comme, au sens de la Cour EDH, un effet inhibiteur potentiel pour le récepteur à participer à la liberté artistique. Cependant, la liberté artistique doit permettre à l'artiste de présenter l'œuvre comme il le souhaite en respectant le cadre légal, la présentation d'une œuvre pouvant être considérée comme constitutive de l'œuvre (On peut voir une telle analyse dans l'œuvre de *Duchamp, L'urinoir*). De plus, si le manque d'information pousse une partie du public à s'abstenir de recevoir l'œuvre, le réel préjudice sera pour l'artiste qui n'aura pas recevoir l'attention et le succès souhaité.

²²² Com. EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 14 janv. 1993 et Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994

²²³ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc. §54

²²⁴ *Ibid.*, opinion dissidente commune des Juges PALM PEKKANEN et MAKARCZYCK, §9

²²⁵ *Ibid.*

principe de l'autonomie personnelle distingue deux cas de sanction : la remise en cause du consentement du récepteur potentiel et la condamnation d'une diffusion qui protège autrui non récepteur. La particulière attention accordée à la réalité du consentement du récepteur potentiel devient une garantie du respect du droit au libre choix.

§2. L'atteinte à la liberté de choix

226. La caractérisation de l'atteinte à ce droit découle de l'appréciation des causes objectives qui ont déterminé le consentement à la réception²²⁶. Le respect du droit en cause réside principalement dans un contrôle de la volonté qui constitue la base nécessaire de l'engagement à la réception. Ce contrôle doit s'opérer en fonction de la position du récepteur à l'égard des messages artistiques qui lui sont proposés. Le risque pour l'individu de recevoir un message non désiré peut revêtir plusieurs formes. Le récepteur potentiel, par l'utilisation d'un moyen de communication, peut se voir proposer la réception d'un ensemble d'œuvres. Il est ainsi confronté à des messages qu'il n'a pas réellement souhaité recevoir. Le récepteur potentiel peut aussi rechercher directement la confrontation avec un message déterminé. Ainsi, la distinction est à faire entre la protection du libre choix accordée à l'utilisateur d'un moyen de communication (I) et au récepteur face au contenu du message (II).

I. La liberté de choix d'un moyen de communication

227. L'utilisation de l'ensemble des moyens de communication²²⁷ permet la diffusion, au plus grand nombre, de messages artistiques. Cette hypothèse regroupe l'Internet, à savoir la

²²⁶ Pour reprendre la dichotomie utilisée par Jean-Luc Aubert on pourrait distinguer la volonté de la même manière qu'en matière contractuelle. En effet, même en présence d'une « *volonté juridique* » formalisée par l'acceptation de l'offre par le récepteur, l'analyse doit aussi porter sur la « *volonté véritable* », à savoir, si l'individu a réellement consenti de manière libre et éclairée à la réception de l'œuvre. Au regard de la volonté juridique il se peut « *que l'accord de volontés se trouve réalisé [...] en dépit d'une volonté – psychologique – contraire.* ». L'efficacité de la volonté juridique « *suppose l'appui d'une autre volonté* ». C'est le défaut de cette volonté véritable que l'individu qui a reçu un message dont il souhaite se plaindre va mettre en avant. **J.-L. AUBERT**, *Le contrat*, op.cit., p.52

²²⁷ La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 a consacré un principe de neutralité technologique afin de soumettre la communication audiovisuelle en ligne aux règles de la loi du 30 septembre 1986. La nouvelle rédaction de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 se réfère ainsi à une notion de « communication au public » indifférente aux modalités de mise à disposition et ne s'effectuant pas nécessairement par le biais d'émissions de radio ou de télévision.

communication en ligne, et les équipements télévisuels et la radiophoniques, donc la communication audiovisuelle. Lorsque l'individu devient un utilisateur, il s'expose naturellement à une pluralité de contenus. La diffusion publique des messages se succède sans pour autant rechercher son assentiment. Or, le simple fait de se servir d'un moyen de communication ne conduit pas à accepter l'ensemble des messages proposés. En effet, ils ne sont pas toujours déterminables à l'avance. Le respect du droit de ne pas recevoir suppose donc la garantie d'une utilisation paisible des moyens de communications (A). Néanmoins, cette garantie émergente est critiquable (B).

A/ Le droit à l'utilisation paisible des moyens de communication

228. Lorsque le récepteur use d'un moyen de communication, la proposition de la réception de l'œuvre est formulée par la seule diffusion du message. L'exercice du droit de recevoir s'effectue par une réception effective du message proposé. Il existe inévitablement une part d'incertitude sur la réalité du consentement. La remise en cause l'existence d'une volonté libre et éclairée²²⁸ apparaît plus aisée. La validité du consentement commanderait que l'utilisateur ait la connaissance de « l'objet »²²⁹ de la relation, autrement perçu comme la nature de l'œuvre²³⁰, en vue de garantir le droit au libre choix. En pratique, il est difficile, en tout cas à l'heure actuelle, de mettre en place un système de diffusion permettant l'acceptation expresse de chaque récepteur à la diffusion publique d'un message artistique²³¹. Néanmoins, on ne peut pas affirmer la validité du consentement de l'utilisateur qui ne sait pas à quoi il consent. Il est alors apparu l'idée de limiter les hypothèses d'atteinte au droit de ne pas recevoir par l'appel direct à l'autonomie de la volonté de l'utilisateur.

229. L'utilisateur, « s'exposant à la réception de messages [...] souvent non sollicités »²³² est considéré, par principe, comme le plus à même de se protéger. Les « mesures raisonnables et adéquates »²³³ lui permettant de faire un choix libre et éclairé et, le cas échéant, de s'opposer à la

²²⁸ En d'autres termes, le récepteur ne peut se faire une idée du contenu du message, donc de l'offre de l'artiste, que par l'exécution de la réception.

²²⁹ On peut ici parler d'objet de la relation comme on parle d'objet du contrat, qui doit être selon les règles classiques déterminé ou déterminable.

²³⁰ Cf. *supra*, n°76 et s.

²³¹ Il apparaît difficile de concilier une telle mesure avec le principe de la libre circulation des idées.

²³² Cour EDH (déc.), *Muscio c. Italie*, 13 nov. 2007, §2

²³³ Voir notamment Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 09 déc. 1994

réception²³⁴ consistent en la mise à disposition de moyens techniques de protection. Le respect du droit de ne pas recevoir revient donc à la mise à disposition d'outils techniques à son profit. L'utilisateur détermine lui-même la protection qu'il recherche. L'obligation envers le récepteur se limite à lui offrir la faculté de décider et de s'opposer, en somme d'exercer son droit de ne pas recevoir. L'utilisateur, soumis à un message non sollicité, ne peut alors se prévaloir que d'une « *faute pour manque de surveillance et/ou de mise en place de systèmes efficaces de protection* »²³⁵ imputable à l'État ou à l'émetteur. Cette démarche, *a priori* favorable au pluralisme artistique, limite les cas d'atteintes au droit de ne pas recevoir lors de l'usage de moyens de communications. Cette conception du droit de ne pas recevoir se confirme selon les différents moyens de communication au public.

230. Concernant Internet, la communication publique²³⁶ en ligne se définit comme « *toute communication au public transmise sur demande individuelle formulée par un procédé de communication électronique* »²³⁷. Cette définition met la part active de l'internaute en avant. C'est avant tout lui qui demande, donc qui consent. L'équilibre trouvé entre le droit de ne pas recevoir et la liberté de choix inhérente à chaque individu se limite à la mise à disposition de moyens de filtrage. Ceux-ci permettent donc à l'individu, par avance, d'éviter de consentir à un type de contenu qu'il réprouve. La décision *Muscio* relative à la réception de messages à caractère pornographique en est la preuve. L'individu, ayant effectivement reçu un message non sollicité, n'a pu faire reconnaître une atteinte au droit de ne pas recevoir. La Cour a relevé l'existence d'un système de protection, permettant au requérant de filtrer lui-même les messages et de s'y opposer²³⁸. Le droit de ne pas recevoir ayant été respecté, la réception non sollicitée ne résulte alors que de la passivité de l'individu à se protéger.

²³⁴ On peut noter qu'un tel système de protection est particulièrement développé en vue de la protection du mineur.

²³⁵ Cour EDH, (déc.), *Muscio c. Italie*, préc.

²³⁶ Pour une définition du « réseau de communication public » : « *un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau* ». Directive 2009/140/CE du 25 nov. 2009. P.10

²³⁷ Article 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, version en vigueur au 25 octobre 2010.

²³⁸ « *La Cour rappelle que les opérateurs du réseau informatique agissent dans le cadre d'accords avec les autorités étatiques et sous la surveillance de ces dernières* ». De plus, la Cour note que « *cet inconvénient* » subi par le requérant « *peut être réduit par l'installation de « filtres » informatiques* ». De là, « *la Cour ne saurait conclure que l'Etat aurait dû [...] déployer des efforts supplémentaires* ». Cour EDH, *Muscio c. Italie*, préc., §2

231. Le développement de la matière audiovisuelle a permis la diffusion du message directement auprès de l'individu sans intermédiaires²³⁹. Ce développement ne peut aller sans protection. L'obligation de protection se limite alors à un « *devoir d'information sur les qualités intrinsèques du message audiovisuel* »²⁴⁰. La tâche revient à « *l'émetteur d'informer le public adulte sur le contenu des programmes de divertissement* »²⁴¹. Les moyens de communication se sont dotés de systèmes de protection préventifs en vue de fournir les éléments nécessaires au respect de l'intégrité du consentement de l'individu²⁴². En effet, l'offre provoquée par ces technologies imposait la création d'un droit à la réflexion pour le récepteur. Karine Favro a affirmé que « *la structure des rapports existants entre le téléspectateur et l'entreprise de communication ne s'oppose pas à ce que le premier mette en jeu la responsabilité de son débiteur [...] afin d'obtenir réparation du préjudice subi* ». Néanmoins, la mise en œuvre d'une action du téléspectateur contre la réception non sollicitée d'un message reste « *largement marginalisée* »²⁴³. La faiblesse de ces actions tient au système de protection mis en œuvre. Celui-ci a dérivé d'une protection du libre choix à la censure.

232. Hormis la protection particulière du mineur²⁴⁴, la mise en œuvre de cette obligation « *ne se traduit pas par l'adoption au sein d'organismes ressortissants des États parties, de procédés techniques visibles par le téléspectateur* »²⁴⁵. Les autorités de manière générale et le CSA en particulier sont chargés de protéger le spectateur. Cette mission, en vue du respect de la loi du 30 septembre 1986²⁴⁶, s'effectue en deux temps. Elle est caractérisée par « *une phase d'observation* » des programmes et une « *phase coercitive* ». Le CSA a pour but d'éliminer tout contenu préjudiciable à l'individu. Il évite ainsi la création d'un préjudice pour le téléspectateur et, partant, la caractérisation d'une atteinte. Ainsi, l'objectif du travail de surveillance préalable qui est organisé est sans appel : laisser le spectateur user d'un moyen de communication audiovisuel sans courir de risque ; le moyen utilisé est la suppression des programmes litigieux.

²³⁹ « *La consommation de programmes (audiovisuelles en l'espèce), ne requiert la présence d'aucun intermédiaire pour parvenir jusqu'au téléspectateur* ». *Ibid.*, p137

²⁴⁰ **K.FAVRO**, Thèse, op.cit., p.159

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Ce principe d'information, en matière audiovisuelle, en vue d'informer le téléspectateur se retrouve au sein de l'article 7 de la Convention TSF. Il trouve son fondement dans le respect de la dignité humaine et les des droits fondamentaux d'autrui.

²⁴³ **K.FAVRO**, Thèse, op.cit., p.146

²⁴⁴ La protection du mineur est principalement assurée par la classification des programmes.

²⁴⁵ **K.FAVRO**, Thèse, op.cit., p.139

²⁴⁶ Loi n°86-1067 relative à la liberté de communication du 30 septembre 1986, Notamment, l'article 15 alinéa 5 (modifié par la Loi n°2007-309 du 5 mars 2007) dispose que le Conseil supérieur de l'audiovisuel « *veille enfin à ce que les programmes des services de radiodiffusion sonore et de télévision ne contiennent aucune incitation à la haine ou à la violence pour des raisons de race, de sexe, de mœurs, de religion ou de nationalité* ».

La Cour EDH s'ancre dans cette logique. La jurisprudence française et la Cour EDH, à travers l'arrêt *Monnat*, ont forgé cette idée que « *le mécontentement ou l'irritation provoqué par une émission de qualité contestable ne saurait suffire à justifier une instance en justice* »²⁴⁷. En matière audiovisuelle, les contenus ne sont donc que question de goûts car ils sont censés ne préjudicier à personne. Le spectateur, invoquant un préjudice du fait de la réception d'un contenu particulier, n'est pas sans recours. Cependant, cette invocation dépasse le domaine de la volonté de l'individu. La protection préventive instaurée dans le cadre de la communication audiovisuelle laisse supposer que le message proposé est par essence adapté au grand public. L'individu doit alors remettre en cause la diffusion même du message au profit du public. En matière audiovisuelle, la censure a pris facilement le pas sur la protection de la liberté de choix.

233. Il est considéré, de manière générale, que « *le message n'est pas mis directement à la disposition du public* » mais ce sont plutôt « *les usagers qui doivent venir le chercher* »²⁴⁸. On estime alors plus largement que l'acte positif résulte davantage de la réception que de l'émission. L'individu ne peut prétendre qu'à une aide technique permettant de filtrer les informations lors de ces recherches. L'atteinte à un choix libre et éclairé ne résulte donc que d'un manque manifeste de surveillance et de précaution dans la diffusion du message. Ce manquement suppose une impossibilité pour l'individu de déduire de lui-même, la nature du message. En matière audiovisuelle l'apparente passivité de l'individu ne remettrait pas en cause son consentement. Or, le contenu du message audiovisuel proposé conduit plutôt à ce que l'autonomie du téléspectateur soit indifférente, car mise en œuvre dans un espace d'échange préventivement sécurisé. Ce qui importe, c'est de mettre l'œuvre à la disposition du public, de « *procurer un avantage maximal à l'utilisateur* »²⁴⁹. Cette protection trouve rapidement ses limites.

B/ Les critiques de la protection de l'utilisateur

234. L'autonomisation de l'utilisateur pousse à la minimisation des atteintes au droit de ne pas recevoir. Elle est donc plus largement protectrice de la liberté d'expression de l'artiste.

²⁴⁷ TGI Toulouse, 21 déc. 1964, D. 1965, jurisprudence p. 401, note **C. DEBBASCH**

²⁴⁸ Cabinet Bigle, *La lettre juridique du multimédia*, vol. 1, n°3, févr. 1996. – également, **A. BERTRAND**, « *Les autoroutes de l'information, Internet et le droit d'auteur* » : RDPI sept. 1996, n° 67, p. 15, in

²⁴⁹ Directive, 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, 29 nov. 2009, préc., (modification de l'article 2 de la directive 2002/19/CE)

Néanmoins, on peut se réjouir que la Cour EDH assure une légitimité aux régimes de protection mesurés fondés sur la liberté de choix. Elle essaie enfin d'établir, en la matière, un équilibre entre le droit de recevoir et son pendant négatif. Pourtant, la protection actuelle n'est pas sans effets pervers. La Cour a utilisé deux démarches inverses en vue d'associer protection du récepteur et autonomie personnelle selon le support de communication. En matière d'Internet, elle a opté pour un dessaisissement partiel de la protection assurée par les autorités au profit d'une protection directe effectuée par l'utilisateur. L'individu devient son propre censeur. En matière audiovisuelle, au contraire, elle accorde un large crédit au contrôle effectué par l'État. La politique du CSA « *ne manque pas de traduire les préoccupations européennes relatives au devoir d'information du téléspectateur* »²⁵⁰ par la responsabilisation des diffuseurs. Deux conséquences apparaissent en fonction du support. Le spectateur audiovisuel, protégé en amont contre la réception non sollicitée, use d'une autonomie pré-contrôlée et réduite des à messages pré-choisis (1). Quant à l'internaute, la large autonomie qui lui est accordée souffre d'un manque de protection initiale d'Internet. Elle entraîne un effet inhibiteur sur la personne de l'internaute, qui aura tendance à ne pas s'engager sur la toile (2).

1/ La surprotection du spectateur

235. Le devoir d'information à la charge des diffuseurs s'est transformé en une mission de surveillance des contenus sous l'autorité du CSA. Il est donc demandé aux diffuseurs audiovisuels de fournir « *des services répondant aux attentes d'un large public* »²⁵¹. Les hypothèses d'atteinte au droit de ne pas recevoir se trouvent inévitablement restreintes. L'absence de consentement du spectateur est indifférente car la réception du message, sous couvert d'intérêt général de sa diffusion, ne lui crée aucun préjudice. En effet, qu'ils veuillent protéger le spectateur contre des contenus préjudiciables ou rechercher une audience, les diffuseurs ont engendré une « *régulation* » des contenus et « *des comportements des programmeurs* »²⁵². Les messages peuvent alors être diffusés librement sans autre information que celles résidant dans la protection du mineur. L'individu peut allumer son poste de télévision, sa radio, sans risque de se confronter à un message suffisamment préjudiciable pour qu'il s'en plaigne.

²⁵⁰ K. FAVRO, Thèse, op.cit., p138

²⁵¹ Article 30-1 de la loi du 30 Septembre 1986, modifié par la loi du 15 Mars 2007.

²⁵² K. FAVRO, Thèse, op.cit., p.145

236. La difficulté de recueillir le consentement du spectateur a déplacé le devoir d'information des diffuseurs vers un contrôle *a priori* du message. La conséquence la plus regrettable est une paupérisation de la diversité artistique. Les moyens de communication de masse ont cloisonné les créateurs à la production de « *genre(s) codé(s)* »²⁵³. Le constat est assez simple : on assiste à « *une dépréciation manifeste (de la culture) au profit du divertissement* »²⁵⁴. Différents organismes soulignent le manque de diversité dont font preuve les moyens de communication de masse²⁵⁵. La recherche d'un compromis au profit de tous les spectateurs implique une maigre diversité dans la diffusion, notamment radiophonique²⁵⁶, et une hostilité à la nouveauté et à la découverte. Le destinataire du message devient donc totalement responsable de ses choix. Seulement, ces choix sont limités à une offre réduite et convenable à l'ensemble de la société.

237. La protection de certains s'effectue donc au détriment de tous. Les choix du récepteur ne s'exercent que sur des contenus prédéfinis. Peu informé, mais sécurisé, le spectateur ne possède qu'une autonomie personnelle limitée : limitée en raison des choix qu'il peut effectuer et limitée dans les éléments dont il dispose pour faire ce choix. Or, un devoir d'information en vue de prévenir les personnes hostiles à la réception du contenu du message suffit à les protéger. Ils peuvent apprécier, en connaissance de cause, l'opportunité de recevoir un message en fonction de sa nature. Le contrôle ne doit plus s'effectuer principalement sur le terrain du contenu, mais sur celui de la volonté. Cette conception deviendrait profitable à la diversité de l'offre artistique. L'apparition des systèmes de vidéos à la demande, supposant un consentement par le paiement de la réception, peuvent s'inscrire dans cette démarche. En attendant, il n'y a rien d'étonnant à ce que les expressions artistiques se retrouvent plus largement sur Internet, système plus ouvert et moins protecteur du récepteur.

²⁵³ « *La diversité culturelle vue par les artistes et les créateurs* », Table ronde, Journée mondiale de la diversité culturelle pour le dialogue et le développement, 21 mai 2008,

http://www.unesco.org/culture/culturaldiversity/21_mai_document_de_synthese_table_ronde.pdf

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ « *Le manque de diversité musicale à la radio* », dossier réalisé par Julien DEMETS, pour le Collectif Réagissons pour la liberté d'écouter (Ce dossier fait un constat chiffré de la pauvre diversité musicale à la radio.)

²⁵⁶ En 2004, « *la part du top 40 des titres les plus diffusés s'élève à 44,1% du volume total de diffusions* » des radios françaises. Autre exemple, la radio RTL2, n'a accordé qu'une part de diffusion de 10,9% aux nouveaux talents francophones. » (Chiffre relevé en octobre 2005. Rappelons que le CSA a défini un nouveau talent francophone comme « *tout artiste ou groupe d'artistes qui n'a pas obtenu, précédant son nouvel enregistrement, deux albums "disques d'or" et qui a publié son premier disque à partir de 1974.* » « *Le manque de diversité musicale à la radio* », dossier réalisé par Julien DEMETS, pour le Collectif Réagissons pour la liberté d'écouter

2/ L'autoprotection de l'internaute

238. Les artistes s'empresment désormais de créer leurs propres pages Internet. Les sites *Deezer, Jiwa, Youtube, Dailymotion* ou encore *Myspace* constituent un immense répertoire de messages artistiques. Les évolutions jurisprudentielles²⁵⁷ relatives à la régulation des contenus sur le net ont contribué à faire émerger l'idée que l'internaute était le plus apte à se protéger sur le web. L'hébergeur est tenu « à une obligation de vigilance et prudence quant au contenu des sites qu'(il) accueille ». Cette « obligation de moyen » mise à la charge du prestataire d'hébergement ne joue que pour les « contenus illicites »²⁵⁸ et ne procède pas d'un « examen général et systématique des contenus »²⁵⁹ hébergés. En ce sens, la Convention sur la cybercriminalité²⁶⁰ et l'arrêt *K.U.*²⁶¹ ont mis en avant que « l'État peut avoir l'obligation de pénaliser et de poursuivre de manière effective des atteintes à l'intégrité physique et morale de personnes »²⁶² provenant de personnes privées. Ainsi, les contenus relevant de la pornographie infantine et de la propagande raciste et xénophobe donnent lieu à une obligation d'interdiction de diffusion. L'hébergeur ne doit pas censurer les contenus que l'individu a le droit de ne pas recevoir, mais ceux qu'il n'a pas le droit de recevoir. Une certaine latitude lui est accordée en vue de ne pas transformer ce devoir de vigilance en une censure privée. En effet, la liberté de recevoir des informations « interdit essentiellement à un gouvernement » ou aux prestataires de services, en vertu de l'effet horizontal de la Convention, « d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir »²⁶³.

239. Ce système, qui se prémunit de toute censure privée, ne protège pas pour autant l'utilisateur contre les messages qu'il ne souhaite pas recevoir. La seule façon d'établir une protection sans tomber dans la censure oblige « à rendre les internautes responsables des contenus auxquels ils accèdent »²⁶⁴. Cette protection ne peut résulter que du seul internaute, auquel cas cette hypothèse revient à ne pas le protéger. Ainsi, les fournisseurs d'accès doivent

²⁵⁷ Voir en ce sens, notamment : **A. LEPAGE**, « La responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès à internet : un défi nouveau pour la justice du XXI^e siècle ? », CCE, fév. 2002, p.12

²⁵⁸ Voir notamment, TGI Paris, 3^{ème} ch. sect. 2, 13 juil. 2007, « Contrefaçon de film sur un site de partage vidéo : quelle responsabilité ? », LP, n°244, sept. 2007, III, p.16.

²⁵⁹ CA Versailles, Ch. 12, section 1, 8 Juin 2000, *S.A. Multimania Production c. Heineman Lacoste*

²⁶⁰ Convention sur la cybercriminalité, Conseil de l'Europe, Budapest, 23 nov. 2001,

²⁶¹ Cour EDH, *K.U. c. Finlande*, préc.

²⁶² **F. SUDRE**, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, note sous l'arrêt Cour EDH, *K.U. c. Finlande*, JCP G., pp.27 et s., p.28

²⁶³ Cour EDH, *Guerra c. Italie*, préc., §53

²⁶⁴ **E. DREYER**, « La responsabilité des internautes et éditeurs de sites à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique », LP n°214, sept. 2004, II, p.91

informer « leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et [de] leur propose[r] au moins un de ces moyens »²⁶⁵. L'accomplissement de cette obligation et la possibilité pour l'internaute de mettre en place une protection conduit à ce que « la victime peut ne plus être celle qui subit le dommage mais celle qui le cherche »²⁶⁶. L'internaute se retrouve face à un dommage auquel il a consenti en raison de sa passivité à se protéger. Par conséquent, il ne peut se plaindre de la réception²⁶⁷.

240. L'idée de censure sur le net n'est pas totalement à évacuer car l'utilisation du filtrage sur internet montre des « résultats encore hasardeux »²⁶⁸ et insuffisants. L'impossibilité pour les hébergeurs de vérifier tous les messages a offert la faculté aux utilisateurs de dénoncer tout contenu jugé illicite. L'utilisateur n'est pas simplement son propre censeur ; il peut devenir celui d'autrui. La responsabilisation de l'individu sur la toile entraîne deux effets inhibiteurs distincts. Tout d'abord, il est un frein au droit de recevoir car nombreux internautes ne s'engagent pas dans la participation à l'échange culturel et artistique sur Internet de crainte de ne pas être suffisamment protégés. Ils préfèrent se surprotéger contre la réception de messages artistiques, même susceptibles de les intéresser. Ensuite, l'autre effet est de mettre à mal le devoir de tolérance des individus en raison d'une autonomie d'action à l'encontre des messages. « Les facultés de signalement »²⁶⁹ de contenu illicites augmentent sensiblement le nombre d'actions menées à l'encontre de contenus susceptibles d'intérêt²⁷⁰, situation pourtant critiquée en matière audiovisuelle.

241. L'impossibilité latente de gouverner le net a donné les pleins pouvoirs aux utilisateurs qui en deviennent les nouveaux censeurs. Cependant, ce respect du droit de ne pas recevoir par le pouvoir de dire non ou encore de remettre en cause la réception d'un message ne règle que partiellement la question du consentement du récepteur. L'utilisateur a bien la faculté de ne pas

²⁶⁵ Article 6-I, 1° de la loi n°2004-575 du 21 Juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique reprenant la disposition qui figurait dans l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986

²⁶⁶ **V.G. VERMELLE**, *L'immatériel et la répression*, APD, T.43 (1999), p.217 dans **E. DREYER**, « La responsabilité des internautes et éditeurs de sites à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique », préc.

²⁶⁷ « Le seul argument du libre accès à ces messages sur le web ne saurait justifier qu'un juge des référés en ordonne le retrait pour ne pas choquer l'internaute insouciant butinant de pages en pages : il n'avait qu'à utiliser un filtre pour ne pas être confronté à un spectacle indigne ». **E. DREYER**, « La responsabilité des internautes et éditeurs de sites à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique », préc.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Rappelons que la Cour, au sein de l'arrêt *Monnat*, a critiqué l'acceptation des plaintes émanant d'utilisateurs de moyens de communication audiovisuelle. Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, préc.

consentir, ou encore de revenir sur son consentement par le signalement du message litigieux²⁷¹. Néanmoins, il ne peut prétendre à aucune information sur le contenu pour établir son choix, sauf lorsqu'elle émane de la volonté de l'artiste ou du diffuseur. Ce système ne fait donc qu'augmenter le panel des censeurs ; il n'assure aucunement un consentement libre et éclairé de l'utilisateur. Assurément, ce cadre de protection est un premier pas dans la protection de l'utilisateur-récepteur pour que l'Internet ne soit plus une zone de non droit. Il faut tout de même en prévenir de futures dérives. Concernant la question du filtrage personnel, l'exemple du *Family Movie Act of 2005* aux États-Unis est marquant. Les États-Unis viennent de légaliser les logiciels de filtrage qui permettent la suppression des passages non désirés par le spectateur au sein des copies d'œuvres cinématographiques²⁷². Cette technique permet le filtrage, au sein même du message, au mépris de l'intégrité de l'œuvre. Une information claire et lisible sur la nature de l'œuvre aurait protégé l'individu d'une réception non voulue sans en arriver à la dénaturation de l'œuvre. En effet, le droit de ne pas recevoir un message doit permettre à l'individu de se donner les moyens de choisir s'il souhaite se confronter à une œuvre. Il est plus critiquable que les autorités permettent au récepteur de choisir les passages qu'il ne souhaite pas recevoir dans le message même. Un individu est totalement libre de recevoir partiellement une œuvre de son propre chef. Or, lorsque c'est l'État qui permet à l'individu d'aboutir à ce résultat, cette ingérence dans la liberté artistique constitue une atteinte à l'intégrité de l'œuvre²⁷³.

242. La protection du droit de l'utilisateur de ne pas recevoir comporte encore de nombreux défauts. La communication audiovisuelle, de part son fonctionnement, se destine à un large public. Les messages proposés sont calibrés pour que l'individu puisse allumer son poste de télévision ou de radio sans être inquiété par la réception d'un contenu préjudiciable. Le fait qu'il n'ait pu réellement consentir à la réception ne revêt qu'une incidence mineure. Ce fonctionnement limite inévitablement la diversité des messages artistiques présents sur ce média. L'individu désireux de participer à l'échange artistique et culturel se tourne donc plus facilement vers l'Internet.

²⁷¹ Dès lors qu'un internaute aura signalé à un prestataire un tel contenu illicite, il appartiendra à ce dernier d'en informer les autorités publiques. En outre, l'obligation pèse sur les fournisseurs d'accès et les hébergeurs de rendre publics les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre les activités illicites. Le manquement à l'une de ces deux obligations est puni par un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

²⁷² Le logiciel permet entre autres de supprimer de l'œuvre les passages tels que la nudité, les passages en langage familier, les passages violents. D'autres catégories sont prévues. Voir, **A. DELVOIE**, « *Le projet de loi Family Movie Act et les logiciels de filtrage : la modification « à la carte » d'une œuvre cinématographique* », *Gaz. Pal.*, 2005, Doctrine, p.100

²⁷³ Cf. *infra*, n°79 et s.

243. L'utilisation d'Internet laisse place à deux attitudes de l'utilisateur. Soit, il s'engouffre insouciamment dans la recherche de messages artistiques désirés au prix de nombreuses réceptions non souhaitées ; soit il use de son pouvoir d'autocensure pour se protéger et risque écarter de lui-même des messages artistiques susceptibles de l'intéresser. Le manque d'information au profit de l'utilisateur, poussant les individus à se cuirasser sur le net, risque de créer, par l'assemblage de tous les individus, une censure bien plus forte que celle que l'on associe aux pouvoirs publics. La protection de l'utilisateur d'un moyen de communication offre à l'individu un droit au choix sans pour autant y associer un droit de réfléchir. L'utilisateur se retrouve, le plus souvent, face à l'inconnu. Cela lui impose le choix de la peur ou du courage de la réception. Le seul aménagement est le signalement du message, faculté plus ou moins acceptée en fonction du moyen de communication en cause. Or, l'information préalable à la réception est la clé du respect du droit de ne pas recevoir. Cette assertion se vérifie lorsque l'individu recherche la réception d'une œuvre déterminée.

II. La liberté de choix du contenu d'un message

244. Lorsque l'individu recherche un contenu particulier, il va s'orienter vers des œuvres déterminées. Généralement il devient un récepteur en achetant une œuvre fixée sur un support matériel ou numérique, ou encore en se rendant dans une salle de cinéma ou un théâtre. Pour accéder au message, il doit alors contracter directement avec l'artiste ou l'intermédiaire de diffusion. La remise en cause du consentement ne provient pas ici d'une contrainte de fait, elle s'inscrit dans un rapport contractuel. Si l'on peut estimer que le récepteur va, de lui-même, vers un message artistique, c'est le plus souvent les diffuseurs qui cherchent à l'attirer. L'abondance des médias et des moyens de communication n'ont pas épargné le domaine artistique de son lot de publicités plus ou moins informatives. L'accessibilité pour tous à un grand nombre d'œuvres se concilie alors difficilement avec la vocation de certaines œuvres à s'adresser à un public restreint. Celles-ci, destinées à vivre cachées pour vivre heureuses, n'échappent plus à leur mise à disposition du grand public.

245. Le destinataire du message peut alors recevoir un message non conforme à celui auquel il prétend. Une atteinte au droit de ne pas recevoir peut y être perçue. Elle revient à l'analyse de la validité de son consentement. Diverses causes pourraient expliquer la méprise du récepteur.

Seraient-elles pour autant toutes condamnables ? Les artistes et ceux qui promeuvent leurs œuvres peuvent user de techniques de communications différentes, voire opposées. La mise à disposition de l'œuvre peut être exempte de toute information sur sa nature et son contenu. Volonté de conserver le mystère autour de la création, de la réserver à un cénacle d'initiés ou de ne pas décourager le récepteur potentiel de s'y intéresser, l'absence d'information émet le doute sur la réelle volonté du récepteur. Au contraire, l'empire de la communication peut délivrer une abondance d'informations sur l'œuvre. Plus ou moins cohérentes et objectives, ces informations peuvent, soit renseigner le récepteur, soit n'être qu'un miroir aux alouettes destiné à l'attirer. Chaque technique de communication reste alors ambiguë sur ses intentions et sur ses effets. Le récepteur, contestant son consentement, peut remettre en cause les informations délivrées qui l'ont poussé à consentir, leur importance et leur qualité. Cela laisse apparaître deux cas de figure : la contestation d'informations publicitaires destinées à attirer le récepteur (A), et l'absence d'information laissant le récepteur face à l'inconnu du message (B).

A/ Validité du consentement et informations publicitaires

246. Les informations publicitaires n'ont pas toujours pour but de renseigner le récepteur potentiel. Elles sont destinées à pousser le récepteur à conclure un contrat dont l'objet est, notamment, la réception du message artistique : acquérir ou louer une œuvre pour la recevoir, payer un droit d'entrée pour visionner un film, assister à un spectacle ou une exposition. La contractualisation de l'échange suppose le consentement du récepteur. Elle lui permettrait toutefois de se prévaloir d'informations qui ont conduit à une « *altération de [sa] volonté* »²⁷⁴. Il chercherait à prouver que ces informations n'ont pas permis de consentir en pleine connaissance de cause, car « *en leur absence [il] n'aurait pas consenti* »²⁷⁵ à la réception. Toutefois, l'aléa relatif au contenu du message et son appréciation subjective par le récepteur laissent supposer qu'une « *volonté parfaitement consciente et parfaitement libre n'existe pas* »²⁷⁶. La question posée est de savoir si la contractualisation de la réception du message artistique peut remettre en cause la réception d'un contenu non souhaité par le biais de la théorie des vices du consentement. Le contrat portant sur un message déterminé se limite-t-il à la possibilité pour l'individu de le recevoir, ou fait-il entrer dans son objet son contenu ? Il est donc

²⁷⁴ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op.cit., p.250

²⁷⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.295, n°126

²⁷⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I.L'acte juridique*, op.cit., n°192, p.155

nécessaire de démontrer qu'une analyse du consentement du récepteur à la lumière de la théorie des vices du consentement trouve rapidement ses limites.

247. Dans un premier temps, le cas de la violence est à écarter. À la différence de l'erreur et du dol, qui atteignent le consentement « *dans son élément intellectuel* », la violence atteint son « *élément de liberté* »²⁷⁷. Le récepteur, malgré la conscience de ne pas souhaiter la réception, s'y résoudrait en raison des menaces attachées à son refus. Les conditions d'exercice de l'acte de réception ne laissent que peu de moyens pour l'artiste d'exercer une violence sur le récepteur. Le lien tissé entre l'artiste et le récepteur par le biais de l'œuvre, souvent marqué par son caractère impersonnel, ne permet pas à l'artiste d'exercer une violence physique ou morale. En outre, la violence atteint directement la liberté de consentir. Selon Mme le Professeur Fabre-Magnan, le consentement n'est pas « *trompé mais contraint* »²⁷⁸. La violence est donc marquée par l'absence de choix dans la conclusion du contrat. L'analyse ne s'attache pas à savoir si le récepteur voulait conclure le contrat, à savoir s'il a été contraint de le faire. La violence s'inscrit donc dans le cas, déjà évoqué, de la réception forcée²⁷⁹.

248. L'erreur « *est une fausse perception de la réalité* ». Il s'agit, dans ce cas, de « *comparer la réalité avec la représentation que s'en faisait* »²⁸⁰ le récepteur. L'erreur implique une prise en considération de la victime du vice du consentement. Comme l'affirme Mme le Professeur Fabre-Magnan, « *les deux seuls éléments à prendre en considération sont donc cette croyance du contractant d'une part, et la réalité des choses d'autres part* »²⁸¹. Le rôle de l'artiste est donc « *sans conséquence pour l'annulation du contrat* »²⁸². Les informations destinées à attirer le récepteur ne sont pas à examiner en vertu de l'erreur ; ce vice du consentement consiste à rechercher si le récepteur s'est trompé²⁸³, non à savoir s'il a été trompé par le cocontractant.

On pourrait alors supposer que le récepteur puisse invoquer une erreur sur « *toutes les qualités essentielles de la chose objet du contrat* »²⁸⁴. Cependant, l'objet du contrat, la réception du message artistique, est entaché d'un aléa. L'aléa ne porte pas sur l'acte de réception en lui-même, l'exécution du contrat, mais sur la satisfaction personnelle découlant de la réception. La

²⁷⁷ **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., n°216, p.184

²⁷⁸ *Ibid.*, p.328, n°138 ; dans un même sens, **P. MALINVAUD, D. FENOUILLET**, *Droit des obligations*, op.cit., p.156, n°200

²⁷⁹ *Cf. supra*, n°163 et s.

²⁸⁰ **M. FABRE-MAGNAN**, préc., p.298, n°128

²⁸¹ *Ibid.*, p.299

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ En ce sens, **P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK**, préc., p.251, n°497

²⁸⁴ **M FABRE-MAGNAN**, préc., p.304, n°130

spécificité de la matière artistique exclut notamment « *toute obligation de résultat* »²⁸⁵ de l'artiste. L'absence de satisfaction ne permet pas au récepteur déçu d'invoquer « *une erreur si la réalité (de la réception) se révèle contraire à ses espérances* »²⁸⁶. En effet, le droit de la propriété intellectuelle, posant comme principe l'indifférence du mérite²⁸⁷, se reporte sur le récepteur²⁸⁸. En outre, le but de la réception d'un message artistique varie inévitablement en fonction des individus, chacun d'entre eux pouvant se concentrer sur un aspect particulier de l'œuvre. La satisfaction est alors aléatoire et subjective. Le récepteur ne peut donc se prévaloir d'une défaillance de l'artiste à lui apporter une satisfaction personnelle, un message correspondant à ces attentes subjectives. Le récepteur a « *sciemment accepté un risque, et il ne peut être autorisé ensuite à se plaindre* »²⁸⁹. Cette prérogative tendrait, dans l'absolu, à conditionner la liberté de création de l'artiste au récepteur. Or, l'artiste n'a qu'une obligation de moyen. Il propose une œuvre, mais n'est pas juridiquement responsable des déceptions liées à la réception.

249. La qualification de dol conviendrait *a priori* à l'hypothèse de sanction des informations destinées à attirer le récepteur. Le dol intervient en raison de l'existence de « *manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* »²⁹⁰. L'analyse du dol « *consiste essentiellement à apprécier le comportement du cocontractant de la victime, pour apprécier s'il a ou non provoqué le vice du consentement de celle-ci* »²⁹¹. Elle cible donc principalement l'artiste et les diffuseurs parties au contrat; elle permet d'appréhender les informations destinées à attirer le récepteur en tant qu'« *éléments matériels objectifs* »²⁹². Les informations publicitaires pourraient alors revenir à « *l'emploi de certains artifices ou l'organisation d'une certaine mise en scène* »²⁹³ de nature à tromper le récepteur.

L'application du dol reste à fortement nuancer car elle heurterait de front la liberté de communiquer. En effet, le domaine artistique est désormais assujéti à l'empire de la

²⁸⁵ **P. LE TOURNEAU**, « *Acceptation contractuelle des risques* », *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, Dalloz, 2006/2007, p.1900, n°1895

²⁸⁶ **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations. I-Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.301, n°128

²⁸⁷ Article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle

²⁸⁸ Cf. *supra*, n°80-81

²⁸⁹ **M. FABRE-MAGNAN**, préc., p.301, n°128

²⁹⁰ Article 1116 du code civil

²⁹¹ **M. FABRE-MAGNAN**, préc., p.315, n°134

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Droit civil, Les obligations, I.L'acte juridique*, op.cit., n°212, p176 (13^{ème} ED) ; En termes similaires : **F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, les obligations*, op.cit., p.235, n°232 ; **M. FABRE-MAGNAN**, préc., p.316, n°135

communication et de la promotion des œuvres et des artistes. La promotion d'une œuvre, la surabondance de ses qualités prétendues, ont pour but de faire d'une œuvre un succès, voire une marchandise rentable. Elles sont à considérer comme des « *exagérations habituelles* »²⁹⁴ non dolosives. Les informations tendant à encenser, voire surestimer les qualités du message, ne sont pas condamnables. La sanction des informations trop favorables à une œuvre cadre mal avec la volonté de la Cour EDH de conserver comme principe la liberté d'expression de l'artiste. Toute tentative de communication d'informations qui louent les qualités de l'œuvre serait potentiellement dolosive. Les informations préalables deviendraient, à l'image de l'arrêt de la CEDH *Otto-Preminger Institut*²⁹⁵, un élément potentiel de restriction du droit à la réception.

250. La sanction du dol aurait pour effet d'inciter les diffuseurs à s'abstenir d'informer le récepteur qui resterait dans l'ignorance de ce qu'il reçoit. Par conséquent, l'acceptation du dol minore le jeu de l'autonomie de volonté du récepteur. En effet, soit le message est exempt d'information et le récepteur ne peut fournir un consentement éclairé, soit il possède des informations qui sont susceptibles d'être contestées par le récepteur. Néanmoins, ces informations, même à tort élogieuses, donnent au récepteur « *une connaissance suffisante de son thème et de ses grandes lignes pour avoir une idée claire sur sa nature* »²⁹⁶. Elles contribuent plus largement à l'existence du consentement qu'elles ne le trompe. La limite réside dans la caractérisation du mensonge. La publicité mensongère, longtemps considérée comme un *bonus dolus*²⁹⁷, est punie par la loi. Les articles L.121-1 à 121-3 du code de la consommation sanctionnent les pratiques commerciales trompeuses dans lesquelles s'inscrit la publicité inexacte. Le délit de pratique commerciale trompeuse, assortie de sanctions pénales²⁹⁸, peut conduire au dol au civil²⁹⁹. Les informations publicitaires ne doivent pas reposer « *sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* »³⁰⁰ celui qui les reçoit. Les mensonges incriminés portent alors sur la nature du bien ou du service, à savoir la chose promise, et sur « *les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage* »³⁰¹.

²⁹⁴ **P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK**, *Les obligations*, 4ème éd., p.258 n°509

²⁹⁵ En ce sens, la Cour a estimé que « *le film avait fait l'objet d'une large publicité. Le public avait une connaissance suffisante de son thème et de ses grandes lignes pour avoir une idée claire de sa nature; pour ces motifs, la projection envisagée doit passer pour avoir constitué une expression suffisamment "publique" pour être offensante* ». Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §54.

²⁹⁶ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §54

²⁹⁷ **P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK**, préc., p.259, n°509

²⁹⁸ Article L.213-1 du code de la consommation

²⁹⁹ En ce sens : **M. FABRE-MAGNAN**, préc., p.317, n°135

³⁰⁰ Article L.121-1 du code de la consommation

³⁰¹ *Ibid.*

251. Le consentement du récepteur ne peut pas « *trop facilement être remis en cause pour une raison subjective* »³⁰². La contractualisation de l'échange artistique n'enlève pas à la réception le caractère d'activité aléatoire. La difficile mise en œuvre des vices du consentement se comprend en raison de la teneur du contrat portant sur la réception du message artistique. L'objet du contrat se comprend comme l'engagement pris par le diffuseur de fournir une chose déterminée au récepteur. L'obligation assumée est limitée à permettre au récepteur de recevoir un message dont la nature et les conditions d'utilisations ont été définies. S'il devait exister une obligation d'information au profit du récepteur, seul ces deux éléments seraient à considérer comme déterminants. L'appréciation du contenu du message, quant à lui, n'entre pas dans le champ contractuel. Alors, les informations fournies sur l'œuvre et les tentatives de séduction du récepteur tendent difficilement à la caractérisation d'un vice du consentement. Leur prise en compte, en tant qu'élément de restriction de la liberté artistique auraient un effet néfaste pour l'autonomie personnelle du récepteur. Seule l'analyse des informations inexacts fournies par le diffuseur sont susceptibles d'être sanctionnés. Si l'abondance des informations n'est pas propice à la contestation du consentement, leur absence y serait plus favorable.

B/ Validité du consentement et absence d'information

252. L'artiste n'a, de prime abord, aucune obligation d'information sur son œuvre. Il est même contre nature, dans certains cas, d'informer le récepteur du contenu réel du message artistique. Il est difficile de demander à un humoriste de divulguer au préalable la chute de ses sketches pour se protéger contre l'invocation de l'absence de consentement du spectateur. Pourtant, en l'absence d'information préalable à la communication d'un message artistique, le récepteur n'a que peu d'indices sur le message qu'il consent à recevoir. Cette non connaissance de la nature de l'œuvre serait susceptible de remettre en cause son consentement et serait propice à la restriction. Cette hypothèse est à rapprocher de la réticence dolosive. Cette dernière consiste « *à taire un fait avéré que l'on sait pouvoir intéresser l'autre pour sa décision de contracter* »³⁰³. L'admission de la réticence dolosive aboutit à une obligation d'informer celui qui ne peut pas s'informer, ou qui ne peut que difficilement³⁰⁴. Son application à la réception du message artistique se comprend car le diffuseur est responsable du contenu qu'il entend délivrer

³⁰² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I-Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.295, n°126

³⁰³ M.FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I-Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.318, n°135

³⁰⁴ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, Tome 221, LGDJ, 1992, n°354 et s. pp.284 et s.

et qu'il est supposé connaître. L'activité de réception s'effectue sur un message en tout ou partie inconnu. Toutefois, le récepteur ne saurait consentir à la réception d'un message dont il ignore tout. C'est directement auprès du diffuseur que le récepteur entend recevoir des informations. Si la recherche positive d'information en vue de caractériser un consentement éclairé assure une protection de l'autonomie de la volonté, l'absence d'information joue donc en sa défaveur. La difficulté reste de savoir dans quelles circonstances l'absence d'information devient condamnable, « *c'est-à-dire que son ignorance ait déterminé le consentement du contractant* »³⁰⁵. Tout d'abord l'absence d'information à l'initiative des diffuseurs du message peut être constitutive d'une réticence dolosive (1). Toutefois, la question se pose de savoir si la critique, élément d'information extérieur, peut pallier cette absence (2).

1) La sanction de l'absence d'information

253. La question de l'absence de consentement du récepteur en raison d'un manque d'information peut se dégager de la jurisprudence de la Cour EDH. Dès l'arrêt *Müller*, la Cour a noté que « *les organisateurs (de l'exposition) n'avaient pas jugé utile d'avertir le public (...) de la nature le cas échéant provocante des œuvres exposées* »³⁰⁶. Ce manque d'information sur la nature du message supposait, selon les juges, que les spectateurs de l'exposition pouvaient être confrontés aux œuvres litigieuses sans l'avoir voulu. Bien que cet arrêt soit antérieur à la reconnaissance de l'autonomie personnelle, l'analyse des juges peut encore se justifier à la lumière de ce principe. La Cour aurait estimé que l'absence d'informations sur une œuvre pouvait conduire à l'absence de consentement à la réception en connaissance de cause. Bien que les récepteurs aient payé un droit d'entrée, le fait que les organisateurs aient « *gard(é) le silence sur une information* » qu'ils connaissaient et qu'ils pouvaient communiquer³⁰⁷ constitue une réticence dolosive sur le caractère sexuel, voire obscène, des toiles exposées. Les récepteurs ne pouvaient pas fournir un consentement valide en raison de l'absence d'information sur la nature particulière des messages que l'exposition contenait. Il devient logique que le juge analyse le message au regard d'un récepteur « *de sensibilité normale* », faute de pouvoir le déterminer par son consentement. L'individu, susceptible de se rendre à l'exposition litigieuse, conservait le

³⁰⁵ **M.FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations. I-Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.321, n°135

³⁰⁶ Commission EDH, *Müller c. Suisse*, préc

³⁰⁷ **P. MALAURIE, L. AYNES**, *Les obligations*, op.cit, p.263

droit de ne pas s'exposer à des toiles « *de nature à (le) blesser brutalement* »³⁰⁸, car non prévenu de ce risque.

254. La sanction de l'absence d'information ne peut être légitime qu'à la condition de considérer la mise en œuvre d'informations préalables comme tendant au respect du droit de ne pas recevoir. L'arrêt *Otto-Preminger Institut* a pourtant révélé le scepticisme de la Cour EDH envers ces informations préalables. En l'espèce, les juges n'ont pas considéré que les informations divulguées concernant la nature du film par les responsables de la salle de cinéma éclairaient le spectateur. Selon les juges, la communication de ces informations participait à la caractérisation de l'offense en révélant au public la simple existence de l'œuvre³⁰⁹. Or, ces informations n'avaient pas vocation à offenser les récepteurs potentiels, mais à les informer afin qu'ils puissent contracter avec le diffuseur en connaissance de cause.

255. Reprocher l'absence d'information dans certains cas tout en n'y accordant aucun crédit en leur présence laisse les artistes dans une impasse. Faute de se forger une position claire sur l'information du récepteur, la Cour s'était résolue à justifier les restrictions à la liberté d'expression artistique en raison de l'existence même de l'œuvre. Les critiques s'étaient pourtant rapidement élevées³¹⁰. En effet, dans l'affaire *Otto-Preminger Institut*, la remarquable opinion dissidente des juges *Palm, Pekkanen* et *Makarczyk* soutenait que le consentement des récepteurs pouvait être vérifié. Ils ont affirmé, qu'à la différence de l'affaire *Müller*³¹¹, les spectateurs avaient été « *avertis à l'avance de la nature du film* » de manière « *suffisamment claire* » pour « *prendre en connaissance de cause la décision de ne pas aller voir le film* »³¹². Selon les juges dissidents, le récepteur, qui entend contracter avec le cinéma pour assister à la projection du film, a droit à une information claire sur la nature du film. Les juges estiment ensuite que l'absence de cette information déterminante serait de nature à vicier le consentement du récepteur. En effet, ils soutiennent que « *ce n'est que si [la personne usant de sa liberté d'expression] omet de*

³⁰⁸ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc., §36

³⁰⁹ « *Le public avait une connaissance suffisante de son thème et de ses grandes lignes pour avoir une idée claire de sa nature; pour ces motifs, la projection envisagée doit passer pour avoir constitué une expression suffisamment "publique" pour être offensante.* » Cour EDH, *Otto Preminger Institut c. Autriche*, préc., §54

³¹⁰ Notamment, le Professeur Waschmann critique « *l'absence de prise en compte de la manière dont le public est mis en présence de l'œuvre litigieuse* », à savoir que « *la Cour ignore les précautions prises* » dans la diffusion. **P. WASCHMANN**, « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour Européenne des droits de l'homme* », note sous l'arrêt Cour EDH, *Otto Preminger Insitut c. Autriche*, 20 sept. 1994, RUDH 1994, p.441

³¹¹ Les juges énoncent que « *les peintures de M. Müller étaient accessibles sans restriction au grand public, de sorte qu'elles pouvaient être vues - et qu'en réalité elles le furent - par des personnes pour qui elles étaient incongrues* ». Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, opinion dissidente. §8

³¹² *Ibid.* §9

prendre les mesures nécessaires, ou si celles-ci s'avèrent insuffisantes, que l'État peut intervenir »³¹³. Les juges distinguent donc clairement entre les hypothèses où les informations sur la nature du message permettent à l'individu de consentir à la réception et les hypothèses où leur insuffisance laissent l'État intervenir afin de protéger les récepteurs, faute de consentement de leur part.

256. L'arrêt *Karatas* a offert une interprétation plus appropriée des éléments d'informations en vue d'assurer l'intégrité du consentement du récepteur. En l'espèce, la forme artistique poétique présupposait, selon les juges, un choix libre et éclairé des lecteurs. Ils ont estimé que ce genre s'adressait « *par définition à un public très restreint* » composé d'une « *minorité de lecteurs qui y sont sensibles* » à la différence des « *moyens de communication de masse* »³¹⁴. La nature connue par le public du message artistique devient ici un élément de détermination des récepteurs potentiels. En affirmant la nature spécifique du message aboutit à sa réception par des lecteurs qui y sont sensibles, la Cour présume l'existence d'un consentement du récepteur. Cette déduction de l'intégrité du consentement à travers la seule nature du message reste critiquable, mais se comprend. La Cour ne faisait face qu'à une tentative de restriction de la liberté d'expression artistique par les autorités nationales. Il n'était pas question d'une action menée en raison d'une réception fortuite ou incongrue, mais d'une tentative de restriction fondée sur le contenu même de l'œuvre. La remise en cause de l'intégrité du consentement n'était pas au cœur du débat. Du moins, la recherche d'éléments positifs de nature à démontrer le consentement du récepteur confirme que, *a contrario*, l'absence d'information peut le remettre en cause. Une analyse similaire se profile dans la jurisprudence française³¹⁵. Elle reconnaît l'influence des informations sur la nature du message artistique ; celles-ci garantissent l'intégrité du consentement du récepteur et, subséquemment, sa pleine autonomie.

³¹³ *Ibid.*, §7

³¹⁴ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999, §49 et 52

³¹⁵ Par exemple : Affaire *Je vous salue Marie*, TGI de PARIS, réf., 28 janv. 1985, D1985, p129, Note R. LINDON ; CA Paris, 27 sept. 1988, Gaz. Pal., 22 oct. 1988. La prise en considération des explications de l'auteur au sein d'un ouvrage de photographies, TGI de Paris, 17^{ème} chambre civile, 25 Juin 2007, *Association espace tutelles et M. Dolibois contre François-Maire Banier et Editions Gallimard* ; Une même vision extensive pour la préface d'un livre comme « *expression directe de la pensée de l'auteur en adresse aux lecteurs* », TGI de Paris, 17^{ème} chambre 16 novembre 2006, *Ministère Public contre Bénier-Bürckel et autres*, note **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », LP, n°240, III, Avril 2007, p.72. Les juges estiment que « *l'indication roman figurant en couverture ne peut, à elle seule suffire* » mais, reste prise en compte. En outre ils prennent en considération les « *critiques parues dans divers organe de presse* » jugeant l'œuvre littéraire en cause comme « *une œuvre littéraire définie par son contenu et son style* ». Cette vision française va en encore plus loin que la Cour européenne dans la prise en compte des éléments car elle associe au contenu la possibilité pour le lecteur d'être informé.

257. Le consentement ne peut exister lorsque le récepteur, « *parce que non prévenu du contenu* »³¹⁶ du message artistique, n'a pas eu « *les connaissances suffisantes* » pour se faire « *une idée claire de [sa] nature* »³¹⁷. La caractérisation du vice est donc gouvernée par les raisons objectives qui ont entraîné l'acceptation à la réception. La réticence dolosive peut être caractérisée quand le manque d'information ne permet pas un choix éclairé du récepteur. En outre, l'ensemble des technologies de l'information et de la communication laisse la possibilité aux tiers de prendre l'initiative d'informer les récepteurs potentiels. Ce rôle de critique, intimement lié à l'art, peut-il constituer un palliatif à l'absence d'informations directement rattachées à l'œuvre ?

2) Le rôle palliatif de la critique

258. La diffusion, à l'initiative des tiers, d'éléments d'informations sur des œuvres peut exister sur différents supports : les blogs et sites Internet, les émissions audiovisuelles ou encore la presse écrite. Elles prennent le plus souvent la forme d'articles et de critiques des œuvres récemment diffusées. La question se pose de savoir si ces éléments d'informations accessibles au public peuvent pallier l'absence d'information directement rattachée à un message artistique. L'affaire relative au livre *Pogrom* d'Éric Bénier-Bürckel³¹⁸ constitue un parfait exemple. En l'espèce, les juges devaient rechercher si l'ouvrage en cause était un roman de fiction, pour ensuite analyser la teneur des propos susceptibles de relever des qualifications de provocations et d'injures. Pour ce faire, les juges ont pris en compte l'existence d'une lettre de l'écrivain publiée dans le journal *Le Monde*. Cette lettre, qui constitue une réponse à un article publié par le journal, a permis à l'auteur de s'expliquer sur son œuvre et de donner sa conception du rôle de l'écrivain. Si les propos diffusés étaient directement ceux de l'auteur, l'initiative de la diffusion revenait au journal *Le Monde*. Quoi qu'il en soit, non directement rattachés à l'œuvre, ces propos ont été des éléments pris en considération pour qualifier l'œuvre de « *fiction littéraire* »³¹⁹. Plus encore, les juges se sont appuyés sur les « *critiques parues dans divers organes de presse, comme de l'attestation rédigée par Frédéric Beigbeder, que Pogrom est bien une œuvre littéraire – définie*

³¹⁶ CA Paris, 27 sept. 1988, Gaz. Pal., 22/10/1988

³¹⁷ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, §54

³¹⁸ TGI de Paris, 17^e ch., 16 nov. 2006, Ministère Public c. Bénier-Bürckel et a.; note A. TRICOIRE, « *Quand la fiction exclut le délit* », LP avr. 2007, III, pp.72 et s

³¹⁹ *Ibid.*, p.73

par son projet, son contenu et son style – qui entre dans la catégorie du roman »³²⁰. Ces éléments externes à l'œuvre ont alors conduit les juges à la qualifier de roman fictionnel. Cette qualification a permis d'exclure les délits de provocation et d'injure ainsi que de message pornographique et violent. Cette solution suppose que ces éléments permettaient aux récepteurs d'appréhender les propos du livre avec une certaine distanciation en raison de son aspect fictionnel. En ce sens, Agnès Tricoire affirme que « le rappel de ces éléments externes marque que la réception de l'œuvre est influençable par des éléments externes à celle-ci »³²¹. Ils participent ainsi à la formation d'un consentement éclairé de la part du récepteur. Ces éléments s'ajoutent aux informations préalables à la diffusion directement données par les diffuseurs, voire pallient leur absence. Cette solution offre donc une large place au droit individuel de recevoir par la valorisation des informations éclairant la volonté du récepteur. Si une telle intention est louable, la solution reste critiquable.

259. Les critiques pourraient porter sur l'interprétation subjective de ces éléments. Les juges semblent stigmatiser l'article de Bernard Comment et Olivier Rolin intitulé « *Un livre inqualifiable* »³²² publié dans le journal Le Monde. Si l'appréciation de l'œuvre par ces deux écrivains est rejetée, celle de Frédéric Beigbeder, fait autorité devant les juges. Or, ces interprétations, inévitablement subjectives, forment un ensemble d'éléments qui permettent au lecteur de se faire une idée sur la nature de l'œuvre. À l'instar des informations publicitaires, leur subjectivité ne remet pas en cause, par principe, leur caractère informatif. En outre, la critique a cet avantage qu'elle offre aux récepteurs des opinions positives et négatives d'un même message. Dans l'affaire *Pogrom*, le récepteur pouvait ainsi comprendre que l'œuvre était roman de fiction contenant des propos potentiellement choquants. L'ensemble des opinions émises dans les articles de presses constituait donc des sources d'informations plus denses qu'une simple publicité ou une information préalable divulguée par le diffuseur.

260. La principale critique touche à l'accessibilité de ces éléments d'information pour le récepteur. Les juges ont analysé ces informations pour déduire la qualification fictionnel du roman. Cependant, ils ne distinguent pas entre les informations préalables à la réception directement rattachées à l'œuvre et les éléments externes « *postérieurs à l'œuvre* »³²³ Ces

³²⁰ *Ibid.*, pp.73-74

³²¹ **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », LP avr. 2007, III, pp.72 et s, p.79

³²² TGI de Paris, 17^e ch., 16 nov. 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel et a.* ; note **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », préc., p.72

³²³ **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », préc., p.79

derniers prennent d'ailleurs une place plus importante que certains éléments internes au message dans le raisonnement des juges. En effet, la dédicace n'a pas fait l'objet d'une analyse par les juges. Cette dédicace était marquée par son ambiguïté et pouvait être analysée « *comme faisant un chemin à rebours du travail de distanciation* »³²⁴ existant dans l'œuvre. Or, cet élément, qui a pour principe de ne pas être dans la fiction, « *est l'expression directe de la pensée de l'auteur en adresse aux lecteurs sans la médiation de la forme romanesque* »³²⁵. La réception pouvait être plus largement influencée par cette dédicace, accessible à tous, que par les divers articles de presse. Le juge n'a donc pas différencié les informations directement accessibles pour le récepteur de celles qu'il doit rechercher pour être éclairé sur la nature de l'œuvre. Cette non distinction est condamnable car elle ne tient pas compte de l'accessibilité de l'information pour le récepteur. Elle oblige alors le récepteur à un devoir d'information préalable à l'exercice du droit de recevoir un message artistique. Si la prise en compte de ces éléments d'information est louable, en dégager une obligation d'information à la charge du récepteur reste difficile. L'accessibilité des critiques et articles de presses aurait dû être envisagés autrement.

261. Deux caractères sont à relever : le caractère externe à l'œuvre et le caractère temporel à l'égard de la diffusion. Dans un premier temps, le caractère externe à l'œuvre de l'information conduit à deux hypothèses : soit le récepteur doit rechercher l'information, soit il n'en a pas connaissance. La réception de l'information n'est que potentielle. Affirmer sans nuance l'influence de ces éléments externes sur la réception revient à reconnaître le devoir, pour le récepteur, de rechercher des informations sur le message artistique qui l'intéresse. Or, puisque « *la liberté de recevoir des informations ne comporte pas, pour autant, celle d'en rechercher* »³²⁶, elle ne saurait être érigée en contrainte pour le récepteur.

Dans un second temps, le caractère temporel de la publication de l'information face à la diffusion de l'œuvre est à analyser. Dans l'affaire *Pogrom*, les éléments externes relevés par les juges étaient « *tous postérieurs à l'œuvre* »³²⁷. Leur prise en compte confirme que leur existence n'influe pas sur le droit de s'exprimer, celui-ci ayant été exercé, mais sur le droit de recevoir. Toutefois, la postériorité de ces éléments suppose qu'une part des récepteurs potentiels n'avait pas accès à ces informations pour consentir à la réception car elles n'étaient pas encore publiées. La qualification de roman de fiction effectuée par le juge, en vertu de ces éléments, ne pouvait

³²⁴ *Ibid.*, p.78

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ **M. LEVINET**, « *La liberté d'expression* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l' Homme*, op.cit., p.608

³²⁷ **A.TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », préc., p.79

donc être acquise que postérieurement à sa diffusion. Or, les délits pénaux reprochés à l'auteur du livre sont constitués par la diffusion des propos. La justification de la qualification de l'œuvre par ces éléments postérieurs revient à affirmer implicitement que le délit a pu exister au moment de la publication. En outre, elle suppose que le délit puisse encore être constitué pour les récepteurs qui n'auraient pas reçu les informations qui fondent la qualification du roman.

262. Les caractères externe et postérieur des éléments fournis par les tiers, impliquent nécessairement qu'une part des récepteurs y échappe. La réception de ces informations reste de l'ordre de la potentialité. Si le récepteur peut les trouver, voire les rechercher, il ne doit pas y être obligé. L'absence d'information fournie par l'artiste ne saurait conduire à ce que le récepteur ait à sa charge une obligation de s'informer. Dès lors, l'impact de ces éléments externes doit être minoré car ils ne peuvent, à eux seuls, fournir un consentement éclairé aux récepteurs. Néanmoins, ils y participent. Ces éléments externes n'enlèvent donc pas toute hypothèse de réticence dolosive née du manque d'information.

263. L'application des vices du consentement à l'exercice du droit de recevoir un message artistique est à manier avec précaution. Tous ne sont pas applicables ; l'aspect marchand du message implique un risque inhérent au phénomène d'attraction du récepteur³²⁸. Le récepteur doit se prétendre victime « *d'une violation d'un droit garanti pour être habilité à exercer un recours individuel* »³²⁹. Ainsi, la gouvernance de la protection de la liberté artistique par l'article 10 de la CEDH et le caractère marchand de l'art éludent toute atteinte née de la déception du récepteur³³⁰. Elle ne s'analyse qu'en comparaison entre la part active du récepteur -temporelle ou financière- et sa satisfaction personnelle. Cette erreur subjective passe pour une « *erreur indifférente* »³³¹ à l'égard du droit à la réception. Il convient alors de laisser une large place à l'autonomie personnelle, donc à la possibilité de se tromper.

La limite réside dans l'acceptation d'un message née d'un manque d'information ou d'informations inexacts. Exigence évoquée par la jurisprudence française en matière de contrats

³²⁸ C. Delacampagne affirme à propos de l'art et des artistes que « *si vous ne savez pas communiquer vous êtes perdu* ». C.DELACAMPAGNE, Où est passé l'art ?, Panama, 2007, p.191, dans B.EDELMAN, « *La création dans l'art contemporain* », D.2009, n°1, p.38

³²⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.667

³³⁰ Rappelons que la liberté d'expression artistique protégée par l'article 10 ne commande pas « *un examen de la qualité* » des œuvres litigieuses et que l'analyse des juges s'effectue « *indépendamment de toute appréciation esthétique* ». Rapport de la Commission du 8 Octobre 1996, *Müller c. Suisse*, Série A. vol.133

³³¹ P. MALAURIE, L. AYNES, *Les obligations*, op.cit., p.255

désavantageux³³², la nécessité d'un préjudice devient nécessaire dans le cas de la réception d'un message artistique. Une interprétation objective amène à rechercher la détermination d'un préjudice pour « *l'opinion commune* » ou un « *individu standard* »³³³. Toutefois, lorsque le vice s'attache au contenu du message, la jurisprudence relative à la liberté artistique a déjà montré que les récepteurs ne sont pas des individus standards, que leur religion, leur opinion politique, leur orientation, leur identité les distingue des autres. Dès lors, la subjectivisation de l'interprétation, quand elle doit avoir lieu, s'en tient aux préjudices nés des caractéristiques individuelles objectives et reconnues. L'analyse du vice de consentement résulte donc de l'incidence, de l'importance et de la qualité des informations sur le choix du récepteur. Le vice de consentement ne remet pas en cause la licéité même du contenu, mais simplement les conditions de diffusions qui n'ont pas permis de clairement l'identifier. L'absence d'information crée un risque plus important pour le récepteur que la valorisation du potentiel attractif du message artistique.

³³² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I.L'acte juridique*, op.cit p.160

³³³ *Ibid.*, p.152

Conclusion du Chapitre 2

264. Le droit de ne pas recevoir un message artistique s'envisage, tout d'abord, comme une simple faculté pour l'individu. Elle recouvre la plupart des oppositions à la réception de la part des récepteurs potentiels. Néanmoins, une protection au profit de l'individu existe lorsque la simple faculté ne suffit plus. Elle constitue la garantie que l'art ne devienne pas une contrainte. Le droit de ne pas recevoir surgit donc dans deux cas : lorsque l'individu est dans l'impossibilité de s'opposer à la réception en raison de la contrainte qu'opère la diffusion du message et lorsque la diffusion du message ne lui permet pas d'user pleinement de sa liberté de choix. Cependant, la distinction des atteintes au droit de ne pas recevoir un message artistique conduit à affirmer que ce droit ne s'impose pas toujours avec la même force. Sa reconnaissance se veut prudente car elle ne peut nier une certaine responsabilisation du récepteur. Le droit de ne pas recevoir a principalement pour but d'autonomiser l'individu dans ses choix. Qu'il soit question de système de protection lors de l'utilisation de moyens de communication ou des informations préalables entourant une œuvre, ces éléments donnent les moyens à l'individu de se protéger.

265. Dans un souci de conserver la liberté d'expression artistique comme principe, il ne semble pas question de faire du droit de ne pas recevoir l'égal de son volet positif. À la différence du fonctionnement du droit d'association, ce volet négatif reste en retrait car considéré comme une restriction à la liberté d'expression. Toutefois, la Cour EDH, en dépassant l'attitude d'autolimitation de ses débuts, a mis en relief les bénéfices du droit de ne pas recevoir un message artistique. Même lorsqu'il s'impose comme une restriction, il est une alternative moins radicale à la sanction fondée, pour la plupart du temps, sur le seul contenu de l'œuvre. Le droit de ne pas recevoir se rattache à la liberté de choix individuel. Il vise les conditions de diffusions de l'œuvre et non son existence. La protection de certains membres du public n'a plus à passer par « *la saisie* », « *la confiscation* »³³⁴ des œuvres, empêchant leur réception à tous. Elle s'inscrit dans le respect de leur choix de se soustraire au message.

³³⁴ Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988

Conclusion du Titre 1

266. La question du contenu de la liberté individuelle de recevoir un message artistique fait écho à cette idée classique que l'on peut rire de tout, mais pas avec tout le monde. Inévitablement cette affirmation laisse entrevoir deux volontés distinctes de la part des récepteurs potentiels : celui qui souhaite rire et celui qui ne le souhaite pas. Dès lors, c'est la liberté de choix qui, en amont, dirige le droit de recevoir et catégorise les individus en récepteurs ou non récepteurs. Le récepteur qui, à l'appui de sa volonté, de son consentement, désire rire devient un atout pour celui qui s'emploie à faire rire. Cette relation créée par le consentement individuel sert de rempart contre ceux qui, à coup sûr, n'en riraient pas. Elle permet, de plus, de rire de choses qui ne peuvent s'exprimer en public. Par ailleurs, tous ceux qui ne rient pas, qui ne souhaitent pas rire ou tout simplement qui ne désirent pas se voir imposer les effets d'une distraction qu'ils condamnent, méritent aussi qu'on leur prête attention. En effet, à forcer le rire au mépris de la volonté, il peut en ressortir des larmes. Tout du moins, on ne peut que mieux remettre en cause le rire des autres. Néanmoins, la mise en avant de la volonté de l'individu a conduit à lui offrir la possibilité de se protéger de lui-même. Il n'est alors plus question de l'empêcher, comme tout autre, de rire ou pleurer, voire de se faire mal. Ainsi, faire primer tant qu'il est possible la volonté individuelle dans l'exercice de la réception artistique favorise la diversité et non l'unité dans un groupe souvent disparate et bien abstrait. Tous ne peuvent et ne veulent rire de la même chose.

267. Même si la volonté se fait la complice de l'hypothèse de rire de "tout", cette assertion mérite d'être relativisée. Effectivement, la matière artistique démontre que l'on ne peut pas "tout" voir, "tout" percevoir car "tout" ne peut pas être fait. L'art conserve son lot d'exception que la volonté individuelle ne brisera pas. Ces restrictions, de prime abord, laissent penser que « *les êtres sensibles ne sont pas (tous) des être sensés* »³³⁵. Or, elles ont principalement vocation à blâmer ceux qui se servent de l'art à mauvais escient. Ainsi, ces limites apportées à la liberté de choix n'ont pas tellement pour but de remettre en cause la possibilité de rire de "tout". Elles protègent les individus contre les artistes qui, non seulement veulent forcer les émotions, mais forcer les actes. Enfin, "tout" le monde ne peut pas rire de "tout". La situation du mineur, en pleine période d'épanouissement et d'apprentissage, impose l'obligation de le protéger et de l'accompagner dans son rôle de récepteur en devenir. Ainsi, il convient d'adapter la protection

³³⁵ **Honoré DE BALZAC**, *Maximes et pensées*

du mineur en tenant compte de l'évolution de sa capacité à recevoir et à consentir. Dès lors, la vocation première de cette protection est de faire que le mineur sache, à sa majorité choisir dans un "tout".

268. Le contenu du droit individuel de recevoir fait la part belle au respect de la liberté de choix du récepteur. La recherche de la réalité du choix reste difficile. L'art touche à la totalité des émotions. Il apparaît parfois difficile de distinguer l'émotion ressentie de celle que l'on aurait du ressentir ou que d'autres on ressenti. De plus, le respect de la volonté réside dans sa formalisation. Dès lors, l'exercice du droit individuel soumis à la stricte volonté de l'individu ne peut pas jouer automatiquement. En effet, l'art est principalement destiné à un public et non à un individu. Cela implique que les individus sont rarement considérés isolément et doivent faire face les uns aux autres. Ainsi, entre ces deux extrémités que sont le respect de la volonté de recevoir et son pendant négatif, l'imbrication de l'ensemble des intérêts emporte le droit individuel dans une dimension sociale avec laquelle il doit composer.

Avant de se concentrer sur la dimension sociale de la liberté de recevoir il convient de mettre en relief la liberté individuelle de recevoir à l'égard d'autres droits individuels concurrents. Plus spécialement, il convient de confronter le droit du récepteur aux droits de l'artiste et du diffuseur. Ces derniers, émetteurs du message artistique, agissent en amont de la réception. L'action préalable de ces acteurs de diffusion artistique influencerait donc nécessairement sur l'exercice du droit individuel du récepteur.

Titre 2 : La conciliation de la liberté individuelle de recevoir avec les droits individuels concurrents

269. Bien que les récepteurs du message artistique soient au centre de cette étude, ils ne sont pas les seuls acteurs de la liberté artistique. Cette dernière se ramifie au profit de ceux qui créent, qui diffusent et enfin ceux qui reçoivent. L'exercice du droit à la liberté de recevoir nécessite, en amont, la création d'une œuvre par l'artiste et sa diffusion. Le récepteur, dernier maillon de la chaîne, arbore une certaine position de soumission aux autres acteurs de cette liberté. L'artiste, premier maillon, donne « *existence à ce qui n'était pas* »¹. Il crée, à la fois, une expression et une valeur. Son œuvre possède une double qualification d'art et d'industrie. Le message artistique résultant de l'effort créatif de l'artiste peut difficilement se concevoir indépendamment de sa diffusion ; du moins elle provient de son initiative. Il est alors naturel que la diffusion d'une œuvre, si elle a lieu, reste sous le contrôle de l'artiste. « *L'existence d'un public est considérée, plus ou moins explicitement, comme un élément aliénant - même s'il est nécessaire - par rapport au moment de la pure création* »². Plus encore, pour certains artistes « *même si leur promotion exige un chef d'œuvre, ils s'accommodent d'obéir à des règles et de pratiquer des recettes qui leur garantissent de trouver à moindres frais une audience* »³ et laissent la question de la diffusion à des tiers. L'incidence de la réception apparaît dès le processus de création de l'artiste. La démocratisation de l'art fait apparaître un triptyque artiste, diffuseur et récepteur.

270. La coexistence des droits de l'artiste et du récepteur ne crée pas, *a priori*, d'antagonismes. Pourtant, la volonté de l'artiste et du récepteur ne coïncident pas exactement. Le droit de recevoir n'est pas à chasser de l'analyse de la liberté artistique. Toutefois, il ne saurait mépriser les droits concurrents car il en est souvent leur finalité. L'espoir de la réception d'une œuvre et de son succès commande sa diffusion. Il existe ainsi « *une interdépendance entre droits*

¹ D. COHEN, « *La liberté de créer* », *Liberté et droits fondamentaux*, op.cit., p.475

² Nathalie Heinich, op.cit.

³ M. DUFRENNE, « *Art* », p.30 in *Encyclopaedia Universalis, Corpus 3*, 1996

et devoirs issus de la liberté d'expression, une corrélation inhérente à l'exercice de la liberté d'expression qui s'applique à tous ceux qui participent à l'exercice de cette liberté »⁴. C'est alors l'idée d'une conciliation des droits fondamentaux qu'il faut choisir. Le premier rapport à analyser est le rapport classique de l'échange artistique entre l'artiste et le récepteur (Chapitre 1). Ce n'est qu'ensuite qu'il faut analyser l'inclusion de l'intermédiaire de diffusion dans un rapport devenant tripartite (Chapitre 2).

⁴ **B. MOUTEL**, Thèse, op.cit., p.35

Chapitre 1 : L'artiste et le récepteur

271. « *Chacun doit respecter le droit d'autrui* »⁵. Cette affirmation de Béatrice Moutel aurait pu résumer l'analyse du rapport entre l'artiste et le récepteur. Cependant, ce rapport ne peut découler que de la création préalable de l'œuvre par l'artiste et de la volonté de sa diffusion. Cette première étape de la liberté artistique est conçue volontier comme un domaine exclusif de l'artiste. La tentation des récepteurs de s'y intégrer est forte. Or, doit-on laisser le récepteur devenir une contrainte pour l'artiste ? Laisser le récepteur s'intégrer dans la liberté artistique dès la création est de nature à restreindre la liberté de l'artiste avant toute communication de l'œuvre. Cette intrusion porte inévitablement ses conséquences sur le droit de communiquer de l'artiste. Ce droit, déjà mis à mal par les possibilités d'exercice illicite du droit de recevoir offertes au récepteur, n'en est que plus affaibli. Si la condition du récepteur n'est pas à nier, elle doit s'inscrire dans le respect des droits de l'artiste. L'influence du droit de recevoir ne peut être que progressif. Ordonnant en premier lieu un respect de la liberté de création (Section 1), l'exercice du droit de recevoir nécessite une adéquation avec le droit de communiquer de l'artiste (Section 2).

⁵ B. MOUTEL, Thèse, op.cit., p.396

Section 1 : La liberté de création et le droit de recevoir

272. La liberté de créer de l'artiste est le préalable essentiel à toute diffusion. Pouvant être considérée comme une liberté interne ou encore un « *sous ensemble de la liberté d'expression* »⁶, la liberté de création se singularise. Elle n'a pas besoin de diffusion pour exister. Plus encore, elle mérite à certains égards une protection contre la diffusion. En effet, l'œuvre à l'état de création n'a pas automatiquement vocation à devenir un message⁷. La liberté d'expression a toujours eu la diffusion des idées et informations comme principe. Or, la liberté artistique suppose un certain aménagement en raison du respect de la souveraineté créatrice de l'artiste car le fruit de la création n'est pas un objet comme les autres⁸.

L'œuvre de l'artiste est à la fois un message et « *une valeur* »⁹ que son auteur entend contrôler. Le droit sous étude n'a de vraie valeur que si l'artiste a pu créer les œuvres qu'il entendait réaliser fidèlement à ses intentions. L'intervention du récepteur est minimisée, voire éludée, lors de la phase créatrice. Cette dernière impose son respect au récepteur. Néanmoins, le développement des techniques de communication et la culture de consommation des œuvres¹⁰ ont favorisé le rapprochement de l'artiste et du récepteur dès la phase créative. Cette intrusion de fait du récepteur n'est pas sans conséquences. La liberté de création doit être protégée, tel un domaine exclusif de l'artiste, en raison de sa spécificité (§1). Toutefois, le droit de recevoir peut relativiser cette protection de principe (§2).

⁶ D. COHEN, « *La liberté de créer* », *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit., 16^{ème} édition, 2010, Dalloz, p.475 et s., p.477

⁷ En effet, le message est une expression transmise à quelqu'un. La simple création de l'artiste n'a vocation à être transmise que lorsque l'artiste le décide.

⁸ En ce sens, B. EDELMAN, « *Auteur* », dans, *Dictionnaire des droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (sous la direction de), Quadrige, PUF, 2008

⁹ C. GEIGER, thèse, op.cit., p. 8 n°8

¹⁰ Sur ce point voir: X. DAVERAT, « *Libre propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques* », JCP G., 1995, I, 3827

§1 La spécificité de la création artistique

273. Le caractère personnel de la création artistique lui confère une nature duale spécifique (I). Ainsi, la liberté de création mérite une protection découlant de cette nature au profit de l'artiste contre autrui (II).

I. La nature de la création artistique

274. Christophe Geiger relève que l'information est considérée comme « *une valeur ou comme un acte de communication* ». La révélation de cette double nature met en lumière différents droits : le « *droit à l'information* » et « *le droit sur l'information* »¹¹. On y distingue les idées de partage et de propriété. Ces deux idées, quoi que non contradictoires, peuvent facilement conduire au conflit dès lors qu'elles s'attachent au même objet. Cette dualité exprimée s'applique avec encore plus de force lorsqu'il est question d'une création artistique personnelle. Rien d'étonnant à ce que les conventions formées en vue de la création d'une œuvre d'art soient considérées comme « *un contrat tout à fait spécial* »¹². En effet, la création est une propriété de l'artiste¹³, supposant l'existence de droits notamment patrimoniaux et un message qui suppose sa vocation à être reçu par autrui. Cette dualité fait de la création de l'artiste un « *idéal au sein d'un univers patrimonial* »¹⁴ inspiré par les muses dans la création intellectuelle (A) et par Mercure¹⁵ dans la création d'une valeur (B).

¹¹ **C. GEIGER**, thèse, op.cit., p. 8 n°8

¹² C.cass., 14 mars 1900, *Affaire Whistler*, D.1900, 1, p.497

¹³ Article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle « *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre Patrimonial* »

¹⁴ **R. SAVATIER**, note sous l'arrêt CA Aix, 23 fév. 1965, Dalloz 1966, p.166

¹⁵ *Ibid.*

A/ Une création intellectuelle

275. Éminemment rattachable à l'article 10 de la CEDH¹⁶, la création de cet acte futur de communication¹⁷ n'est pas une simple information¹⁸. Bien que toute œuvre contienne des informations, toutes les informations ne sont pas des œuvres. La matière artistique se distingue alors dès la phase de « *création intellectuelle* »¹⁹ du message. La recherche artistique est sans commune mesure avec la recherche nécessaire à l'information. La création n'implique pas l'impérativité de sa réception par le public, malgré l'intérêt qu'il lui porte²⁰. L'artiste peut se limiter à une fonction créatrice ; l'œuvre de l'artiste n'est pas alors un message qui a vocation à être transmis. On comprend donc que l'objectif de l'artiste est, tout d'abord, de créer sans contrainte, puis, de protéger sa création avant toute idée de partage.

Toutefois, l'idée de partage, de faire d'une création personnelle un message qui a vocation à être diffusé, peut mettre à mal l'absolutisme de la liberté de création de l'artiste. Ainsi, on pourrait penser que la volonté de l'artiste d'exercer son droit à la liberté d'expression limite, en amont, sa liberté de création. La création deviendrait un message qui se mêlerait aux autres informations dans l'espace d'échange d'idées et d'expressions. Or, le rapport entre l'aspect créatif de l'art et la volonté de sa diffusion doit être abordé dans un sens inverse. C'est parce qu'elle est issue d'une activité créative d'ordre intellectuel que l'œuvre de l'artiste devient un message spécifique à sa diffusion. Elle est donc perçue par les récepteurs en fonction de cette spécificité.

276. Bien souvent, l'artiste, à la différence du journaliste, essaie de nous libérer, au moins pour un cours instant, de la réalité. Le journaliste doit quant à lui s'en rapprocher. On pourrait en arriver à la conclusion simpliste qu'artistes et journalistes s'opposent dans leurs démarches.

¹⁶ Pour d'autres protections de la liberté de création, notamment : Article 13 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 déc. 2001, Article 19 du PIDCP du 16 déc. 1966

¹⁷ Selon D.Bécourt la création semblerait être vouée à sa diffusion car « *la création témoigne d'une soif de communiquer* ». **D. BECOURT**, « *La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme* », RIDA, 1990, n°143, pp.231 et s.

¹⁸ André Francon affirmait qu' « *une information est un fait brut. Une œuvre n'est pas une information. C'est une création* ». **A. FRANCON**, « *Chroniques de législation et de jurisprudence françaises : Propriété littéraire et artistique – Reportage télévisé d'une exposition publique et Convention européenne des droits de l'homme* », RTD Com., 2000, p.97

¹⁹ Voir en ce sens, **A. LUCAS, H.-J. LUCAS**, Traité de la propriété littéraire et artistique, Traité, Litec, 3^{ème} édition, p.54

²⁰ On voit au contraire, qu'au sein de l'arrêt *Stoll*, les juges recherchent « *l'intérêt du public à la publication* » d'informations qui n'avaient pas vocation à être divulguées. Dès lors, la liberté d'information, à la différence du cas de l'artiste, suppose la divulgation d'informations dans l'intérêt du public et contre l'avis du détenteur de ladite information. Cour EDH, *Stoll contre Suisse* (Grande chambre), 10 déc. 2007, §117 et s.

Seulement, l'artiste se soumet aux faits, aux événements pour les dépeindre. Toutefois, sa part créative le distingue et lui donne un regard particulier. L'artiste est « *un visionnaire d'avenir (...) dont la sensibilité est plus développée et dont l'imagination s'étend d'une façon plus permanente à l'ensemble de ses problèmes et à l'ensemble des impulsions qu'il perçoit de la société* »²¹. Ainsi, l'artiste peut bien s'inspirer des faits²², de la réalité, il en ressort un message neuf, une création nouvelle qui se détache de l'existant. L'exemple de l'uchronie²³ en matière littéraire tel qu'elle est pratiquée dans l'œuvre *Rêve de Fer* de Norman Spinrad²⁴ prouve la nécessité de tenir compte des « *prérogatives* »²⁵ spécifiques l'artiste²⁶. Cette conception de la finalité de la création n'est pas sans effet sur la réception du message. Cette distance que prend l'artiste avec les faits est perceptible par le récepteur. Il s'avère, bien souvent, que l'artiste à travers son œuvre « *tend plutôt à la catharsis des passions qu'à notre instruction* »²⁷. Pour le récepteur, elle est là « *l'ultime liberté ! On aime où on n'aime pas, c'est uniquement une question de goût* »²⁸.

277. L'artiste qui se cantonne à une simple interprétation du réel devient un homme bien ordinaire. De nombreuses décisions ont pu mettre en exergue les difficultés de la dist²⁹inction entre réalité et fiction dans le message artistique, car finalités artistique et informative se

²¹ « *Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne* » Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 Septembre 1973, Exposé des motifs par **M. KARASEK** §17, p.12

²² « *Il n'est pas nécessaire que l'artiste ait tiré de son imagination le sujet qu'il a traité sur la toile ou dans la pierre ; peu importe qu'il l'ait emprunté à la réalité, et se soit appliqué à donner l'image la plus exacte du modèle proposé à ses regards, car sa personnalité se sera manifestée dans l'exécution quelle qu'ait été sa servilité* » (à propos de la loi du 11 mars 1957) **H. DESBOIS**, D. 1957, législation. p. 350 et s.

²³ L'uchronie est une reconstruction historique d'évènements fictifs, d'après un point de départ historique et un ensemble de lois. Le Grand Robert de la langue française, Tome 9, 1986

²⁴ L'histoire du livre repose sur son ambiguïté. Derrière ce livre se cache un autre livre : *Le Seigneur du Svastika*, censée avoir été écrite par Adolf Hitler. Le point de départ du roman réside dans le fait que le dictateur n'a jamais accédé au pouvoir. S'en suit une œuvre classée comme science-fiction. Source : Wikipédia

²⁵ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999

²⁶ L'arrêt *Karatas* met en avant que les prérogatives de l'artiste tenant à la création imposent de prendre une distance avec les propos contenus dans l'œuvre et ne doivent pas être interprétés au sens premier. *Ibid.* §49

²⁷ **ARISTOTE**, La politique, (VIII, 7, 1341 a, 23) in art encyclopédia universalis (concernant le spectacle=

²⁸ **K. VEREYCKEN**, « *Rembrandt et Comenius contre Rubens: la lumière d'Agapè* », Encyclopédie de l'Agora, (Encyclopédie électronique), <http://agora.qc.ca>

²⁹ Cour EDH (Gde Ch.), *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc. Au sein de cette affaire les requérants « *faisaient valoir que l'œuvre n'était qu'une fiction mettant en scène des personnages eux-mêmes fictifs, ce que le lecteur pouvait constater dès la première page. Ils soutenaient également que les propos étaient seulement des jugements de valeur portés sur les plaignants, reflétant un débat public traité avec distance et ironie* » (§15). De là, apparaît une première contradiction. L'œuvre de fiction sert ici à permettre des jugements de valeurs sur des personnes réels. Même si une telle hypothèse n'emporte pas, en elle-même une sanction, il apparaît logique que la Cour se centre sur les jugements de valeurs en question. De plus, « *elle relève par ailleurs que M. Le Pen et le Front national, l'un et l'autre figurés comme réels et actuels, sont constamment au centre des débats qui se déroulent aussi bien entre les acteurs de l'enceinte judiciaire, que dans les échanges entre les divers personnages* » (§17) et « *que le sujet du livre est la question posée en quatrième de couverture, « Comment combattre efficacement Jean-Marie Le Pen », précisant que « poser cette question n'est pas en soi diffamatoire à l'égard de ce dernier, même dans un roman* » (§18). Notons que les artistes ont des « *idées (qui) son souvent exprimées indirectement par le biais de la suggestion, de l'allégorie et de la satire* ». Audition parlementaire organisée au sénat le 18 mai 2006, troisième séance, rapport r05-4791

confondent. Dans l'affaire *Lindon Otchakovsky-Laurens July contre France*, les requérants prétendaient que leur ouvrage était une fiction. Cependant, ce livre visait directement Jean-Marie Le Pen³⁰. Cette confusion des genres a conduit le Cour EDH, à substituer « *aux prérogatives* »³¹ de l'artiste la « *déontologie journalistique* » lorsque la façade artistique ne cache que trop mal « *l'expression directe* »³² de l'auteur. Cet arrêt révèle l'importance que peut accorder la Cour à la vocation de l'œuvre. Elle distingue clairement entre l'expression qui laisse l'art à l'état de moyen artistique et celle dont l'art est une finalité³³. Et même quand l'artiste s'engage dans un acte tout aussi politique qu'artistique, quelquefois avec brio, on peut encore croire que l'imagination et la démarche qu'on lui prête ne se résument pas à injecter de l'esthétique dans les faits. L'œuvre se détache du simple fait car « *c'est l'auteur qui confère à l'œuvre son caractère unique : la formalisation de cette dernière est en effet tributaire de la perception personnelle du créateur* »³⁴.

278. La création de l'artiste possède une dernière différence avec l'information. Il est commun de dire que l'information est « *un bien périssable* ». Dès lors, « *en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt* »³⁵. Le fait, l'événement doit être capté au plus vite pour être partagé avec le public. La création artistique est quant à elle un bien valorisable. Elle se valorise par la transformation, le travail de création et de maturation de l'inspiration factuelle originelle. Le message n'a de valeur que si l'artiste a pu faire de son idée une matérialisation conforme à son esprit³⁶. L'affaire *Leroy*, relative à une caricature de presse³⁷, l'illustre. La Cour a considéré, à l'unanimité, que la sanction de la caricature, publiée deux jours après les attentats et représentant de manière

³⁰ **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », note sous TGI de Paris, 17^e Ch, 16 nov. 2006, *Ministère public contre Bénier-Bürckel et a.*

³¹ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §47

³² Cour EDH (Gde Ch.), *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007. Voir : **L. FRANCOIS**, « *De l'effectivité des « devoirs et responsabilités » des journalistes d'investigation* », D. 2008, pp.2770-2773, du même auteur, « *La déontologie journalistique dans la jurisprudence de la CEDH* », LP, n°255, oct. 2008, II, p.148-151

³³ Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., Cour EDH, *Leroy c. France*, préc., §44

³⁴ **A. ZOLLINGER**, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, Thèse, 2006, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2008, p.75

³⁵ Cour EDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991, §60, Cour EDH, *Association Ekin c. France*, 17 juil. 2001, §56

³⁶ Rappelons que l'œuvre reçoit protection par le droit d'auteur lorsque celle-ci renferme la personnalité de l'auteur. Il lui est donc indéniablement lié. Voir en ce sens, **E. TREPPOZ**, « *quelle protection juridique pour l'art contemporain* », RIDA, 2006.97 ; **B. EDELMAN**, « *La création dans l'art contemporain* », D.2009, n°1, pp.38 et s.

³⁷ Le requérant, Denis Leroy, avait remis à la rédaction du journal local *Ekaitza* une caricature symbolisant les attentats du 11 septembre 2001 assortie de la légende « *Nous en avions tous rêvé... le Hamas l'a fait* ». Ce dessin, publié le 13 septembre 2001, entraîna la condamnation du requérant et du directeur de publication pour apologie du terrorisme. Bien qu'ayant eu gain de cause devant la Cour européenne sous l'angle de l'article 6, le requérant n'a pas obtenu de constat de violation de l'article 10 pour atteinte à sa liberté d'expression. Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

« apologétique » la « destruction par la violence » « de l'impérialisme américain », était justifiée « eu égard en particulier au contexte dans lequel (elle) a été publié(e) ». La Cour, concluant à la non violation de l'article 10, a rapporté les propos du requérant : « il n'avait (...) pas le recul nécessaire afin d'envisager toutes les conséquences et les répercussions d'un tel croquis »³⁸. En l'espèce, l'impératif d'actualité a conduit à ce que le caricaturiste s'empresse de mettre clairement en forme ses idées, ce qui a emporté une confusion sur l'intention de l'auteur et le sens à donner à l'œuvre³⁹. On peut en conclure que le message artistique doit être moins soumis aux impératifs de l'actualité qu'à celui du temps de la mise en forme. En effet, les retards dans la publication de messages artistiques viennent souvent de l'artiste qui souhaite se défaire d'un impératif temporel au profit d'un travail qualitatif⁴⁰.

279. Il apparaît difficile pour les récepteurs, qui jouissent de l'art sans effort, de comprendre les difficultés et labeurs de la création artistique. Non invités dans la phase créative les récepteurs n'en saisissent pas tous les tenants et les aboutissants. La non immixtion de principe du récepteur dans la liberté de création est nécessaire à sa sauvegarde. L'UNESCO a très vite mis en exergue le besoin de protéger ce processus créatif, notamment, par la création de « conditions sociales (...) propres à assurer aux artistes, aux écrivains et aux compositeurs de musique la base nécessaire à un libre travail créateur ». Cela impose, en partie, « une politique de recherches offrant aux artistes individuels, aux groupes et aux institutions la possibilité de procéder, ou autres, à des essais, dans le cadre d'ateliers polyvalents à des expériences et à des recherches, sans être liés par l'obligation de réussir, de manière à favoriser le renouvellement artistique et culturel »⁴¹. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'inscrit dans la même philosophie. La Charte affirme la liberté de pensée à l'article 10 et la liberté d'expression à l'article 11. Si ces droits sont classiquement reconnus, l'article 13 énonce que « les arts [...] sont libres ». Les explications relatives à la Charte soulignent que la liberté des arts « est déduit[e] en premier lieu des libertés de pensée et d'expression »⁴². On peut en

³⁸ Cour EDH, *Leroy c. France*, préc., §35

³⁹ D'ailleurs Emmanuel Kant disait du poète qu'il donnait « une forme sensible aux Idées de la raison (...) en les élevant alors au-delà des bornes de l'expérience, grâce à une imagination qui s'efforce de rivaliser avec la raison dans la réalisation d'un maximum, en leur donnant une forme sensible dans une perfection dont il ne se rencontre pas d'exemple dans la nature. » E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, Traduction

⁴⁰ La création artistique n'obtient sa valeur qu'à travers le temps de travail. En effet, « Il y a dans l'art, -comme dans la philosophie-, un perpétuel recommencement, qui fait que l'artiste se doit de reprendre entièrement toutes les méthodes, pour arriver au sommet de son art et en gagner la maîtrise ». dès lors, « le talent artistique c'est surtout ce qui résulte d'une application bien maîtrisée des règles de l'art, ce qui est obtenu avec un travail souvent laborieux ». Leçon 46, La création artistique, disponible sur sergecar.club.fr

⁴¹ Recommandation concernant la participation des masses populaires à la vie culturelle, UNESCO, 26 Novembre 1976

⁴² 2007/C 303/02, J.O. de l'Union européenne, 14 déc. 2007, vol.50

conclure que la liberté des arts se subdivise. Rapportée à la liberté de pensée, elle suggère ainsi une protection de la liberté de création. Rattachée à la liberté d'expression, elle suppose l'existence du droit à la liberté d'expression artistique. Cette subdivision appuie alors l'idée de la distinction entre la création de l'artiste et la constitution d'un message qui a vocation à être transmis. L'artiste qui crée n'est pas obligé de réussir, d'aboutir à la matérialisation d'un message artistique. Par principe, lorsqu'il crée l'artiste ne doit rien au récepteur.

280. La création artistique nécessite le temps de la réflexion et la liberté d'agir pour protéger cette torsion du réel, cet acte nouveau de l'artiste, en dehors de toute idée de diffusion. Cette conception implique la protection de l'activité de création pour que l'artiste accomplisse un acte gratuit et libéré de toute contrainte. Ce n'est que lorsque la création devient un message, par sa diffusion, qu'elle fait face à des récepteurs potentiels créés et recherchés. Le droit de recevoir ne saurait influencer sur l'activité créative de l'artiste, car dans cette phase, le récepteur n'existe pas. Ce n'est donc pas à l'artiste de prendre en compte l'existence du droit de recevoir dans l'exercice de sa liberté de création. C'est au récepteur d'exercer son droit de recevoir avec la pleine conscience qu'il se trouve face à une création d'ordre intellectuel, et non d'une information. La création de l'artiste, par sa vocation naturelle à l'exposition au public, s'envisage aussi comme une valeur économique, fruit d'un travail propre à l'artiste.

B/ Une valeur créée

281. Parler de valeur créée plutôt que de valeur diffusée doit être justifié à ce stade de l'étude. Qu'il y ait volonté de diffusion ou non, le résultat de l'activité créative possède une valeur intrinsèque avant qu'elle ne devienne un message. La protection de cette valeur, avant tout rapport avec le récepteur, est essentielle. En effet, conditionner cette protection à la qualification de l'œuvre en tant que message dénature le rôle de l'artiste. Elle le pousserait à rechercher au plus vite un avantage économique dans la diffusion, et non l'aboutissement de sa création à travers le temps. Les instances européennes ont affirmé que l'artiste a le droit de tirer profit de l'expression de son œuvre⁴³. Comme le soulignait M. le Professeur Revet, l'œuvre

⁴³ Voir notamment la décision sur la recevabilité, Com. EDH, *Société nationale de programmes France 2 c. France*, 15 janv. 1997 ; Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008. De même en ce sens, les auteurs « méritent (...) d'assurer leur subsistance, en conférant la jouissance de leur œuvre au public, moyennant rémunération ». **P.Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p.29, n°13.

résulte « d'une activité révélant l'existence et la mise en œuvre des facultés créatrices de l'auteur »⁴⁴. Cette acception de l'œuvre pourrait déplacer la question sur le terrain du droit à gagner sa vie par le travail protégé par l'article 1^{er} de la Charte sociale européenne⁴⁵ ou sur les dispositions relatives au droit d'auteur de l'Union Européenne⁴⁶. Toutefois, il apparaît réducteur d'envisager une protection générale en se limitant à la création artistique de ceux qui en font une profession. Les aspects économiques ne sont pas pour autant à oublier.

282. L'activité de création artistique a un coût⁴⁷ ; quiconque crée une valeur dont il est propriétaire possède des droits. Cette propriété, pouvant être de l'ordre immatériel, porte sur un bien⁴⁸ conformément au sens autonome de la notion développée par la Cour EDH⁴⁹. L'article 1 Protocole 1 de la Convention EDH relatif au droit au respect des biens s'applique afin de « *garanti(r) en substance le droit de propriété* »⁵⁰ de l'artiste sur son œuvre. En effet, La Cour européenne, après une certaine réticence⁵¹, a reconnu l'applicabilité de l'article 1 Protocole 1 aux biens incorporels⁵² puis, l'a suggéré à la propriété intellectuelle⁵³. C'est plus particulièrement par l'affaire *Anheuser-Busch Inc.* que la Cour a affirmé que « *l'article 1 du Protocole n°1 s'applique à la propriété intellectuelle en tant que telle* »⁵⁴. L'arrêt *Balan* confirme l'application de cet article aux droits d'auteur⁵⁵.

⁴⁴ **T. REVET**, *La force de travail*, Bibliothèque droit de l'entreprise, Litec, 1992, n°542

⁴⁵ Voir sur la question de ce droit : **J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY**, « *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme* », D. 2006, pp.477-480

⁴⁶ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information affirme « *que les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres* ».

⁴⁷ La décision *Van Breedam* a notamment montré que les coûts inhérents à l'activité artistique ne sont pas *per se* contraire aux articles 10 et 1 Protocole 1 de la CEDH sans distinguer « *en fonction de l'activité exercée* ». Com. EDH, *Van Breedam contre Belgique*, 4 oct ; 1989.

⁴⁸ Voir en ce sens la distinction effectuée par Pierre Catala entre l'information et l'œuvre. Cette dernière revêt la qualification de bien en raison de son caractère rattachable à la personne par lien d'attribution. **P. CATALA**, « *La propriété de l'information* », Mélanges Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, pp.97. Cette distinction a citée à plusieurs reprises. Voir **M.-A. FRISON-ROCHE**, « *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété* », Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, pp.765 et s. et **A. ZOLLINGER**, thèse, op.cit., p318 n°898

⁴⁹ Voir en ce sens, Cour EDH, (Gde Ch.), *Oneryildiz c. Turquie*, 30 nov. 2004 et **J.-P. MARGUENAUD**, « *Le droit de propriété* », Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme, op.cit., pp.690 et s.

⁵⁰ Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, §63

⁵¹ Cour EDH, *Handyside contre Royaume-Uni*, 07 déc. 1976

⁵² Cour EDH, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, 26 juin 1986

⁵³ Voir, Cour EDH, *Smith et Kline c. Pays-Bas*, 4 oct. 1990 ; Cour EDH, *British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas*, 20 nov. 1995 ; Cour EDH, *Walter c. France*, 20 mai 1998 ;

⁵⁴ Cour EDH (Gde ch.), *Anheuser Busch Inc. c. Portugal*, 11 janv. 2007, §78 ; voir aussi : Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008, §34

⁵⁵ Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008

283. Le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de l'Union Européenne ne sont pas en reste. En France, on peut prendre l'exemple de l'importance accordée au versant économique de la création dans le refus de la mise en œuvre de la licence globale en France⁵⁶. En effet, ce système a été rejeté car il provoquerait « *un tarissement progressif de la création, faute de ressources suffisantes car les auteurs n'auraient plus intérêt à créer, les artistes à interpréter ni les producteurs à produire* »⁵⁷. Ce refus se perçoit alors comme une protection de la valeur de la création. On pourrait, tout de même, opposer l'idée que la valeur de la création n'est ici prise en compte qu'en raison de sa vocation à être diffusée. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne offrirait, quant à elle, une protection de la valeur propre de la création. L'article 13, énonçant que « *les arts [...] sont libres* », s'opposerait *a priori* à toute idée d'appropriation individuelle. Or, la liberté de création artistique, implicitement incluse dans cet article, doit s'exercer en respect du droit de l'artiste sur son œuvre. L'article 17 de la Charte protège le droit de propriété. Ce droit « *a le même sens et la même portée que celui garanti par la CEDH* »⁵⁸. Il est néanmoins, plus explicite que l'article 1 Protocole 1. En effet, le paragraphe 2 de l'article 17 affirme expressément que « *la propriété intellectuelle est protégée* ». Dès lors, on peut supposer la protection de la valeur de l'œuvre, dès la phase de création.

284. La reconnaissance de droits patrimoniaux sur l'œuvre dès la phase de sa création reste pourtant incertaine. En droit interne, la règle classique et la doctrine majoritaire veulent que les droits patrimoniaux de l'artiste ne débutent que lorsque son œuvre est « *achevée et en état d'être divulguée* »⁵⁹. Toutefois, l'artiste mérite une protection lors de la phase créative contre les atteintes qui mettent à mal ses chances de tirer profit de son œuvre. En effet, les récepteurs, installés dans une culture de consommation des œuvres, influent inévitablement sur les capacités de création de l'artiste. Ils sont, à la fois une source privilégiée de revenus et des tiers potentiellement menaçants. Ainsi, lorsque l'on pose la question de savoir si « *les créateurs sont (...) des gens intéressés* », il peut être répondu que « *c'est peut être le système qui rend une partie des auteurs intéressés et qui les détourne de l'objectif premier qui devrait être la*

⁵⁶ La licence globale est système visant à l'échange des contenus audiovisuels sur Internet moyennant une rétribution forfaitaire de la part du récepteur redistribuée aux ayants droit. La rétribution aurait été proportionnelle au volume de téléchargement des œuvres de l'artiste. Le débat sur la mise en place d'une telle licence n'est pas terminé.

⁵⁷ J. CEDRAS, « *Un aspect de la cybercriminalité en droit français : le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur* », La cybercriminalité, Revue internationale de droit Pénal, 2006, vol.77, p.591 et s.

⁵⁸ 2007/C 303/02, J.O. de l'Union européenne, 14 déc. 2007, vol.50

⁵⁹ CA Paris, 4^e Ch. 1^{er} fév., 1989, D. 1988 sommaire p.50, *Pons et autres c. Consorts de Staël*.

création »⁶⁰. Cette réponse confirme largement l'idée que les intérêts financiers inhérents à l'activité artistique sont source de trouble de l'activité créatrice de l'artiste. Dès lors, le droit doit assurer la pérennité de la création par une protection des intérêts financiers en devenir. La liberté de création de l'artiste mérite une protection qui tienne compte de sa spécificité. En effet, l'artiste doit rester libre de formaliser une pensée, de la matérialiser pour créer une œuvre personnelle sans que les intérêts moraux et patrimoniaux qui en découleront soit anéantis ou encore deviennent aliénants. L'hypothèse d'une ingérence du récepteur dans le travail de création peut engendrer pour l'artiste une perte de chance de tirer profit de son œuvre en réalisation. Le droit de recevoir un message ne doit pas alors anéantir la protection de la liberté de création.

II. Le droit à la liberté de créer

285. La question de la fondamentalisation de la liberté de création et des droits d'auteur⁶¹, considérés comme son prolongement⁶², a souvent été posée. Cette liberté, non expressément désignée dans la Convention EDH, a fait l'objet d'une reconnaissance par d'autres conventions internationales⁶³. L'appréhension par le droit européen des droits de l'homme de cette liberté, prémisses de la liberté d'expression artistique, ne doit plus faire de doute. Le droit à la liberté de création doit mettre en avant des prérogatives de l'artiste. Ce dernier doit posséder une maîtrise de principe de son activité (A) qui perdure dans le temps (B).

A/ La maîtrise de l'artiste sur sa création

286. En droit interne, l'article L111-2 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que « *l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». Cette disposition se conçoit comme

⁶⁰ S. NOEL, A.-L. MOYA-PLANA, « *Les créateurs sont-ils des gens intéressés ?* », LP, mars 2008, n°246, II, p.36

⁶¹ Pour une analyse approfondie de la fondamentalisation du droit d'auteur voir A. ZOLLINGER, Thèse, op.cit., p.85 et s.

⁶² En ce sens, D. COHEN, « *La liberté de créer* », *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit., p.475 et s.

⁶³ On peut trouver une telle reconnaissance au sein de l'article 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, de l'article 15 du Pacte International relatif aux Droits Economiques et sociaux de 1966, l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

la première protection de la liberté de création de l'artiste. Le fait pour l'artiste de passer de la simple idée⁶⁴ non protégeable à la réalisation de l'œuvre met en place une fiction juridique. Cette dernière répute créée toute œuvre en cours de réalisation en vue d'offrir des droits à l'auteur dans la phase de création. Les tergiversations sur la protection de l'art contemporain démontrent d'ailleurs que, peu importe les procédés utilisés, le processus créatif est au cœur de la protection instituée par le droit d'auteur⁶⁵. La protection de l'œuvre en réalisation doit donc être similaire à celle offerte à une création achevée⁶⁶, notamment contre l'ingérence des tiers. La doctrine majoritaire⁶⁷ émet tout de même une réserve sur l'acquisition de droits patrimoniaux sur la création non divulguée. L'œuvre, considérée comme « *le résultat de l'activité créatrice* », ne disposerait d'une valeur patrimoniale que par sa révélation au public. Cette conception émet *a priori* des doutes sur la valorisation de la création en cours, sa qualification de bien et sur sa protection. Pourtant, l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle énonce que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre du seul fait de sa création, d'un droit de propriété* ». Ainsi, la combinaison des articles L.111-1 et L.111-2 permet d'affirmer que la création, même non achevée, est un bien incorporel⁶⁸ dont seul l'auteur a la propriété.

287. Ce droit de propriété sur la création inachevée est une garantie de la liberté de création. Il inscrit ladite création dans le champ d'application de l'article 1 Protocole 1 de la Convention⁶⁹, *a minima*, en tant « *qu'intérêt économique substantiel* »⁷⁰. En effet, selon l'arrêt *Anheuser-Busch Inc.*, si « *l'article 1 du Protocole N°1 ne vaut que pour les biens actuels [...] dans certaines circonstances, l'«espérance légitime» d'obtenir une valeur patrimoniale peut également*

⁶⁴ Voir notamment en ce sens : en matière cinématographique : RIDA 1/1996, p. 181, obs. **A. KEREVER**, D. 1991, somm. p. 87, obs. **C. COLOMBET**. RIDA 3/1996, p. 383 note sous Cour d'appel de Paris 21 Février 1996. En matière télévisuelle : *CA Paris, 14 oct. 1975, Dame Gautier* : RIDA 3/1976, p. 136

⁶⁵ Voir, **E. TREPPOZ**, « *« La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin !* », D.2009, n°4, p.266 et **B. EDELMAN**, « *Un arrêt énigmatique* », D.2009, n°4, p.263, notes sous Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008

⁶⁶ Ici nous parlons de création achevée, non pas d'œuvre divulguée.

⁶⁷ « *La décision prise par l'auteur de publier son oeuvre est d'autant plus importante que c'est d'elle que dépend la naissance des droits pécuniaires qui n'accèdent à la vie juridique qu'à partir du moment où l'oeuvre est publiée* », **A. FRANCON**, *Cours de propriété littéraire artistique et industrielle*, Les cours du droit, Litec 1996/1997, p. 214 ; « *Le droit de divulgation conditionne, dans son exercice, la naissance du droit patrimonial ; car c'est seulement en prenant la décision de livrer l'oeuvre au public que son auteur l'investit de droit patrimoniaux* », **C. COLOMBET**, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 8e éd., n° 136, p. 117

⁶⁸ Le droit de divulgation de l'œuvre permet à l'auteur d'être maître de la communication de son œuvre au public peu important qu'il soit ou non en possession de l'objet matériel support de son œuvre, et peu important qu'il soit lié par un contrat de commande (C.Cass, 14 mars 1900, D. 1900, 1, p497, Note **PLANIOL**, ou encore *CA Paris, 1^{ère} ch.sect. A, 10 sept 2001.*) on ne peut opposer application de l'article 2279 du code civil.

⁶⁹ Voir sur la question de l'assimilation plus générale de la propriété intellectuelle dans le champs d'application de l'article 1 Protocole 1 de la Convention: Com. EDH, *Van Breedam c. Belgique*, 4 oct. 1989, §2 ; Cour EDH, *Beyeler c. Italie*, 28 mai 2002 ; *Walter c. France*, 20 mai 1998 ; Cour EDH, (Gde Ch.), 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, : CCE 2007, comm. 67, obs. **C. CARON** ; JCP E 2007, 1409, note **A. ZOLLINGER**

⁷⁰ Cour EDH, *Oneryildiz c. Turquie*, 18 juin 2002, §142

bénéficiaire de (sa) protection [...] si l'intérêt présente une base suffisante en droit interne »⁷¹. La fiction juridique de l'article L.111-2 du code de la propriété intellectuelle, fondement interne, qualifie la création inachevée de bien. Son créateur possède donc une espérance légitime d'acquiescer lesdits droits par sa divulgation ultérieure. Le respect de la liberté de création protège alors l'artiste contre une ingérence telle que l'accession, ou l'appropriation⁷² de la création inachevée par des tiers ou sa diffusion anticipée. L'absence d'une telle protection ferait que des tiers détenteurs de la création en cours de réalisation pourraient la communiquer et la réputer achevée. Le droit de divulgation de l'auteur serait présumé utilisé malgré la volonté de l'artiste de parfaire l'œuvre ou simplement de la finir. Cette interprétation aurait pour effet un exercice du droit individuel à la réception du message à l'encontre de la volonté de l'artiste.

288. La garantie de la liberté de création jusqu'à la divulgation du message artistique ne se conçoit pas comme une simple protection de l'œuvre en tant que valeur. Elle protège la liberté d'expression artistique sous l'angle de l'article 10. Le droit de divulgation relève de la volonté exclusive de l'auteur de la création. Ce n'est que parce qu'il consent à fournir⁷³ sa création aux individus qu'il fait de celle-ci un message « *justiciable de l'article 10* »⁷⁴. Par conséquent, l'attribution d'un droit moral sur la création en cours offre à l'artiste la possibilité de se prévaloir d'une atteinte si la création, qui ne constitue pas encore le reflet exact de sa pensée, est diffusée sans son autorisation. En effet, l'artiste ne doit pas être inquiété par une sanction au titre d'un abus de la liberté d'expression s'il n'a pas clairement souhaité communiquer sa création.

Partant, la notion même de récepteur ne peut apparaître logiquement que par la volonté de l'auteur de divulguer son œuvre. Cette garantie a pour but de valoriser le travail créatif de l'artiste. Alors, sa perduration dans le temps ne saurait être considérée comme un obstacle à « *l'échange public des informations et idées culturelles* »⁷⁵.

⁷¹ Cour EDH (Gde Ch.), *Anheuser-Busch c. Portugal*, préc., §§64-65

⁷² L'artiste a le droit de revendiquer une œuvre inachevée, même entre les mains d'un acheteur de bonne foi (CA Orléans, 17 mars 1965, JCP G 1965, II, 14186 note **H. BOURSIGOT**).

⁷³ Voir en ce sens, Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, préc.

⁷⁴ **L. FRANCOIS**, « *La liberté d'expression des « caricaturistes de presse » devant la Cour européenne des droits de l'homme* », RLDI, n°45, janv. 2009, pp.34-38

⁷⁵ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, §27

B/ La liberté de créer dans le temps

289. « *L'aspect particulier* » de l'activité artistique nécessite que l'acte de communication envisagé ne nuise pas à « *la qualité de l'œuvre* »⁷⁶. Cependant, l'aliénation de l'artiste à des récepteurs de plus en plus consuméristes⁷⁷ réduit ce laps de temps et. La créativité est limitée pour que l'œuvre soit communiquée et rentabilisée au plus vite⁷⁸. L'art devient victime d'une relative sujétion aux récepteurs qui arrivent à se procurer les œuvres avant leur divulgation, voire avant leur achèvement⁷⁹. Mr. le Professeur D. Cohen a affirmé à juste titre que « *la liberté de créer n'est pas ce que l'on pourrait appeler une liberté instantanée, qu'en d'autres termes son existence à un instant t ne suffit sans doute pas à la constituer. La durée est pour ainsi dire un de ses éléments constitutifs* »⁸⁰. Alors, le respect du temps nécessaire à l'activité créatrice est une composante de la liberté de création. Il protège l'œuvre contre sa réduction à un simple bien de consommation. Sans oublier que l'activité de création est la prémisse de l'expression, le privilège temporel de l'artiste peut souffrir de limites. L'objectif est d'apporter une certaine efficacité au droit de recevoir un message artistique.

290. Par principe, la maîtrise de la communication de l'œuvre par l'artiste implique une protection temporellement indéfinie de la liberté de création. L'achèvement d'une œuvre et la divulgation qui en découle sont des actes dépourvus d'objectivité. Seul l'auteur possède le privilège de dire si son œuvre est achevée et en état d'être divulguée⁸¹. En outre, l'achèvement de l'œuvre ne conduit pas nécessairement à sa révélation au public. En effet, l'artiste peut

⁷⁶ CA Aix, 23 fév. 1965, note **R. SAVATIER**, D.1966, p.166

⁷⁷ On peut voir que le public artistique est de plus en plus souvent considéré comme consommateur. Par exemple, Guillaume Kessler traduit les réseaux *peer-to-peer* comme de « *consommateur à consommateur* » alors que ces réseaux sont traditionnellement traduits comme de « *pair à pair* ». **G. KESSLER**, « *Le téléchargement illicite d'émissions de télévision* », JCP G., n°51, 2005, I, 196

⁷⁸ Par exemple, « *sont souvent cités la politique éditoriale des éditeurs parfois accusés de privilégier la rentabilité à court terme plutôt que l'installation d'artistes dans la durée* » **J. CEDRAS**, « *Un aspect de la cybercriminalité en droit français : le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur* », RIDP, 2006, vol.77, p.594

⁷⁹ « *En matière de cinéma, c'est probablement d'une délinquance organisée qu'il s'agit, notamment lorsque des copies sont mises à disposition (uploading) avant la sortie en salle ou même avant l'établissement de la version définitive (première copie standard).* » **J. CEDRAS**, « *Un aspect de la cybercriminalité en droit français : le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur* », préc., p.595

⁸⁰ **D. COHEN**, « *La liberté de créer* », *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit., p.477

⁸¹ T. civ. Seine, 10 juill. 1946 JCP G 1947, II, 3405, obs.. **R. PLAISANT**. La jurisprudence nationale a d'ailleurs eu l'occasion de mettre en avant la protection de l'artiste contre la divulgation d'une création que ce dernier ne désirait pas ou pas encore divulgué (JCP 1965, II, 16069), sur une œuvre reconstituée à partir d'œuvres jetées, (C.Cass., 13 décembre, 1995, (D. 96, Ir, 42)) mise sur le marché d'une œuvre pour jeunesse imparfaite et abandonnée par son auteur. (D.1989, somm. P.50 ; RIDA oct 1989, p325). Voir de même : sur la divulgation d'une œuvre par un commissaire priseur d'une toile correspondant à une étude couleurs pour le décor d'un ballet. D.2006 n°2 p.145 Note sous C.Cass. 1^o Ch. civ., 29 nov. 2005, obs. **J. DALEAU**

souhaiter que son œuvre, à « *raison d'un contenu licencieux ou politiquement sensible, (...) ne soit révélée qu'à titre posthume, voire pas révélée du tout (...). Sans aller jusque-là, il peut simplement estimer que le moment n'est pas propice à la révélation* »⁸².

291. Le temps qui s'écoule ne remet pas en cause la protection conférée à l'artiste au titre de l'article 1 du Protocole 1. L'affaire de la Cour EDH, *Anheuser-Busch Inc.*, relative à la demande d'enregistrement d'une marque de bière, l'illustre. En l'espèce, l'absence du caractère définitif de l'enregistrement de la marque en vue de son exploitation n'enlevait pas les « *intérêts à contenu patrimonial* »⁸³ de la société requérante sur ladite marque. La Cour EDH a ainsi affirmé que les droits patrimoniaux attachés à la demande d'enregistrement commandaient l'applicabilité de l'article 1 du Protocole 1, alors qu'une telle « *demande d'enregistrement ne donne naissance qu'à un droit éventuel et conditionnel* »⁸⁴. La Cour n'a donc pas limité cette applicabilité aux droits acquis, mais l'étend à des intérêts potentiels, si ceux-ci sont suffisamment établis. On peut en déduire que le caractère non définitif d'une œuvre artistique n'est pas un obstacle à l'existence d'un intérêt patrimonial, même si l'obtention de droits patrimoniaux futurs n'est qu'éventuelle. En effet, le temps passé dans le processus créatif tend à accroître les chances de l'artiste de parvenir à la divulgation de son œuvre et d'y acquérir des droits patrimoniaux. Cette protection sous l'angle de l'article 1 Protocole 1 protège les droits éventuels de l'artiste sur son œuvre contre une divulgation forcée et anticipée au nom du droit à la réception, qui n'a pas encore lieu d'être.

292. L'avantage est donné aux forces créatrices de l'œuvre, à « *celui qui intervient au cœur même de l'œuvre* »⁸⁵. Il est admis « *que le caractère inachevé d'une œuvre qu'un artiste à l'intention de parfaire laisse présumer que l'auteur n'a pas entendu exercer son droit de divulgation* »⁸⁶. Ainsi, une œuvre inachevée est présumée non divulguée. À l'image de l'œuvre audiovisuelle où le réalisateur a les moyens de s'opposer à l'achèvement d'un film qui ne lui convient pas⁸⁷, l'artiste conserve les pleins pouvoirs sur l'avenir de sa création. Cette présomption de non divulgation prend toute son ampleur en cas de pré-divulgation. L'artiste

⁸² JCL, Civil, Propriété littéraire et artistique, « *conséquence de l'achèvement d'une œuvre* », cote 08,2001

⁸³ Cour EDH (Gde Ch.), *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, préc., §78

⁸⁴ **C. CARON**, « *La propriété intellectuelle au panthéon des droits fondamentaux* », Cour EDH, (Gde Ch.), 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, CCE mai 2007, commentaire 67, pp.31 et s.

⁸⁵ CA Paris 14 Juin 1950 *Sté des éTs Gaumont c. P.Blanchard*, dans, **C. CARON**, « *Qui doit exprimer son accord sur la version définitive d'un film ?* » note sous CA Paris, 9 sept. 2005., CCE, mai 2006, comm.76

⁸⁶ CA Paris, 17 fév. 1988, voir note D.1992, somm. 14, obs. **C. COLOMBET**

⁸⁷ C.Cass. 7 fév. 1973, *Luntz c. Sté les productions Fox-Europa*

propose, de plus en plus fréquemment, une « *prédivulgation* »⁸⁸ de sa création inachevée⁸⁹. En vertu de cette présomption, il ne s'engage pas, par cet acte, à la fourniture ultérieure d'une création achevée au public⁹⁰. En effet, comme l'a souligné M. le Professeur Caron, « *l'ébauche se distingue de l'œuvre finale (car) elle ne suit (...) pas le même destin* »⁹¹. Toutefois, la prédivulgation est à conditionnée. Elle ne doit toucher qu'un nombre restreint de récepteurs privilégiés⁹² clairement informé du caractère provisoire de l'œuvre. Une telle protection de la prédivulgation apparaît opportune. Elle offre à l'artiste le droit de confronter son travail à l'avis de certains sans s'imposer l'épuisement du droit de divulgation et sans même s'obliger à achever ladite création. De nos jours, les individus n'ont plus besoin de se regrouper physiquement pour échanger des idées par l'utilisation des réseaux Internet. Le créateur, lui aussi, entre dans l'ère numérique. Il fait part de ses ébauches de création et se soumet à un premier avis du public potentiel. Ainsi, une telle présomption est à considérer comme une alternative juste entre la protection de l'activité créatrice et les contingences issues de l'aliénation de l'artiste à son public.

293. L'artiste est protégé contre la dépossession de sa création du fait de son inachèvement et contre l'usurpation de son œuvre par autrui qui souhaite retirer les bénéfices de ce bien inexploité⁹³. En effet, la protection instituée par le droit de la propriété intellectuelle sur la

⁸⁸ Terme notamment utilisé par **B. EDELMAN**, *Le sacre de l'auteur*, Ed. du Seuil, 2004, p.228

⁸⁹ « *L'inachèvement n'interdit pas l'exercice de la prérogative de révélation par l'auteur. On admet, en effet, volontiers que l'auteur puisse révéler son œuvre pour la soumettre à une critique plus ou moins élargie afin de la parfaire : cette motivation postule l'inachèvement. L'auteur se réserve de reprendre son œuvre en fonction des réactions de la critique de quelque origine qu'elles soient. C'est une façon, pour le créateur, d'évaluer jusqu'à quel point la réalisation qu'il soumet au public donne à celui-ci les moyens de se représenter ce qu'il a conçu. Il reste le seul maître de l'évaluation de l'achèvement mais introduit l'arbitrage de tiers critiques pour une appréciation plus objective de l'adéquation entre réalisation et conception.* » JCL Civ., Propriété littéraire et artistique, Cote 08, 2001, b) Conséquence de l'achèvement.

⁹⁰ Dans le cas où l'artiste montre l'état de sa création à un tiers, ou encore à ses fans sur Internet, on pourrait estimer que l'œuvre n'a pas été divulguée. En effet, si l'œuvre est confiée à un tiers, en l'absence de volonté de divulgation, elle reste dans la sphère privée. La conception restrictive de la notion de divulgation emporte que ce droit n'est pas exercé lorsque la création est communiquée à un petit cercle de personnes, TGI Paris, 11 déc. 1985, D. 1987, somm. p. 155, obs. **C. COLOMBET**. Voir de même l'affaire Whistler, Cass. Civ. 14 mars 1900

⁹¹ **C. CARON**, « *La seule dépossession du support matériel d'une œuvre ne vaut pas divulgation* », note sous Cass., 1^{ere} Civ., 29 nov. 2005, CCE, 2006, comm. n°19, p.92

⁹² Dans l'hypothèse de la prédivulgation, l'auteur n'a pas entendu faire perdre « *son caractère intime* » et la « *faire entrer dans le circuit commercial* » et des expressions communiquées au public. CA Dijon, 18 févr. 1870, D. 1871, 2, p. 221, rappelé dans **C. CARON**, « *La seule dépossession du support matériel d'une œuvre ne vaut pas divulgation* », CCE, fév. 2006, comm. n°19, p.92. Toutefois, l'artiste ne peut arguer de l'inachèvement de sa création pour se dédouaner de ses responsabilités au titre de l'article 10 si celui-ci laisse sa création en libre accès, par exemple sur Internet.

⁹³ Les possibilités de se procurer une création inachevée sont multiples. Outre le cas de la pré-divulgation, l'artiste travaille en définitive rarement seul et les récupérations de tout ou partie de la création sont fréquentes de la part des personnes entourant l'artiste. On peut prendre l'exemple du groupe U2 qui s'est fait voler certaines chansons de son album *How to dismantle an atomic bomb* (2004). Ces dernières furent mises sur Internet. Suite à ses fuites le groupe a composé de nouvelles chansons et a abandonné celles dévoilées. (<http://www.concerts.fr/Actu/11-09-2008-u2->

création inachevée ne se prescrit pas par le temps. Sous couvert de prouver l'antériorité de la création, l'artiste qui s'engage dans un processus créatif se prémunit contre toute dépossession, ne serait-ce que d'une ébauche, au profit des tiers. Ainsi, la sanction de la contrefaçon⁹⁴ s'applique à l'œuvre inachevée, voire même aux « *œuvres abandonnées ou vouées par leur auteur au rebut* »⁹⁵. Cette paternité reconnue sur la mise en forme des idées offre une vision considérablement personnaliste de la liberté de création. Elle démontre plus encore la précellence de l'artiste sur les récepteurs futurs.

294. Cette protection du bien qu'est la création inachevée, sans pour autant procéder à une véritable patrimonialisation des droits, crée un double bénéfice. Elle exclut, *a priori*, toute vocation commerciale de la création inachevée. En cas contraire, une exploitation commerciale de chaque étape de la création pourrait être effectuée par les diffuseurs. Cette commercialisation à outrance rebuterait le récepteur et découragerait l'artiste d'achever sa création. Evitant ainsi à l'artiste de se satisfaire d'une œuvre imparfaite, elle met l'accent sur l'aboutissement de l'effort créatif avant toute idée de divulgation et de profit. Elle incite le créateur à l'achèvement de l'œuvre et à sa divulgation au profit du public ne serait-ce que pour en retirer les fruits. Cette non patrimonialisation évacue alors toute idée de spéculation sur un bien qui ne participe pas à l'échange d'idées de nature culturelle⁹⁶.

295. Une telle personnalisation de la liberté de création peut être perçue comme un frein à l'échange artistique. La maîtrise absolue de l'auteur sur sa création admet une certaine relativisation⁹⁷. Il est fréquent que l'œuvre d'art ne résulte pas d'une seule personne, mais de

annonce-son-nouvel-album). En définitive, le nouvel album de U2, sorti le 27 février 2009 *No line on the horizon* porte le titre d'une de ses chansons volées et comporte deux titres qui avaient fait l'objet du vol. On voit donc que la protection du travail de l'artiste contre une ingérence des tiers est nécessaire pour limiter les effets perturbateurs sur la liberté de création.

⁹⁴ Régie par l'article L335-2 du code de la propriété intellectuelle, la contrefaçon ne peut exister sur les idées, « *à défaut de concrétisation* ». Toutefois elle s'étend « *à la composition entendue comme « le développement de l'idée générale* » et ne commande pas la divulgation de l'œuvre. De manière générale, elle est constituée « *par l'atteinte portée aux droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi* » (C.Cass. Crim., 29 janv. 2002, Bull.crim. n°13) Néanmoins, « *il en résulte que moins la création est « concrétisée », plus l'efficacité de la protection est limitée* ». **A. LUCAS** et **H.-J. LUCAS**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op.cit., pp.242 et s.

⁹⁵ C.Cass., Crim., 20 oct. 1977, RTD Com. 1978, 801, obs. **H. DESBOIS**

⁹⁶ Voir en ce sens : Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc., §27

⁹⁷ En ce sens, les *creative commons* et licence globale, tentent d'offrir une alternative aux droits d'auteur moins stricte sur l'utilisation des œuvres. Cette alternative est accueillie favorablement par certains auteurs. En ce sens : « *Il va de soi que la liberté de créer de nouvelles expressions à partir d'œuvres existantes – quand bien même elles seraient mal reçues par les ayants droit originaires – doit rester maximale dans une société démocratique* ». **A. STROWELL**, **F. TULKENS**, « *Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur : À propos de la liberté de créer et d'user des œuvres* », **F. DUBUISSON**, **C. GEIGER**, **Y. GENDREAU**, **A. LUCAS**, **A. STROWELL**, **F.**

l'effort créatif d'un ensemble. La collectivisation des intérêts nés de l'implication dans la création émet inévitablement l'hypothèse de conflits sur les questions d'achèvement et de divulgation de l'œuvre. Ces rivalités se retrouvent fréquemment sur deux catégories d'œuvres : les œuvres dites collectives⁹⁸ et les œuvres audiovisuelles⁹⁹. Le législateur a pris soin de remédier aux antagonismes entre les divers auteurs. La loi et la jurisprudence ont marqué une ferme intention d'aménager leurs prérogatives en vue de sauvegarder l'entreprise économique et culturelle de l'œuvre. Ainsi, la décision de l'achèvement et l'exercice du droit de divulgation reviennent à celui qui possède le « rôle d'impulsion »¹⁰⁰ de la création, ou encore à « la colonne vertébrale de l'œuvre »¹⁰¹. Cet avantage laissé à la personne qui, *a priori*, est la plus impliquée dans le projet serait profitable au droit de recevoir¹⁰². Lorsque l'un des coauteurs, se défait du projet, il abandonne au profit des autres participants la part de sa contribution effectuée¹⁰³. La pluralité des acteurs dans l'activité créatrice impose que « l'intransigeance d'un seul (...) ne (puisse) entraîner la ruine de l'œuvre commune »¹⁰⁴. Ainsi, l'œuvre en cours doit, par principe, aboutir afin qu'elle puisse être divulguée et reçue¹⁰⁵.

296. La spécificité de la nature artistique, marquée par sa dualité, impose la protection de l'activité créatrice. Garantir la constitution du message en devenir et sa valeur en tant que bien en sont les deux ramifications. Une telle protection peut, de prime abord, s'opposer à la question de l'intérêt de la réception. Or, elle ne lui est pas si hostile. En effet, l'intérêt de la réception du message artistique ne se trouve-t-il pas plutôt dans l'authenticité¹⁰⁶ du message fourni que dans

TULKENS, D. VOORHOOF, *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones d'Europe et d'ailleurs*, éd. Larcier, 2006, p.10

⁹⁸ Article L.113-2 du code de la propriété intellectuelle

⁹⁹ Articles L121-5 et L121-6 du code de la propriété intellectuelle, nous laisseront de côté le cas des œuvres de collaboration qui usent d'un système spécial de l'unanimité des auteurs.

¹⁰⁰ **A. LUCAS** et **H.-J. LUCAS**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.171

¹⁰¹ **C. CARON**, « *Qui doit exprimer son accord sur la version définitive d'un film ?* », CCE, n° 5, Mai 2006, comm. 76, pp.23 et s., p.23

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Article L. 121-6 du code de la propriété intellectuelle. C.Cass. 1e civ., 13 avr. 1959, *La bergère et le ramoneur*, RTD Com. 1959, p. 898, obs. **H. DESBOIS**. Voir de même TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., *Seri c. Zeitoun, Besson et a.*, 23 mars 2001, Juris-Data n°144820, **C. CARON** « *De la « Bergère et le ramoneur » aux « Yamakasis » : le sort de l'œuvre inachevée* », CCE, juil.août 2001, comm n°73, pp.22-23.; C. Cass. 1e civ., 7 févr. 1973 : Bull. civ. I, n° 49 ; D. 1973, p. 363, note **B. EDELMAN**. Pour l'œuvre collective l'article L113-5 code de la propriété intellectuelle prévoit qu'une une personne porte les droits d'auteur de l'ensemble

¹⁰⁴ CA Paris, 18 fév. 1956, D.1957, 108, notre **H.DESBOIS**

¹⁰⁵ On peut avoir une analyse similaire concernant le conservation du nom d'un groupe musical après que la formation se soit scindée : « *Attendu qu'après avoir exactement retenu que l'appellation " Quilapayun " était la propriété indivise des membres du groupe de musiciens, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a constaté que ce groupe s'était scindé en deux formations distinctes et que les musiciens rassemblés par M. X... avaient assuré à compter de cette scission la permanence du projet artistique,* » et donc qu'ils pouvaient assurer la continuité du nom. C.Cass., Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, *M. Z. et a. c. Eduardo X.*, n°08-12063

¹⁰⁶ A prendre au sens subjectif pour l'auteur

la garantie d'une consommation culturelle d'œuvres artistiquement appauvries ? Il faut l'espérer. Cette apparente domination de l'artiste sur sa création n'est pas sans incidence sur la matérialisation du droit de recevoir.

§2 L'incidence du droit de recevoir un message artistique sur la liberté de création

297. La réception du message artistique peut être considérée comme le rôle essentiel de l'art « *puisque la vertu sociale de l'art suppose en effet que le public puisse y accéder* »¹⁰⁷. Or, cette vertu prêtée à l'art ne peut intervenir qu'après l'achèvement de l'œuvre, signe de perfection de l'acte créatif. En effet, un message artistique ne contente jamais l'ensemble des récepteurs ; laissons-lui au moins satisfaire pleinement les exigences de son auteur. Cette conception de la création artistique conduit à dire que l'œuvre est avant tout construction personnelle d'une propriété avant d'être un acte de partage. Cependant, la tendance actuelle chez le récepteur est de vouloir l'acte de partage dans l'irrespect de la propriété. Alors, certains artistes ont pris le parti d'inclure les récepteurs dans le processus de création, de les lier à cette construction pour en assurer sa protection future. Si, de manière traditionnelle, le droit de recevoir n'a aucune incidence dans la phase créative (I), de nouvelles pratiques artistiques relancent le débat (II).

I. Le rejet traditionnel du droit de recevoir

298. « *Seul l'auteur a le droit de divulguer son œuvre* »¹⁰⁸. Cette maîtrise de l'artiste sur sa création¹⁰⁹ élude d'emblée l'immixtion du droit de recevoir dans la question de la divulgation de l'œuvre. Par principe, le recours au droit de recevoir un message artistique n'érode pas l'absolutisme de la règle (A). Au contraire, cette ineffectivité du droit sous étude tend à sanctionner les tentatives de son exercice anticipé (B).

¹⁰⁷ **A. ZOLLINGER**, Thèse, op.cit. p.76

¹⁰⁸ Article L.121-2 du code la propriété intellectuelle. Cette règle a été rappelée par la jurisprudence. Voir notamment, C.Cass., 1^{er} Ch. civ. 29 nov. 2005, 01-17.034, D.2006, n^o2, actualité jurisprudentielle, p.145, note **J. DALEAU**

¹⁰⁹ Article L111-1 du code la propriété intellectuelle

A/ L'indifférence du droit de recevoir dans la maîtrise de la communication

299. Le créateur conserve un libre choix quant à la divulgation de son œuvre. Il peut donc se cantonner à l'art comme une activité d'ordre personnelle et exclure les tiers de la relation qu'il a avec son œuvre¹¹⁰. L'existence du droit à la réception naît naturellement de la divulgation, qui fait de l'œuvre une source existante. Ce privilège accordé au créateur résonne directement comme une exception à la philosophie de l'article 10 de la CEDH et à « *l'attachement des pays européens (...) à la libre circulation des informations et idées* »¹¹¹. M. le Professeur Cohen-Jonathan a relevé à juste titre que « *dans les systèmes nationaux comme en droit européen l'accent est mis aujourd'hui sur le droit du public (...) à recevoir sans entrave tout message qui lui plaît* »¹¹². En effet, la jurisprudence européenne s'appuie désormais de manière accentuée sur l'intérêt du public à la réception d'informations¹¹³, voire la volonté individuelle. On pourrait en conclure que la maîtrise de la communication de l'œuvre par l'artiste, entrave au droit de recevoir, serait susceptible de plier sous le poids de l'intérêt de la réception. Dès lors, serions nous tenté d'interpréter strictement le privilège de l'auteur ; sa maîtrise de la divulgation reviendrait au choix du moment, du procédé et des conditions de la diffusion¹¹⁴ de l'œuvre, pourvu que la réception ait lieu. Le rapport de force entre artiste et récepteur serait inversé. La maîtrise de la divulgation, considérée comme un simple intérêt privé, serait conditionnée par l'intérêt général de la réception de la création.

300. Cette conception de la liberté d'expression, bien que tangible en matière de droit à l'information¹¹⁵ du public, ne l'est pas en matière artistique¹¹⁶. Elle semble, d'ailleurs, perdre de

¹¹⁰ En ce sens, **S. STROMHOLM**, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, vol. II, t. 2 : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1973, Stockholm, n° 196, p. 237

¹¹¹ **G. COHEN-JONATHAN**, Article 10, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op.cit., p.365

¹¹² *Ibid.* p.373

¹¹³ Voir notamment, Cour EDH, *Fressoz et Roire c. France*, 21 janv. 1999 ; Cour EDH, *Alinak c. Turquie*, 29 mars 2005

¹¹⁴ Voir : Article L121-2 du code de la propriété intellectuelle

¹¹⁵ La Cour affirme que « *l'existence d'un droit pour le public de recevoir des informations a été maintes fois reconnue par elle dans des affaires relatives à des restrictions à la liberté de la presse, comme corollaire de la fonction propre aux journalistes de diffuser des informations ou des idées sur des questions d'intérêt public* ». CEDH, *Guerra et a. c. Italie*, préc. §53. D'ailleurs, les idées et informations ne sont pas protégeable par le droit d'auteur, ce dernier protégeant la forme « *par opposition à l'idée* ». **E. TREPPOZ**, « *« La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur* », D.2006, n°15, p.1051 ; Christophe Geiger rappelle que « *qu'au même titre que les idées qui sont de libre parcours, l'information n'est pas appropriable en tant que telle* ». **C. GEIGER**, « *Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux)* » D.2005, n°38, p.2683

¹¹⁶ Cela reviendrait à dire que l'intérêt du public primerait sur le droit d'auteur et plus particulièrement sur le droit de divulgation. Cela porterait atteinte à l'essence même de la liberté de création en ce que l'artiste aurait pour épée de Damoclès une obligation de divulguer sa création en raison de l'intérêt que l'on peut lui prétendre. Cette

sa force en matière journalistique. L'arrêt de grande chambre *Stoll*¹¹⁷ en est une illustration. En l'espèce, une amende avait été infligée à un journaliste pour avoir divulgué dans la presse des extraits d'un rapport classé confidentiel. La Cour n'a pas fait primer l'intérêt général de la réception d'une information confidentielle sur l'intérêt privé de ne pas la voir divulguée. Cette solution est de nature à remettre en cause l'idée que l'intérêt de la réception suppose la diffusion comme règle et la confidentialité comme exception. Le caractère volontariste de l'activité de création et l'acquisition de droits personnels spécifiques permet alors aux artistes d'exercer « *leurs prérogatives de propriétaire de l'œuvre* » « *puisque ces derniers ont un monopole dont la légitimité n'est pas remise en cause lorsqu'il s'agit (...) de recevoir (...) des informations* »¹¹⁸. L'artiste, en restant maître de son œuvre, peut « *la parfaire, la modifier, la détruire, ou même la garder inachevée, s'il désespère de la rendre digne de lui* »¹¹⁹. Le droit de la propriété intellectuelle protège les œuvres de l'esprit « *quel(s) qu'en soit la destination* »¹²⁰, à supposer même qu'elles n'en aient aucune¹²¹. En définitive, l'activité artistique ne mène pas toujours à la création d'une expression pour autrui¹²². Si elle confère inévitablement une propriété à l'artiste sur son œuvre, elle n'oblige pas à son partage.

301. La Cour EDH est à même de conférer une protection de la volonté de l'auteur en matière de divulgation. La juridiction strasbourgeoise a énoncé à plusieurs reprises que « *la liberté de recevoir des informations (...) interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui*

obligation réduirait inévitablement le champ d'expérimentation et de recherche de l'artiste car soumis à l'insatiabilité d'un public résolument consommateur. Elle obligerait l'artiste à se focaliser sur des créations répondant à la satisfaction du plus grand nombre pour s'assurer un espace d'expression. De là, les œuvres plus marginales porteraient en elle la suspicion d'une œuvre qui ne mérite pas d'être divulguée. La prépondérance de la réception dans l'exercice de la liberté d'expression de l'artiste ferait ainsi émerger le critère arbitraire du mérite de la création dans le cadre du droit de divulgation de l'auteur.

¹¹⁷ Cour EDH, (Gde ch.), *Stoll c. Suisse*, 10 déc. 2007

¹¹⁸ **D. PORACCHIA**, « *Droit d'auteur v/ droit à l'information : la FIFA l'emporte* » (commentaire sous l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007, *SNC Hachette Filipacchi associés contre Fédération Internationale de Football Association*), CCE n°2, fév.2008, étude 3

¹¹⁹ CA Paris, 19 mars 1947, Dalloz, 1949, p.20 note **H. DESBOIS**

¹²⁰ Article 112-1 du code la propriété intellectuelle

¹²¹ Le Professeur Cohen explique que « *l'entière liberté laissée à l'auteur de divulguer ou non sa création, prolonge la liberté de créer et en explicite la portée, en montrant qu'elle consiste aussi dans la liberté de ne pas créer, ou, ce qui en pratique revient au même, qu'elle n'aboutit pas à l'obligation de montrer ce que l'on a créé* ». **D. COHEN**, « *La liberté de créer* », *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit., p.489, n°601. On peut prendre le cas des ébauches et actes préparatoires qui n'ont pas vocation à être communiqués au public au sens de l'artiste. En ce sens, C.Cass., 29 nov. 2005, op.cit.

¹²² On peut encore voir l'exemple de l'auteur qui peut invoquer contre son éditeur la « *clause de conscience naturelle pour tout écrivain* » pour justifier l'abandon d'un ouvrage en cours. CA Paris, 4^e ch., 7 avril 1978, D. 1978, inf. rap. p. 303

fournir »¹²³. La Cour a donc affirmé une obligation négative d'empêcher la réception d'information. Or, cette obligation n'a été émise qu'à la charge de l'État. L'existence du droit de recevoir reste, quant à elle, subordonnée à la volonté première de celui qui entend s'exprimer¹²⁴. Sans qualifier le droit de recevoir de « *sous-droit* », il apparaît clairement qu'il ne peut « *exister, (...) avoir un sens* », que si le droit de s'exprimer, qui relève « *du cœur* »¹²⁵ de la liberté artistique, est respecté. La distinction entre l'œuvre simplement créée ou en création et l'œuvre divulguée permet de discerner la matérialisation de la volonté de l'artiste à s'exprimer. Ce n'est que parce que le créateur a usé de son droit de divulgation, et donc de sa liberté d'expression, que le droit à la réception du message artistique apparaît¹²⁶. *A contrario*, l'absence de divulgation rendrait inopérant le droit à la réception sur une œuvre donnée¹²⁷. Ainsi, le respect de la liberté de création présuppose l'inapplicabilité de l'article 10 de la CEDH au profit des récepteurs avant que l'œuvre soit en état d'être divulguée¹²⁸. En effet, on ne peut faire peser sur l'artiste quelque obligation ou restriction découlant d'un droit qu'il n'a pas entendu exercer.

302. Le droit de recevoir est secondaire à la création du message artistique. Ce droit ne peut pas s'opposer au droit de créer de l'artiste, à savoir, « *l'épanouissement de son caractère et la réalisation de toutes ses possibilités d'être humain* »¹²⁹ à travers l'activité créatrice. Celui qui engage sa personnalité sur chacune de ses œuvres possède « *le droit d'être maître de sa communication avec autrui* »¹³⁰. Un développement trop étendu de ce droit inciterait ceux qui

¹²³ CEDH, *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, §74, CEDH, *Guerra et autres contre Italie*, op.cit., CEDH, *Roche c. Royaume-Uni*, 19 oct. 2005, §172

¹²⁴ Cette affirmation peut être nuancée en matière de droit à l'information. En effet, la Cour européenne a souvent rappelé « *la mission* » d'information des journalistes en matière de presse.

¹²⁵ **P. DUCOULOMBIER**, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Thèse soutenue en 2008, Université Strasbourg III Robert Schuman, (version modifiée), p.452, n°446

¹²⁶ On peut alors penser, comme l'énonce Alexandre Zollinger que « *l'usage du droit de divulgation par l'auteur va dans le sens de l'intérêt du public : l'œuvre non divulguée ne satisfait pas son créateur, et l'on peut donc postuler qu'elle présente un moindre intérêt culturel* » **A. ZOLLINGER**, Thèse, op.cit., p80. La personnalisation de la création est depuis longtemps reconnue par la jurisprudence interne. Même tenu par un contrat l'artiste conserve un libre choix sur l'avenir de sa création « *l'artiste étant maître absolu de cette œuvre qu'il a créée et qui continue de faire corps avec sa personnalité tant qu'il n'en a pas décidé* » autrement, qu'il soit question de « *transfert* » ou de divulgation. T. civ. Charolles, 4 mars 1949 : Gaz. Pal. 1949, 2, p. 176. Concernant la divulgation voir : C.Cass., 1^{ère} civ. 29 nov. 2005, 01-17.034, D.2006, n°2, actualité jurisprudentielle, p.145, note **J. DALEAU**. Les prérogatives de l'artiste peuvent ainsi s'étendre jusqu'au refus d'achèvement de l'œuvre.

¹²⁷ Il élude ainsi l'hypothèse du recours au test de proportionnalité entre les intérêts concurrents de l'auteur et d'un public qui n'a pas encore d'existence en l'absence de divulgation.

¹²⁸ Il faut ici se positionner par rapport à l'œuvre achevée en état d'être divulguée pour ne pas faire échec aux mesures préventives (exemple Article 809 du NCPC, contrôle cinématographique, contradiction avec droits de la personnalité) lorsque l'œuvre est fixée et que l'auteur a montré son intention de la divulguer.

¹²⁹ Cour suprême du Canada, *R. c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S. 697

¹³⁰ « *La parole est au cœur de la personnalité, sa contre-face est le silence, le droit à garder celui-ci. Par rapport à la liberté d'expression, cela signifie le droit d'être maître de sa communication avec autrui.* » **L.-E. PETTITI**, « *Droit au silence* », *Documentação e Direito Comparado*, n.os 75/76, 1998

créent « à renoncer à cela pour éviter l'agression des tiers »¹³¹. L'intérêt ou la volonté de réception d'un message artistique non encore divulguée ne confère pas de droit à la réception. Le droit à la réception étant inexistant lors de la phase de création, la question se pose de savoir si l'intrusion, de fait, du récepteur est condamnable.

B/ L'atteinte à la liberté de création par le récepteur

303. Les hypothèses d'atteintes à la liberté de création de l'artiste par le récepteur sont de plus en plus courantes¹³², notamment par le biais d'Internet. Elles reviennent à la communication au public par un individu d'une œuvre non divulguée conduisant à sa réception effective¹³³. Ces actes sont *a priori* attentatoires à la liberté de création car ils relèvent du domaine de la contrefaçon¹³⁴. La condamnation de la mise à disposition d'une œuvre sans l'accord des ayants droits n'est pas nouvelle¹³⁵. La sanction de la contrefaçon, en tant que simple reproduction servile¹³⁶, s'applique à toute personne qui offre l'accès à une œuvre non encore divulguée¹³⁷. La

¹³¹ M.A. Frison Roche estime en matière d'information qu'un « *risque certain du développement du droit d'accès est d'inciter ceux qui pourraient produire l'information à renoncer à cela pour éviter l'agression des tiers. Parce que le droit d'accès à l'information est secondaire au pouvoir de produire, cela conduirait à une impasse.* » **M.-A. FRISON-ROCHE**, « *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété* », Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, pp.765 et s.

¹³² L'avènement d'Internet n'y est pas pour rien, notamment en raison du développement de la cybercriminalité. En effet, « *la prolifération sur l'Internet des échanges d'œuvres numérisées constitue un véritable fléau ; que les agissements du type de ceux dénoncés dans la présente procédure mettent en péril toute création, la production musicale et la survie même des auteurs et des artistes-interprètes* », CA Paris, 26 mai 2004, **C. CARON**, « *Qui doit exprimer son accord sur la version définitive d'un film ?* », CCE, n° 5, Mai 2006, comm. 76, pp.23 et s. De plus, voir la Convention sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001, art. 10, D. n° 2006-580, 23 mai 2006 : Journal Officiel 24 Mai 2006

¹³³ Ce phénomène se généralise, notamment sur Internet, où il est fréquent de retrouver en toute illégalité des albums musicaux, non encore achevés et divulgués, annotés de la mention « *advance* », ou de trouver des séries avant même leur diffusion.

¹³⁴ Article L335-2 et L335-3 du code de la propriété intellectuelle. Ces articles retiennent une définition extensive de la contrefaçon qui doit être effectuée « *en violation des droits de l'auteur* » (article L335-2 al.1^{er}). De là, « *cette approche permet aux juridictions répressives de prononcer des sanctions pénales à raison d'atteintes portées aux seuls droits moraux de l'auteur* » et notamment au « *droit de divulgation* » qui est en cause dans notre hypothèse. **E. DREYER**, « *Contrefaçon et fraudes en matière littéraire et artistique* », J.Cl. Pénal Annexes, 2006, V° Contrefaçon, Fasc.30, n°249. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de retenir la contrefaçon par violation du droit moral sans qu'il soit nécessaire que l'œuvre soit terminée. CA Paris, 4^{ème} Ch., 17 févr. 1988, RIDA, oct. 1989, p.325 ou encore CCass., 13 déc. 1995 ; TGI Paris, 17 févr. 1999 : RIDA juill. 1999, p. 331

¹³⁵ Le développement de l'Internet a très vite conduit les tribunaux à juger que le fait d'offrir au public sur un site l'accès à une œuvre protégée sans avoir obtenu l'accord des ayants droit constituait également une contrefaçon (V. par exemple, CA Paris, 13^e ch., 20 janv. 2000 : CCE. 2000, comm. 87, note **C. CARON**. – TGI Strasbourg, 2^e ch., 16 nov. 2001 : CCE 2002, comm. 2, obs. **C. CARON** ; RIDA avril 2002, p. 463). Nécessairement, cette mise à disposition d'un public indéterminé affecte le droit exclusif dont l'œuvre est l'objet.

¹³⁶ La reproduction servile peut se définir comme la duplication pure et simple de l'œuvre, peu importe le procédé utilisé. Voir en ce sens, pour un phonogramme (T. corr. Lyon, 31 mars 1978, RIDA avril 1979, p. 218), un vidéogramme (T. corr. Paris, 25 juin 1979 : Gaz. Pal. 1979, 2, p. 507), un fichier d'œuvre musicale MP3 « *circulant illégalement sur Internet* » (T. corr. Montpellier, 23 sept. 1999 : LP, 2000, I, p. 24).

sanction de l'atteinte au droit de divulgation de l'artiste se comprend aisément. Le contrefacteur offre l'accès à une œuvre que seul l'artiste est en droit de communiquer. Il oblige donc l'artiste à s'exprimer. Or, le non épuisement du droit de divulgation par l'artiste présume sa volonté de ne pas entrer en relation avec les récepteurs.

304. La divulgation de l'œuvre sans l'accord de l'artiste constitue donc une atteinte à sa liberté d'expression au titre de l'article 10 de la CEDH. En effet, l'artiste est contraint d'user de son droit de communiquer. Du moins, elle le prive d'en faire usage par lui-même¹³⁸. L'invocation du droit à l'information du public par le diffuseur fautif¹³⁹ serait donc inopérante pour mettre à mal les prérogatives de l'auteur. En effet, une exception aux droits d'auteur¹⁴⁰ ne peut être applicable dans le cas de la diffusion anticipée d'une œuvre non divulguée pour deux raisons. Dans un premier temps, l'invocation d'une exception aux droits d'auteur fondée sur l'article 10 ne peut prospérer qu'à partir du moment où l'œuvre a été divulguée¹⁴¹. En effet, l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle qui fonde les exceptions n'envisage que la reproduction et la représentation d'œuvres. Il ne s'étend donc pas à la divulgation dans un but d'information. Dans un second temps, la réception de l'œuvre non divulguée ne s'inscrit pas dans l'exception relevant du droit du public à l'information. L'exception joue pour « *l'utilisation d'œuvres (...) protégé(e)s afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi* »¹⁴². La règle est claire : l'information du public

¹³⁷ Voir en ce sens, C.Cass, 13 déc. 1995, RIDA 1996,n°169, p.307 : « *Caractérise la contrefaçon par diffusion, prévue par l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle, la mise sur le marché de l'art d'une oeuvre originale, même abandonnée par son auteur, lorsqu'elle est faite en violation du droit moral de divulgation qu'il détient sur celle-ci en vertu de l'article L. 121-2 de ce code* »

¹³⁸ Sachant que le droit de divulgation « *s'épuise par la première communication au public* » (CA Paris 14 fév. 2001, C.Caron, « *casimir ou l'île aux auteurs : à propos de l'épuisement du droit de divulgation* », CCE 2001, comm.25), il est intéressant de se demander si la divulgation frauduleuse de l'œuvre doit être qualifiée d'expression propre à l'auteur et si ce dernier doit, le cas échéant, en assumer le contenu. Admettre qu'il y a atteinte, c'est reconnaître que le droit de divulgation ne peut plus ensuite être exercé (CA Paris, 4e ch., 14 févr. 2001 : CCE 2001, comm. 25, obs. **C. CARON**). Dès lors, l'artiste ne pourrait divulgué qu'une œuvre différente.

¹³⁹ Voir en ce sens, déc. Comm. EDH, *Société nationale des programmes France 2 c. France*, 15 janv. 1997 ; Cour Suprême des Pays-Bas, *Dior v. Evora*, 20 oct. 1995, Pour plus de décisions européennes voir : **P. KAMINA**, « *Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : à propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe* », Légicom n°25, 2001/2, p.7

¹⁴⁰ La loi du 1^{er} août 2006 dite loi DADVSI a inscrit au sein de l'article L.122-5 9° le droit à « *la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur.* »

¹⁴¹ En ce sens, **J. FRANCILLON**, « *Diffusion en ligne de photographies d'un défilé de mode sans autorisation du titulaire d'un droit d'auteur* », préc.

¹⁴² Article 5.3.c.de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, repris dans : CA Paris, 12 oct. 2007, SCPE c/ SA 1633, **C. CARON**, « *Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'œuvres* », CCE n°12, 2007, comm.145

commande la représentation accessoire de l'œuvre¹⁴³. L'exception d'information ne peut se confondre avec la réception effective du message artistique, au risque d'entraver l'exploitation normale de l'œuvre¹⁴⁴. Elle distingue donc entre l'intérêt du public et le désir personnel du récepteur. De même, cette exploitation anormale de l'œuvre par un tiers constitue une violation de l'article 1 Protocole 1 de la CEDH. L'utilisation frauduleuse empêche l'artiste d'obtenir les droits patrimoniaux inhérents à la divulgation de sa création¹⁴⁵. Cette solution conforte la volonté de lutte contre le piratage où « *il apparaît désormais préférable de commencer par combattre le mal à la source en poursuivant (...) ceux dont les divulgations prématurées facilitent le travail des contrefacteurs* »¹⁴⁶. Toutefois, la volonté de mettre un terme aux actes de contrefaçon conduit le plus souvent à sanctionner « *tous ceux qui, à un titre quelconque, interviennent dans le processus de contrefaçon* »¹⁴⁷. Alors, la réception de l'œuvre, s'inscrivant dans le processus d'une utilisation frauduleuse, est-elle un acte condamnable ?

305. Dans l'arrêt *Salihoglu*¹⁴⁸ de la Cour EDH, une personne était poursuivie car elle était en possession de publications interdites. Les juges ont effectués deux affirmations clés : que la possession de ces publications relevait du droit de recevoir et qu'elle était potentiellement condamnable. La jurisprudence interne sanctionne déjà la réception d'œuvres lorsqu'elle s'effectue au mépris du respect des droits d'auteur. Notamment, la question du téléchargement de pair-à-pair a donné lieu à une importante jurisprudence pour sanctionner le téléchargement illicite d'œuvres¹⁴⁹. Cependant, les simples récepteurs, qui n'avaient que pour but de tirer un profit personnel de l'œuvre sans les diffuser à leur tour, ont pu invoquer avec succès l'exception de copie privée¹⁵⁰. Cette exception n'est pas transposable en matière de réception d'une œuvre non divulguée. L'exception de copie privée n'est envisagée que « *lorsque l'œuvre a été*

¹⁴³ Le droit à l'information du public ne portera pas atteinte aux droits d'auteur si la « *présentation de l'œuvre litigieuse était accessoire au sujet traité* » et n'en constitue pas l'objet principal. Voir en ce sens : C. CARON, « *De la représentation accessoire de l'œuvre de l'esprit* », CCE n°5, 2005, comm. n°78. Note sous C.Cass. 1^{er} Ch. civ., 15 mars 2005, n° 03-14.820, *Buren et Drevet c. Sté Éditions Clio Cartes et al.*

¹⁴⁴ Voir en ce sens : CCass., 1^{er} Ch. civ., 13 nov. 2003, n° 01-14385 dite *Affaire Utrillo*, C. GEIGER, « *Application de l'article 10 de la convention EDH dans le domaine du droit d'auteur* », JCP G., 2004, p.955-957, V. VARET, « *Droit d'auteur et droit du public à l'information* », LP, n°209, mars 2003, III, p.23-27

¹⁴⁵ L'artiste se trouve en quelque sorte « *privé de sa propriété* » (handyside 1976). En effet, la divulgation anticipée est une atteinte au droit de propriété duquel découle le droit de divulgation de l'œuvre créée.

¹⁴⁶ J. FRANCILLON, « *Diffusion en ligne de photographies d'un défilé de mode sans autorisation du titulaire d'un droit d'auteur* », note sous C.Cass., Ch.Crim. 5 fév. 2008, RSC, 2008, chron. pp.618 et s.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Cour EDH, *Salihoglu c. Turquie*, 21 oct. 2008

¹⁴⁹ Voir Trib. Corr. Pontoise, 02 fév. 2005, D.2005, p.14325 ; Trib. Corr. Arras, 20 juill. 2004, CCE 2004, comm.139, C. CARON

¹⁵⁰ Cette exception est posée par l'article L.122-5, 2^o du code de la propriété intellectuelle, Voir CA Montpellier 10 mars 2005, D2005, p.1294, voir aussi, J. FRANCILLON, « *Piratage numérique. Licéité ou illicéité des pratiques de « pair à pair » (« peer-to-peer » au P2P). responsabilité pénale des utilisateurs et des éditeurs ou distributeurs de logiciels d'échange* », RSC, 2006, pp.93 ets.

divulguée »¹⁵¹. Elle ne joue « qu'à partir du moment où l'accès à l'œuvre copiée était lui même licite, et que la copie à partir d'une source illicite ne permettait pas d'entrer dans le champ de l'exception »¹⁵². Cette position, confirmée par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 30 mai 2006¹⁵³, fait échec à toute vision extensive de l'exception. En effet, la source provenant de la mise à disposition fautive de l'œuvre à l'initiative d'un tiers, elle ne peut être que manifestement illicite. L'individu n'a donc pas les moyens de justifier de la possession de la copie d'une œuvre qui, en principe, ne lui est pas accessible. Partant, la réception et la conservation d'une œuvre non divulguée par son auteur est condamnable au titre de la contrefaçon.

306. Cette hypothèse de condamnation mérite tout de même une certaine diligence. Plusieurs indices laissent à penser que la condamnation du simple récepteur de l'œuvre non divulguée, si tant est qu'elle doit exister, doit rester particulièrement mesurée¹⁵⁴. Tout d'abord, cette réception n'est qu'un frein indirect à la liberté de création. L'individu simplement récepteur ne participe pas à la fuite de la création. Il ne donne pas à cette création l'apparence d'une œuvre accessible au public. De plus, il n'a pu jouir que d'une œuvre susceptible de modification ; il conserve la possibilité de devenir récepteur de l'œuvre définitive en respect des droits d'auteur. Le seul frein existant à la réception future par le récepteur réside dans le refus d'accéder à l'œuvre définitive, que ce soit en raison de la déception ou de la pleine satisfaction née de la

¹⁵¹ Article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle

¹⁵² **X. DAVERAT**, « *Communication et créations intellectuelles chroniques n°XXXIV (suite et fin)* », note sous CA Aix en Provence, 5 sept. 2007, *SEV et autres c. Aurélien D.*, PA 02 sept. 2008, pp.3-11, p.6

¹⁵³ « *Qu'en retenant, dès lors, au profit du prévenu poursuivi pour avoir gravé sur cédéroms des oeuvres cinématographiques en partie téléchargées sur internet et pour partie copiées sur d'autres cédéroms gravés dans des conditions similaires, le bénéfice de l'exception de copie privée, sans répondre aux parties civiles faisant valoir que le caractère illicite de la source des copies excluait que puisse être retenue l'exception prévue par l'article L. 122-5, 2°, du code de la propriété intellectuelle, la cour a, par interprétation erronée de ce texte, interprétation incompatible avec les principes posés par l'article 9-2 de la Convention de Berne, privé sa décision de toute base légale* » C.Cass, Crim, 30 mai 2006, Pourvoi n° 05-83.335, JCP G 2006, II, 10124, note **C. CARON**. Il avait déjà pu être affirmé que « *l'exception de copie de sauvegarde ne vaut que pour autant que l'exemplaire du logiciel copié ait une origine licite, l'illégalité de la source corrompant toutes les utilisations ultérieures* », CA Paris, 13e ch., 20 sept. 2005 : CCE 2006, comm.23, obs. **C.CARON**). Cependant, l'arrêt de renvoi a une nouvelle fois refusé de répondre à la question de la source. (CA Aix en Provence, 5^e ch., 5 sept. 2007, note, **V. NISATO**, « *Licéité de la source et copie privée : le doute persiste* », CCE, b°247, 2007, III, p.250. La question de la licéité de la source est importante. Sa reconnaissance serait l'affirmation de l'illicéité de la source lors de la diffusion d'une œuvre en contradiction avec le droit de divulgation de l'artiste.

¹⁵⁴ L'arrêt *Promusicae c. telefonica de Espana*, (CJCE c-275/06 29 janvier 2008), a montré qu'en matière de droits d'auteur, il était essentiel de respecter un juste équilibre par jeu de la proportionnalité entre public et artiste. La recherche d'équilibre, dans notre cas, se fait entre la liberté de création et la liberté de recevoir, en ce que les sanctions peuvent procurer un frein à chacune des libertés.

réception anticipée¹⁵⁵. Même si la réception anticipée n'offre pas de répercussion positive pour l'artiste, elle n'a que des effets néfastes très limités.

307. La sanction logique de la conservation de l'œuvre litigieuse revient soit à sa destruction¹⁵⁶, soit à sa restitution à l'artiste¹⁵⁷. Le recours à des sanctions pécuniaires, pratique fréquente et sévère en matière de téléchargement illicite¹⁵⁸, reste alors à relativiser. En effet, le récepteur possède une création sur laquelle l'artiste n'a pas acquis de droits patrimoniaux en raison de l'absence de divulgation. La Cour européenne a affirmé que toute décision accordant des dommages et intérêts doit présenter un rapport raisonnable de proportionnalité avec l'atteinte causée¹⁵⁹. La sanction financière n'a que pour but la réparation de l'atteinte aux droits moraux de l'auteur. Une sanction trop lourde devient un « *effet inhibiteur* »¹⁶⁰ pour les récepteurs, dissuadant l'ensemble du public de prendre part à l'échange artistique. La sanction du récepteur est possible, mais peu souhaitable. Difficile à mettre en œuvre et d'un effet limité sur la protection des prérogatives de l'auteur, elle démontre que l'accent répressif doit se porter plus largement sur les diffuseurs fautifs.

308. La protection de la liberté de création conduit au rejet classique du récepteur avant toute divulgation. Pourtant, les entreprises de communication de l'artiste au profit de récepteurs toujours plus exigeants, les contraintes nées des investisseurs et les nouvelles techniques de communication, ont permis à certains récepteurs de s'immiscer dans la phase créative.

II. L'intrusion légitime du récepteur dans la liberté de création

309. Les évolutions économiques et techniques¹⁶¹ en relations avec le domaine artistique ont perméabilisé la frontière classique entre l'artiste et son public. Dès lors, l'immixtion de certains

¹⁵⁵ Dans ce cas ne pourrait-on pas voir l'absence d'intention coupable du récepteur, qu'il lui reviendra de prouver, si celui-ci pensait acquérir l'œuvre définitive. Voir CA Paris, 13^{ème} chambre, section B, 27 avril 2007 *Anthony G. c. SCPP*, www.juriscom.net

¹⁵⁶ En cas de la possibilité de multiplication de l'œuvre tel que les fichiers audio, vidéos etc...

¹⁵⁷ En cas d'œuvre unique

¹⁵⁸ En vertu des articles L.335-2 à L.335-4, les sanctions prévues peuvent aller jusqu'à 300 000 euros d'amende.

¹⁵⁹ Voir en ce sens, Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 17 fév. 2005, §96, Cour EDH, *Giniewski c. France*, 03 janv. 2006

¹⁶⁰ Voir Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 17 fév. 2005

¹⁶¹ Les pertes de vitesses de la rentabilité de certains domaines artistiques, tel que le secteur musical, ont obligé leurs différents acteurs à se rapprocher du public, quitte à le faire participer à la phase de création, que ce soit

récepteurs lors de la phase créative est-elle de nature à éroder l'absolutisme des prérogatives du créateur artistique ? L'individu, habituellement placé comme récepteur, s'implique dans la réalisation d'une œuvre à la demande de l'artiste. Cette implication intellectuelle suppose que l'individu prenne part directement à l'activité créatrice de l'artiste. Cet investissement de l'individu, dans son étendue, est dépendant de la volonté de l'artiste. Les récepteurs peuvent donc intervenir à des degrés différents. Néanmoins, cette intrusion du récepteur potentiel en fait un acteur de la liberté. Elle conduit, par principe, à la conciliation des intérêts en jeu. On peut alors se demander si cette situation génère un droit à la réception là où il n'existe classiquement pas. Il faut alors distinguer selon les cas où le récepteur possède une part active dans la création. En effet, la volonté de l'artiste d'intégrer le récepteur potentiel dans la phase créative relève de deux ordres, intellectuel (A) et financier (B).

A/ L'implication intellectuelle

310. L'appel à la capacité créative des récepteurs peut intervenir sur une œuvre préalablement créée par l'artiste. Le but peut être d'en faire une œuvre interactive¹⁶² ou d'en retirer une œuvre nouvelle¹⁶³. Cette implication postérieure à l'achèvement de la création ne semble pas porter son incidence sur le droit de recevoir. En effet, le recours au récepteur n'influe pas sur le droit de divulgation de l'œuvre originelle conçue par l'artiste. Le récepteur ne jouit que

intellectuellement ou financièrement. Les divers outils de communication, notamment l'Internet, ont permis aux artistes et aux diffuseurs de capter l'attention du public le plus large possible sur des créations inachevées en vue d'assurer leur succès lors de la divulgation. Certains artistes ont pu, aussi, se servir des nouveaux outils de communication pour faire de leur art, non plus une activité intrinsèquement personnelle, mais une expérimentation sociale.

¹⁶² L'œuvre interactive serait une œuvre divulguée permettant à l'individu d'user de sa capacité créative pour en modifiant la perception et le jugement. L'œuvre de l'artiste est fixe, mais incorpore des variantes. Les actes du récepteur vont donc déterminer les conditions de réceptions et la réception. On peut prendre pour exemple l'œuvre *The Swing* (1999) de Marie-Jo Lafontaine, consistant en la projection d'un film sur dix-sept écrans disposés de manière à ne pas permettre une vision globale de l'œuvre. L'œuvre oblige alors le spectateur à se déplacer dans l'espace de l'installation pour se soumettre à certaines images tout en en éludant d'autres. Pour d'autres œuvres que l'on pourrait qualifier d'œuvres interactives, *Premier Colorix* (1975-1976) d'Hervé Huitric et Monique Nahas ; *Cage in cage* (1984), Nam June Paik. On peut de même penser à la technique du mxp4 qui permet d'écouter une chanson interactive intégrant des variantes strictement délimitées par l'auteur que le récepteur peut choisir à sa guise. (www.mxp4.com). De même La société Trust Media propose aux artistes de conserver la trace du processus créatif en gardant plusieurs prises de chaque enregistrement. Par la suite, le public peut choisir et combiner ces variations afin d'obtenir une version personnalisée de l'œuvre.

¹⁶³ Certaines pratiques venant des artistes invitent les récepteurs d'une œuvre créée à la modifier. En particulier, de nombreux artistes musicaux proposent, en vue d'attirer le public, de remixer une de leurs chansons en leur laissant les diverses parties musicales enregistrées par le groupe. La plupart du temps, l'acquisition des données en vue de remixer la chanson est soumise à l'acceptation d'un règlement tendant au respect de la prééminence des droits de l'auteur originaire sur l'œuvre nouvelle. On peut voir pour l'exemple de cette pratique les concours de remix à l'initiative des groupes *Franz Ferdinand* (pour la chanson *Ulysses*), *Dandy Warhols* (pour la chanson *Mis Amigos*) et *Third Eye blind* (pour les chansons *Non-dairy creamer*, *Red Star*, *Don't believe a word*).

d'une liberté dans la perception ou d'un privilège sur l'usage de l'œuvre encadré par l'auteur. Dès lors, le droit à la réception ne s'immisce pas dans la liberté de création de l'artiste qui a déjà livré une œuvre achevée. L'œuvre nouvelle qui peut en résulter est à qualifier d'œuvre composite¹⁶⁴.

311. Certaines personnes peuvent, quant elle, être placées en tant que récepteur volontaire de la création avant l'exercice du droit de divulgation¹⁶⁵. L'artiste les invite à s'impliquer dans la création même de l'œuvre inachevée. Lorsqu'elle relève de l'avis consultatif¹⁶⁶ donné à l'artiste, l'implication n'emporte aucune conséquence sur le droit de recevoir. Seul une simple « *obligation de discrétion* »¹⁶⁷ peut être mise à la charge des personnes privilégiées qui ont reçue l'œuvre en élaboration. L'artiste conserve la maîtrise absolue de sa création ; il ne fait qu'attirer les récepteurs en vue de faire de son œuvre un succès, libre à eux de juger subjectivement de sa qualité.

312. Les artistes peuvent faire de certains récepteurs de véritables collaborateurs d'une œuvre participative¹⁶⁸. Un tel type d'œuvre est *a priori* qualifiée d'œuvre collective¹⁶⁹ ou encore

¹⁶⁴ L'œuvre composite peut se définir comme « *faire usage d'une œuvre première, afin d'en tirer une seconde* ». Le récepteur devient alors auteur à son tour « *se contentant d'utiliser la matière brute de l'œuvre « princeps »* ». Rattaché à l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle, le régime des oeuvres composites est marqué par la volonté « *d'assurer la prééminence de l'auteur de l'œuvre première* » et l'obligation pour le second de respecter les droits patrimoniaux et moraux de son prédécesseur. Rappelons que l'adaptation d'une œuvre est soumise au consentement de l'auteur en vertu de l'article L.122-4 du Code de la propriété intellectuelle. **P.Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., pp. 624 et s. Toutefois, il peut être considéré que « *des nouvelles œuvres composites peuvent résider dans les créations des usagers, à partir des œuvres « en ligne » qui leur sont fournies, en complète interactivité. Ils devraient en être les seuls auteurs, de par la volonté même de ceux qui fournissent la « matière première »* ». *Ibid.*, p.626 note 2. Néanmoins, l'existence du droit à la réception n'en resterait pas moins soumise au droit de divulgation du nouvel auteur.

¹⁶⁵ « *L'inachèvement n'interdit pas l'exercice de la prérogative de révélation par l'auteur. On admet, en effet, volontiers que l'auteur puisse révéler son œuvre pour la soumettre à une critique plus ou moins élargie afin de la parfaire : cette motivation postule l'inachèvement. L'auteur se réserve de reprendre son œuvre en fonction des réactions de la critique de quelque origine qu'elles soient. C'est une façon, pour le créateur, d'évaluer jusqu'à quel point la réalisation qu'il soumet au public donne à celui-ci les moyens de se représenter ce qu'il a conçu. Il reste le seul maître de l'évaluation de l'achèvement mais introduit l'arbitrage de tiers critiques pour une appréciation plus objective de l'adéquation entre réalisation et conception.* » JCL Civ., Propriété littéraire et artistique, Cote 08, 2001, b) Conséquence de l'achèvement

¹⁶⁶ Par exemple, le groupe de musique Weezer, pour composer la chanson *Turnin'up the radio*, laissait régulièrement à ses fans des parties de la chanson pour que ceux-ci donnent leurs avis sur la création en cours. [www.virginradio.fr/musique/news/weezer-met-ses-fans-a-contribution/\(gid\)/343221](http://www.virginradio.fr/musique/news/weezer-met-ses-fans-a-contribution/(gid)/343221)

¹⁶⁷ CA Paris, 1er février 1989, D. 1990, somm. p. 192, obs. **T. HASSLER**

¹⁶⁸ On peut définir l'œuvre participative comme celle qui implique le public, à divers degré, dans la création physique de l'œuvre. Elle résulte d'une communication d'idées entre l'artiste et son public dont dépendra l'œuvre finale. Néanmoins, l'artiste reste le maître de l'œuvre en ce qu'il définit des règles et organise la création. Il conserve de même un pouvoir décisionnaire sur les idées retenues et sur l'achèvement de l'œuvre. Par exemple, *Lord Kossity* à proposer à ses fans de créer le vidéoclip de sa chanson face à la réalité (<http://lordkossity.skyrock.com/>). De même, voir le site <http://www.vigiepirate.com/dotclear/index.php>. De même,

de collaboration¹⁷⁰ dans le cas où l'implication du récepteur est légalement reconnue. *A contrario*, la création est réputée comme celle de l'auteur « *sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* »¹⁷¹. La relation entre l'artiste et les récepteurs impliqués est à considérer comme un processus créatif vertical et non horizontal¹⁷². Les récepteurs se rassemblent sous l'autorité unique¹⁷³ de l'artiste à l'origine du projet. L'artiste reste le maître à penser de la création¹⁷⁴. La vision restrictive de la notion d'auteur¹⁷⁵ et la part discrétionnaire que se préserve l'artiste ramènent la contribution du récepteur à un simple accessoire.

313. De manière générale, l'artiste reste l'auteur de l'œuvre, le titulaire du droit de divulgation et le maître de son achèvement. L'implication pratique des récepteurs potentiels n'effondre pas le privilège de l'artiste. Elle n'impose pas une obligation de diffusion de l'œuvre et encore moins l'obligation d'y insérer l'ensemble des idées reçues. L'artiste conserve donc la liberté de porter en son nom une œuvre qu'il estime digne de lui. À considérer que certains récepteurs estiment l'œuvre achevée non conforme à leur contribution, leur implication ne leur procure aucun droit. Ils n'influent en aucun point sur le droit de recevoir l'œuvre que l'artiste a décidé de publier ; ils ne peuvent donc ni arguer de l'existence d'un droit à la réception ni s'opposer à la diffusion de l'œuvre. Leur mécontentement ne peut que s'afficher par la non réception de l'œuvre, simple sanction morale à l'encontre de l'artiste.

314. Si un membre du public venait à apporter la preuve de sa contribution dans la création intellectuelle, la réponse serait-elle la même ? Le fourmillement, la diversité des contributions

de nombreux groupes de musiques invitent leur public à écouter les versions inachevées de leurs chansons pour qu'ils donnent leurs avis et fournissent des idées en vue de leur achèvement.

¹⁶⁹ L'œuvre collective, au sens de l'article L.113-2 alinéa 3 comportant la collaboration de divers auteurs fondue dans un ensemble. L'œuvre est créée à l'initiative d'une personne et sous sa direction. Elle sera divulguée en son nom.

¹⁷⁰ L'œuvre de collaboration est celle « *dans laquelle on concouru plusieurs personnes physiques* » selon l'article L.113-2 du code de la propriété intellectuelle. Elle institue une pleine « *propriété commune des coauteurs* » en vertu de l'article L.113-3 du même code car « les auteurs s'unissent sur un pied d'égalité » **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.738, n°391.

¹⁷¹ Article L.113-1 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁷² Le processus créatif est dit horizontal lorsque le travail des différents auteurs est mis sur un pied d'égalité. Les auteurs acquièrent alors les mêmes droits et obligations. Le processus créatif est dit vertical lorsque l'œuvre émanant de plusieurs auteurs reste dirigé par une personne physique ou morale qui sera, par conséquent, investie des droits de l'auteur. Voir en ce sens, **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., pp. 725 et 738

¹⁷³ **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit. p.724 n°383

¹⁷⁴ L'artiste conserve sa liberté d'opinion sur les idées qu'il reçoit pour créer une œuvre conforme à l'image qu'il s'en était donné.

¹⁷⁵ L'affaire relative au film *Etre et avoir* a démontré la vision restrictive de la notion d'auteur lorsque l'individu, même acteur, s'immisce dans le travail intellectuel. En effet, « *la seule évocation d'échanges entre le réalisateur et l'instituteur ne caractérise aucunement une participation de ce dernier aux opérations intellectuelles de conception du film* ». TGI Paris du 27 sept. 2004 : « *le pouvoir d'intervenir sur les séquences filmées, n'implique pas qu'il ait participé à la conception de l'œuvre dans sa composition.* » CA Paris, le 29 mars 2006

apportées à l'artiste ainsi que sa maîtrise de l'ouvrage rappellent les préceptes relatifs à l'œuvre collective ou encore à ceux de l'œuvre audiovisuelle. L'individu qui s'insère dans le projet accepte l'autorité de l'artiste. Il s'accorde à ce que sa contribution fusionne¹⁷⁶ dans un ensemble. Une telle contribution, quoiqu'identifiable, s'analyse comme étant « *réalisée à l'initiative et sous la direction (de l'artiste) (...) qui en a notamment contrôlé la composition* »¹⁷⁷ et l'harmonisation des apports. La contribution n'est que la réponse, bien souvent bienveillante et solidaire, à un appel de l'artiste. Cette conception suppose une présomption de cession des droits sur la contribution. Cette cession conduit à une présomption de propriété¹⁷⁸ de l'artiste. Elle lui confère la liberté de diffuser le message créé. L'éventualité de la reconnaissance de droits indivis pour le contributeur¹⁷⁹ apporterait une nuance.

315. L'exemple de l'œuvre audiovisuelle et la multitude de ses contributeurs peut se rapprocher de la réunion de l'artiste et des récepteurs en tant que force créatrice. Ce régime de l'œuvre audiovisuelle milite en faveur de la diffusion de l'œuvre au public. Il tend à ne pas bloquer le processus créatif en vue d'apporter une certaine efficacité à la liberté artistique. En effet, le « *commun accord* » entre les parties est *a priori* commandé pour que l'œuvre soit « *réputée achevée* »¹⁸⁰. Toutefois, celui qui abandonne sa contribution « *ne pourra s'opposer à l'utilisation, en vue de l'achèvement de l'œuvre, de la partie de cette contribution déjà réalisée* »¹⁸¹. L'individu qui abandonne sa contribution ne dispose plus d'aucune maîtrise sur le projet. Il ne peut donc enrayer le dispositif de création mis en place par l'artiste en s'opposant à la diffusion. Cette règle ne crée guère d'obligation de diffuser l'œuvre, mais elle la favorise. Ce conflit existant entre ceux qui veulent poursuivre la création de l'œuvre et celui qui s'y oppose donne lieu à une interprétation « *démocratique fonctionnelle des droits fondamentaux* ». En effet, elle accorde « *une préférence* » au droit de communiquer sur son blocage « *en raison de la fonction* »¹⁸² qu'il occupe dans la société démocratique. On peut alors supposer que dans

¹⁷⁶ Voir en ce sens sur la fusion des contributions au sein de l'œuvre collective, JurisClasseur Civil, Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1185, Fusion des contributions excluant l'attribution de droits distincts, Cote : 08,2006. Quitte à accepter les « *corrections justifiées par (...) l'harmonisation* » et la fusion des idées. **P.-Y.GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.732, p.387

¹⁷⁷ C.Cass., 1^e Ch. civ., 24 mars 1993, *Sté Bézault*, n°91-17.887, JCP G., 1993, II, 22085, note **F. GREFFE**

¹⁷⁸ En ce sens article L.113-5 du code de la propriété intellectuelle

¹⁷⁹ Tel que le serait la composition d'un texte d'une chanson, la réalisation d'un vidéoclip pour accompagner une chanson, d'un dessin accompagnant un ouvrage, etc...

¹⁸⁰ Article L.121-5 du code de la propriété intellectuelle

¹⁸¹ Article L.121-6 du code de la propriété intellectuelle

¹⁸² **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., p.170, n°300

l'hypothèse du non achèvement de l'œuvre par l'artiste, le contributeur devient libre d'utiliser sa contribution personnelle pour devenir à son tour le créateur principal d'une œuvre¹⁸³.

316. L'intrusion des récepteurs potentiels dans la phase créative a un impact particulièrement limité. Elle ne remet pas en cause le privilège de l'artiste en matière de divulgation de l'œuvre. On ne saurait y trouver une obligation de diffusion de l'œuvre en gestation. Le droit de recevoir n'apparaît toujours pas. Néanmoins, cette intrusion du récepteur crée une impulsion favorable à la diffusion de ces expérimentations artistiques et sociales. Cette nouvelle façon de créer mérite d'être encouragée. Sans vouloir verser dans l'aliénation de l'artiste à son public, elle garantit la liberté de création de l'artiste tout en permettant une participation active d'individus traditionnellement cantonnés au rôle de récepteur. Elle réduit le clivage artiste/récepteur. Cette intrusion du récepteur dans la création est donc de l'ordre de l'expérience sociale. Il est aussi possible, pour le récepteur, de faire de la phase créative de l'auteur une expérience financière.

B/ L'implication financière

317. L'avènement de l'ère numérique offre au public un accès étendu aux produits de la création artistique. Les individus marquent sur la toile leur soutien aux artistes et font même leur notoriété. Il suffit d'un clic de souris pour aimer une chanson, une vidéo, une image, et en faire son succès. Désormais, le soutien à l'artiste n'est plus seulement philosophique. Il relève d'un mécénat d'un genre nouveau. Un système d'implication financière propose aux récepteurs d'investir leur argent sur des artistes par Internet. Originellement créée pour les artistes musicaux¹⁸⁴ cette pratique s'étend, désormais, au financement de la promotion d'œuvres

¹⁸³ On peut ainsi penser à la possibilité pour le contributeur de créer à partir de cette contribution. Voir les articles L.113-3 et L.132-29 du CPI, sur l'exploitation de sa contribution à condition de ne pas porter concurrence néfaste à l'exploitation de l'œuvre qui a vu le jour suite à sa contribution. En effet, l'individu qui souhaite exploiter sa contribution ne doit en aucun cas faire un emprunt « *considéré comme déterminant ou particulièrement significatif* » de l'œuvre projetée qui reste protégée malgré son non aboutissement. En ce sens, **E. TREPPOZ**, « *La nouvelle Eve* » au « *Paradis* » du droit d'auteur », note sous TGI Paris, 3^e Ch., 23 nov. 2005, D.2006, p.1051.

¹⁸⁴ On pense aux nombreux sites tels que www.Sellaband.com, www.producemylive.fr, www.mymajorcompany.com. Ces sites proposent aux internautes de miser de l'argent sur des artistes après acceptation des conditions d'utilisation. Si l'artiste recueille le seuil minimum requis d'argent, celui-ci sera produit pour que ses œuvres soient exploitées. Les adhérents aux sites recevront les œuvres qui en résultent ainsi qu'une part des profits tirés de l'exploitation. On peut déjà remarquer l'essor de l'artiste *Grégoire* avec la chanson *Toi+Moi* qui fut le premier à profiter de ce système. « *Les gains réalisés par les ventes sont partagés entre les coproducteurs [à savoir le public] (de 30 à 40 %), l'artiste (de 20 à 40 %) et le site (de 20 à 50 %)* ». (source : L'express, 22 sept. 2008, **J. BORDIER**, « *Quand le net paie la note* »)

cinématographiques¹⁸⁵. Ce nouveau système repose sur les seuls investissements des particuliers. Ils servent à la production et l'exploitation d'une œuvre à la condition que l'artiste ait atteint un niveau d'investissement préalablement fixé. Ce rapport privilégié entre les récepteurs et les artistes, contractant entre eux à travers les sites internet, générerait de nouveaux droits et obligations. Toutefois, il y a lieu de se poser la question des incidences sur la liberté de créer (1) et sur la liberté de recevoir (2) d'un système annoncé comme révolutionnaire et aux dispositions juridiques parfois floues et rudimentaires¹⁸⁶.

1) L'incidence sur la liberté de créer

318. L'incidence de l'implication financière du récepteur sur la liberté de création *a priori* serait faible. En effet, les systèmes évoqués s'adressent à des artistes qui ont déjà créés leurs œuvres¹⁸⁷. Le système leur permet d'exercer leur droit de divulgation sur certaines créations musicales, s'ils n'en avaient pas déjà usé, à travers la mise en ligne de leur musique. L'artiste reste libre de modifier, de retirer¹⁸⁸ ses œuvres ; il choisit le contenu de l'œuvre définitivement produite¹⁸⁹ (l'album) ; il peut se défaire du projet¹⁹⁰. Le contrat liant l'artiste et les investisseurs porte simplement sur une œuvre future espérée¹⁹¹.

319. La recherche de succès oblige l'artiste à restreindre contractuellement sa liberté de création à travers l'adhésion au site. En effet, il est fréquent que le vote des récepteurs se

¹⁸⁵ Le site *People for cinema* (www.peopleforcinema.com) propose d'investir sur les sites distribués en France. Cependant, ce site ne sert qu'à financer la promotion et la distribution d'un film déjà créé. La divulgation du film n'est ici pas conditionnée au financement du récepteur.

¹⁸⁶ On peut prendre l'exemple de site *spidart* qui ne donne que peu d'indications sur les droits et obligations de chacune des parties et dans un langage peu évocateur

¹⁸⁷ Le choix des artistes apparaissant sur les sites est soit totalement libre, soit soumis à une sélection préalable du site qui ne choisit qu'un nombre restreint d'artistes supposés rentables.

¹⁸⁸ Conformément au droit de repentir prévu à l'article L.121-4 de code de la propriété intellectuelle

¹⁸⁹ L'artiste conserve une liberté le contrat portant sur une création à venir où les récepteurs futures mises en fonctions d'éléments donnés par l'artiste mais non définitif

¹⁹⁰ Moyennant délai de préavis sur *MYMAJORCOMPANY*. Cependant, rien n'est prévu pour le cas de l'artiste qui a atteint le quota pécuniaire requis. Peut-il arrêter et se prévaloir de la non divulgation de l'œuvre définitive ? La question reste sans réponse.

¹⁹¹ Les chansons présentées sur le site ne sont pas obligatoirement celles qui résulteront de l'enregistrement studio prévu par le site et seront, dans tout les cas modifiées en raison du nouvel enregistrement. Voir en ce sens, **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., n°275. Néanmoins, dans notre cas l'espoir ne tient plus à la seule bonne volonté de l'artiste, mais aussi celle du public de voir l'œuvre de l'artiste exploitée par l'adhésion financière. Ainsi, les rôles s'équilibrent et créent une relativisation de la maîtrise de l'œuvre par son auteur

substituée au choix de l'artiste sur certains contenus et éléments artistiques de l'album à venir¹⁹². Les différentes créations musicales mises en ligne seraient des contours de l'obligation de l'artiste envers les récepteurs-investisseurs pour que ces derniers soient « *à peu près sûr que les œuvres attendues viendront bientôt au jour* »¹⁹³. De plus, ladite adhésion implique le plus souvent l'acceptation d'un contrat d'exploitation de l'œuvre à venir. La condition de l'acquisition de l'investissement requis, vaut alors acceptation du principe de divulguer¹⁹⁴. Une contrainte, ne serait-ce qu'indirecte, pèse bien sur l'artiste. L'adhésion au site le pousse à l'exécution du contrat de bonne foi. En pratique, on demande à l'artiste de parvenir à la divulgation de son œuvre au profit de ses récepteurs-investisseurs¹⁹⁵ sans pour autant le débarrasser des contingences matérielles profitables à la libre création¹⁹⁶. L'artiste est donc dans une position fragile.

320. Les limitations à la liberté de création sont réelles. Or, leur attribution au profit des récepteurs-investisseurs ne relève que de la pure façade. Certains sites intermédiaires se targuent de l'effet de communion entre le créateur et son public alors qu'ils se positionnent en « *seul décisionnaire final des choix artistiques de chaque Artiste, l'avis des Internautes Producteur demeurant consultatif* »¹⁹⁷. D'autres indices démontrent encore les limites de la valorisation de l'activité créatrice. La restriction de la taille des fichiers à mettre en ligne ne permet pas la diffusion de chansons de longue durée¹⁹⁸. L'adhésion suppose aussi une exclusivité sur des œuvres non encore exploitées, même postérieurement à la résiliation du contrat¹⁹⁹. On present

¹⁹² « *L'Internaute-Producteur peut participer, à proportion de sa contribution financière dans l'Enregistrement concerné, aux votes organisés par MY MAJOR COMPANY concernant les choix artistiques sur lesquels MY MAJOR COMPANY souhaitera avoir son avis (par exemple choix de la pochette, choix de l'Œuvre à exploiter en single, ...)* ». Point n°5 des conditions particulières de l'internaute-producteur du site *Mymajorcompany*

¹⁹³ **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., n°275. Voir de même, CA Paris, 27 nov. 1854, S. 56.2.47,

¹⁹⁴ Voir en ce sens, *Ibid.*, p.239 et p241. Cependant, peut-on réellement considérer que le droit de divulguer est acquis alors que l'œuvre à exploiter n'est pas pleinement réalisée. Retenir une telle solution irait à l'encontre des droits moraux de l'auteur en ce qu'il ne permet plus à l'artiste de divulguer une œuvre reflet de sa personnalité

¹⁹⁵ Cette obligation ne née réellement que lorsque l'artiste a atteint le seuil de financement requis. Ainsi, l'hypothèse d'une indemnisation ne peut arriver que si le seuil est atteint est que la production de l'album a débuté.

¹⁹⁶ En matière de cessions d'œuvres futures les différentes parties y trouvent souvent leur compte. En effet, l'auteur perçoit des « *minima garantis alimentaires qui le débarrasseront des contingences matérielles* » pour qu'il n'ait qu'une chose à faire : créer. En ce sens **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.542

¹⁹⁷ Point 8, des conditions particulières de l'internaute-producteur du site *Mymajorcompany*

¹⁹⁸ A moins que l'artiste utilise un mode de compression qui viendra inévitablement limité la qualité sonore de sa création.

¹⁹⁹ Certains sites imposent une exclusivité, même huit mois après la résiliation du contrat, sur les œuvres « *destinées à figurer sur l'album à produire* ». « *L'ARTISTE s'engage pendant toute la durée du contrat et dans les 8 (huit) mois suivant son terme : à soumettre à MY MAJOR COMPANY par lettre recommandée avec accusé de réception toutes les offres originales qui lui seraient faites par un tiers quelconque et à donner la préférence à MY MAJOR COMPANY à conditions équivalentes (durée, nombre d'enregistrements en studio, taux de redevances, avance) ; à informer par tout moyen tout tiers lui faisant une offre de contrat relatif à sa qualité d'artiste interprète ou d'auteur*

alors que la limitation de la liberté de création a pour but essentiel la recherche d'artistes rentables pour les façonner selon les attentes consuméristes des individus adhérant au projet. Cet asservissement est-il au moins favorable au droit à la réception?

2) L'incidence sur le droit de recevoir

321. Ces initiatives ne seraient pas dénuées d'impact favorable pour les récepteurs. Elles concourent inévitablement « à l'échange public des informations et idées culturelles (...) de toute sorte »²⁰⁰ en offrant un nouvel espace d'expression à des artistes en recherche d'un public. Ces sites participent donc à la diversité de l'offre artistique. Intermédiaires privilégiés entre la volonté de s'exprimer et la volonté de recevoir, ils revalorisent la place du récepteur. Ils font de son implication un levier pour le droit de recevoir de tout individu. Ce système, reposant sur la volonté individuelle, commande un nombre réduit de personnes intéressées²⁰¹ pour que l'œuvre puisse être exploitée. Une fois le seuil pécuniaire atteint, le contrat d'exploitation étant au préalable signé, les récepteurs-investisseurs tirent de leur implication le droit de recevoir²⁰² l'œuvre en production et donc, inachevée. Les investisseurs s'invitent dans la liberté de création, au profit de l'ensemble des récepteurs potentiels.

de l'existence du présent contrat et à inviter ce dernier à prendre attache avec MY MAJOR COMPANY avant toute signature ; à ne pas commercialiser directement ou indirectement par tous moyens les Œuvres Musicales mises en ligne et destinées à figurer sur l'album à produire, ainsi que les Eléments Visuels ; à ne pas figurer sur un site concurrent de MY MAJOR COMPANY, offrant aux internautes de contribuer financièrement à la productions d'Artistes ; à ne pas liciter d'autorisation d'exploitation des enregistrements de ses interprétations sous toute forme au profit de tiers sans l'autorisation préalable de MY MAJOR COMPANY. » Point 7 des conditions particulières de l'artiste, Mymajorcompany. Cependant, il est clair que l'album étant encore à produire, l'œuvre dont le site souhaite avoir l'exclusivité est une œuvre inachevée et non exploitée. Dès lors, le site abuse d'une position dominante qui vient geler le capital artistique de l'artiste et fait obstacle au développement des créations de l'artiste. Sur ce point Voir **B. EDELMAN**, « Autopsie des contrats de production phonographique. Etat des lieux et perspectives », D.2007, n°41, p.2895, point 25 et s.

²⁰⁰ Cour EDH, *Müller et autres c. Suisse*, préc., §27

²⁰¹ Le seuil pour que la production soit lancée avoisine les 50 000 € à raison d'une part minimum de 10 € par investisseur. Il faut, dès lors, un maximum de 5000 personnes pour que l'œuvre soit exploitée. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'individu ayant investi la somme minimum recevra l'album soutenu en plus des éventuelles recettes. En 2001, le prix moyen des albums, en magasin ou sur internet dépassé les 15 euros. **S. LARRIBEAU** et **T. PENARD**, « Commerce électronique et dynamique des prix :une application à la vente en ligne de CD », <http://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard/biblio/CD.pdf>. Il est à noter que l'artiste *Gregoire* n'a eu besoin que de 347 récepteurs-investisseurs pour voir son album produit et accessible à l'ensemble du public. Source : *Mymajorcompany*. Il est à noter que l'album physique (en format CD), désormais produit, reste plus cher dans le commerce que la part minimum demandée pour sa production, invitant l'individu à prendre à la production de l'œuvre.

²⁰² Les sites prévoient d'autres droits favorables à la liberté de recevoir par l'implication financière. On pense aux droits d'accès aux concerts des artistes sur lesquels les internautes ont misé.

322. Cette intrusion du récepteur dans la liberté de création ne se fait ni sans effets néfastes, ni sans possible dérives. Les contrats sur lesquels s'engagent les artistes et les récepteurs-investisseurs ne les lient pas réellement entre eux, mais au site intermédiaire. La relation entre artiste et investisseurs repose sur une confiance mutuelle en réalité bien fragile. Chaque récepteur-investisseur est enclin à la versatilité car libre de déplacer son investissement sur d'autres artistes sans aucune justification. L'effet spéculatif sur les artistes aux apparences de rentabilité est alors exacerbé. Il crée une aliénation des créateurs à leurs investisseurs car il les oblige à confirmer de manière récurrente les espoirs portés sur eux. Il n'est plus question de proposer un message artistique au récepteur, mais de le satisfaire.

323. Cette attitude des récepteurs-investisseurs, résolument consumériste et commercialement connotée, est malheureusement logique. Le système mis en place, lorsqu'il ne repose que sur quelques artistes, fait simplement supporter par quelques récepteurs futurs les coûts de production d'œuvres d'artistes déjà définis comme ayant un intérêt pour le public et commercialement rentable. Lorsque le site ouvre ses portes à l'ensemble des artistes, l'investissement n'est souvent que la « *vente d'un espoir* »²⁰³. L'investisseur n'est pas enclin à miser sur les artistes, faute de voir croître l'investissement global d'un artiste perdu parmi tant d'autres. De même, l'artiste peut se servir de ces sites pour s'offrir un espace d'expression, quitte à se défaire du projet au profit d'autres moyens de productions. En effet, l'asservissement volontaire de l'artiste n'implique qu'une exploitation conditionnelle de l'œuvre future. La prédominance assurée de la liberté des parties laisse une large place à leur versatilité. Ces sites ne créent donc pas les conditions adéquates à préservation de l'activité créatrice. Le critère de rentabilité, sous-jacent à ces initiatives, laisse primer la seule vocation commerciale du projet. Les artistes plus marginaux ou moins rentables, au prix d'un asservissement plus ou moins désiré, doivent compter sur l'immense générosité de récepteurs qui paieront le prix fort pour que l'œuvre soit produite et espérer la recevoir un jour.

324. L'implication financière des récepteurs crée un déséquilibre entre la vocation culturelle et commerciale du message artistique. Elle n'apporte que peu de bénéfices à l'ensemble des parties. L'évolution du droit de recevoir à travers ce système n'est donc qu'illusion. Une généralisation de ce système et sa transposition à d'autres formes artistiques est peu souhaitable. Le contrat passé entre l'artiste et le récepteur-investisseur n'est que l'illusion de l'attribution de

²⁰³ *Ibid.*, p.541

nouveaux droits sous la mainmise d'un diffuseur qui retire tous les intérêts. Le récepteur, classiquement mis hors jeu lors de la phase création, arrive à s'intégrer dans la phase de création de l'artiste. Toutefois, entre leurs allures de nouvelle façon de faire l'art et leur accentuation de la marchandisation des œuvres, les nouvelles pratiques artistiques se doivent de ne pas céder aux attentes consuméristes au prix de l'asservissement du créateur. La protection particulière de la liberté de création à travers les droits d'auteur doit rester une barrière aux tentations d'ériger le récepteur en un instrument dirigé contre l'artiste.

Section 2 : Le droit de communiquer et le droit de recevoir

325. L'hyper-socialisation de la liberté artistique a engendré une large offre artistique et de nombreux moyens d'y accéder. Elle a surtout entraîné de nombreuses dérives. Les individus sont de plus en plus enclins à recevoir le produit particulier qu'est le message artistique sans reconnaître de dette envers l'artiste. Le récepteur ne se sert plus dans une offre artistique, il la dévalue. Le fossé est creusé entre les attentes de l'artiste et « *l'opinion publique entendant dénoncer les excès protectionnistes des propriétés intellectuelles* »²⁰⁴. Or, le principe doit rester que l'exercice du droit de recevoir un message artistique est par essence le corollaire du droit de communiquer de l'artiste. Si, selon la jurisprudence de la Cour EDH, c'est habituellement l'artiste qui doit respecter les droits d'autrui, « *les devoirs ne sont pas unilatéraux* »²⁰⁵ et peuvent incomber au récepteur. L'exercice licite du droit individuel à la réception est marqué par sa soumission au droit de communiquer (§1). Toutefois, l'expansion du droit à la réception et ses nombreuses dérives imposent la recherche d'un nouvel équilibre (§2).

§1 Le prééminence du droit de communiquer

326. « *Les devoirs individuels peuvent (...) résulter d'une interdiction d'abuser des droits et libertés garantis par la Convention* »²⁰⁶. La question de la licéité de l'exercice du droit étudié se raccroche directement à la problématique du respect, par le récepteur, des droits de l'artiste. L'exercice licite du droit de recevoir commanderait plus précisément le respect des conditions de diffusion posées par l'auteur. Le débat se recentre alors autour d'un point essentiel : la licéité de la source mise à la disposition de l'individu. Cette exigence de licéité apparaît comme essentielle à la recherche d'un juste équilibre entre les droits de l'artiste et du récepteur, l'un étant inévitablement l'autrui de l'autre au regard de la Convention EDH. La question de la licéité de la source laisse envisager l'exercice du droit à la réception sous deux aspects. La protection des

²⁰⁴ C. GEIGER, Thèse, op.cit., p.3

²⁰⁵ B. MOUTEL, Thèse, op.cit., p.396

²⁰⁶ *Ibid.*

droits patrimoniaux de l'artiste, sous l'égide de l'article 1 Protocole 1, implique un exercice licite du droit de recevoir (I). Cette exigence, lorsqu'elle relève d'un conflit interne à l'article 10, reste souvent éludée alors qu'elle n'en est pas moins essentielle (II).

I. L'exercice du droit de recevoir en respect des droits patrimoniaux de l'artiste

327. La recherche d'un équilibre économique et social entre le droit à la réception et la protection patrimoniale de l'œuvre est appréhendée de manière universelle²⁰⁷. L'émergence du droit à la réception pose la question de savoir si ce droit peut supplanter les droits patrimoniaux de l'artiste ou s'il s'y subordonne. Cette recherche d'équilibre a conduit à privilégier l'artiste. La volonté généralisée de soumettre le droit à la réception au respect des attributs patrimoniaux de l'artiste est forte (A). Toutefois, l'utilisation de l'exception de copie privée constituait, jusqu'à lors, une brèche pour légitimer la réception illicite. La nouvelle appréhension du droit de recevoir en fonction de la licéité de la source de réception semble l'avoir refermé (B).

A/ La licéité de la réception

328. Le droit à la réception s'entend comme « *un droit d'accès aux sources (...) accessibles* »²⁰⁸. Si selon la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les arts sont libres²⁰⁹, toutes les œuvres ne sont pas pour autant accessibles. C'est la divulgation de l'œuvre qui conditionne le droit de la recevoir. Les décisions du Conseil constitutionnel des 10 juin²¹⁰ et 22 octobre 2009²¹¹ relatives aux lois dites Hadopi²¹² et Hadopi 2²¹³ s'inscrivent dans cette conception. La première décision consacre la liberté d'accéder à Internet sur le fondement de

²⁰⁷ Sur le plan communautaire, la directive du Parlement européen et du Conseil 2001/29/CE du 22 mai 2001. En matière européenne, voir jurisprudence citée au sein de cette partie et Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe, 23 nov. 2001, Titre 4. Sur le plan interne, la Loi du 1^{er} août 2006 « DADVSI » ou la loi du 28 octobre 2009 « Création et Internet » dite encore Loi « HADOPI ».

²⁰⁸ C. GEIGER, thèse, op.cit., p.136

²⁰⁹ Article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

²¹⁰ Conseil Constitutionnel, DC n°2009-580, 10 juin 2009

²¹¹ Conseil Constitutionnel, DC n°2009-590, 22 oct. 2009

²¹² Loi n°2009-669 favorisant la protection et la diffusion de la création sur Internet, 12 juin 2009

²¹³ Loi n°2009-1311 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, 28 oct. 2009

l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²¹⁴. Cette position a conduit certains auteurs à clamer que « *le droit d'être connecté à internet est (...) un droit constitutionnel dérivé de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »²¹⁵. L'arrêt *Willem*²¹⁶ de la Cour EDH, confirme l'existence de ce droit. En l'espèce, le requérant avait publié sur le site Internet de sa commune une lettre ouverte. Cette publication fût incriminée en raison de son caractère discriminatoire. La Cour EDH a conclu à la non violation de l'article 10 de la Convention. Le recours à cet article conduit inévitablement à affirmer que le droit de s'exprimer et de recevoir des idées et informations sur Internet est substantiellement protégé par l'article 10 de la CEDH. En effet, une telle fondamentalisation du droit d'accès à Internet s'inscrit dans l'affirmation qu'« *outré la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège leur mode d'expression* »²¹⁷.

329. Les deux décisions du Conseil constitutionnel soulignent toutefois le besoin de concilier cette liberté avec la protection de la propriété intellectuelle. Ces deux lois successives, qui luttent contre les « *délits de contrefaçon commis au moyen d'un service de communication au public en ligne* »²¹⁸, cherchent « *à favoriser l'offre légale des œuvres [...] auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin* »²¹⁹. Ces lois semblent plutôt encadrer la réception licite des œuvres. En effet, elles concernent directement l'exercice illicite du droit d'accéder à Internet en raison d'une atteinte portée au droit de propriété de l'artiste²²⁰. Les nouvelles dispositions sanctionnent ainsi les pratiques contrefaisantes des récepteurs. Comme l'évoque le Conseil, « *la labellisation du " caractère légal " des offres de service de communication au public en ligne a pour seul objet de favoriser l'identification, par le public, d'offres de service respectant les droits de la propriété intellectuelle* »²²¹. Cette visibilité du caractère légal par les récepteurs tend donc à renforcer l'exigence du caractère licite de la réception.

330. La revendication de la licéité de la réception se confirmerait en droit européen. Le Conseil de l'Europe a affirmé que même si « *la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme reconnaît manifestement au public le droit général à être informé (...) cela ne*

²¹⁴ Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, préc., considérant n°12

²¹⁵ **L. MARINO**, « *Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental* », D. 10 sept. 2009, pp.2045-2046, p.2045

²¹⁶ Cour EDH, *Willem c. France*, 16 juil. 2009

²¹⁷ Cour EDH, *Oberschlick (n°1) c. Autriche*, 23 mai 1991, §57

²¹⁸ Conseil constitutionnel, 22 oct. 2009, préc.

²¹⁹ Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, préc., cons. n°4

²²⁰ *Ibid.*, cons. n°13

²²¹ *Ibid.*, cons. n°34

signifie pas que l'article 10 donne au particulier le droit à un accès général ou partiel à des informations privées ou officielles »²²². Le bien qu'est le message artistique est qualifiable d'information privée. Les droits à sa réception et à son acquisition ne sont pas absolus, car restreint par le respect des droits d'autrui. En effet, « la protection des droits d'autrui apparaît comme la clause privilégiée pour découvrir des conflits de droits »²²³. Prenant garde à la structure du conflit, les droits d'autrui ne doivent pas être compris comme une simple clause de restriction à un droit protégé, mais comme un réel conflit entre deux droits fondamentaux. La question de la licéité de la réception met donc en avant un conflit entre deux droits conventionnellement reconnus : la protection de la propriété intellectuelle sur le fondement de l'article 1 Protocole 1²²⁴ et le droit de recevoir protégé par l'article 10 de la CEDH. Ces deux droits étant d'égale valeur, le conflit apparent doit aboutir à leur conciliation.

331. La Cour EDH affirme que « l'interprétation et l'application de l'article 10 (...) doivent s'harmoniser avec la logique de la Convention »²²⁵. La fondamentalisation, à travers l'article 1 Protocole 1, du droit de la propriété intellectuelle par l'arrêt *Anheuser-Busch Inc.*²²⁶ et des droits d'auteur par les affaires *Melnitchouk* et *Balan*²²⁷, font de ces droits des éléments de restriction à la liberté de réception. En effet, la réception est susceptible d'être illicite lorsqu'elle entre en contradiction avec « les droits patrimoniaux » de l'artiste vus comme « un intérêt substantiel protégé par l'article 1 Protocole 1 »²²⁸. La revendication d'un accès à une œuvre ne signifie pas son accès sans contrepartie pour l'auteur²²⁹. L'arrêt *Balan*²³⁰ l'affirme hautement. L'affaire était relative à l'utilisation par les autorités, sans autorisation et sans rémunération, d'une photographie protégée. Les autorités souhaitaient faire figurer cette photographie sur les cartes d'identité nationale. Le photographe a saisi la Cour EDH pour faire constater la violation de l'article 1 Protocole 1. Il a demandé la protection de son droit déjà établi sur l'œuvre en lui

²²² **D. VOORHOOF**, *Analyse critique de la portée et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 1995, Conseil de l'Europe, p.46

²²³ **P. DUCOULOMBIER**, « Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », Thèse, Soutenue le 13 nov. 2008 à l'Université de Strasbourg III-Robert Schuman, (version modifiée), p.48

²²⁴ En ce sens, Cour EDH, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janv. 2007 ; Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008

²²⁵ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 21 sept. 1994, §47

²²⁶ Cour EDH, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janv. 2007

²²⁷ En ce sens : Cour EDH, Déc., *Melnitchouk c. Ukraine*, 5 juil. 2005 ; Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008

²²⁸ Cour EDH (Gde ch.), *Anheuser-Busch c. Portugal*, 11 janv. 2007, §63 ; *Beyeler c. Italie*, 05 janv. 2000

²²⁹ Voir Comm. EDH, *Société nationale des programmes France 2 c. France*, 15 janv. 1997. Voir sur la question : **P. KAMINA**, « Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : à propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe », *Légicom* n°25, 2001/2, ; **A. ZOLLINGER**, thèse, op.cit., p.362

²³⁰ Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, préc.

attribuant une compensation du fait de son utilisation²³¹. La Cour a estimé que l'utilisation litigieuse de l'œuvre portait atteinte aux droits d'auteur ; l'artiste n'avait pas accepté cette utilisation sans rémunération²³². La Cour a donc affirmé que l'utilisation d'une œuvre était soumise au respect de la compensation dont peut se prévaloir l'artiste en vertu de ses droits patrimoniaux. Il ne faut pas en conclure que l'exercice du droit de recevoir est soumis à l'obligation d'offrir une compensation à l'artiste, mais que le récepteur ne doit pas y attenter dès lors qu'elle existe. Ce respect de l'article 1 Protocole 1 dans l'exercice de la liberté de recevoir se comprend donc plus facilement dès lors qu'il existe des modes de réception qui n'obligent pas à une compensation directe de l'artiste²³³.

Une telle position se confirme par la conception extensive qu'entend donner la Cour à la protection de la propriété intellectuelle : « l'« *espérance légitime* » d'obtenir une valeur patrimoniale peut également bénéficier de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1. Ainsi, lorsque l'intérêt patrimonial est de l'ordre de la créance, l'on peut considérer que l'intéressé dispose d'une *espérance légitime* si un tel intérêt présente une base suffisante en droit interne »²³⁴. L'acquisition de droits patrimoniaux par la divulgation de l'œuvre génère *a minima* une espérance légitime de retirer les profits de la réception par autrui. Si une compensation est exigée pour la réception de l'œuvre, elle doit, par principe, être due à l'auteur.

332. Cette « *préférence abstraite* »²³⁵ donnée à l'article 1 Protocole 1 dans ce conflit se comprend pour plusieurs raisons. Le droit de recevoir est limité au respect des autres dispositions conventionnelles en raison de la référence aux droits d'autrui dans le paragraphe 2 de l'article 10. Il peut donc être naturellement limité par le respect du droit de propriété de l'artiste. L'article 1 Protocole 1 est, quant à lui, un droit « *pouvant être limité au nom d'un intérêt public* »²³⁶. Alors, si les droits patrimoniaux de l'artiste sont susceptibles d'être remis en cause, ce n'est que par sa mise en balance avec le droit du public, conçu comme l'intérêt de tous, et non avec la recherche d'un avantage personnel dans l'exercice du droit individuel de recevoir. Replacé dans le cadre du conflit de droits, les différentes techniques de résolution conduisent à donner une « *supériorité relative* »²³⁷ aux droits patrimoniaux de l'artiste sur le droit individuel de recevoir. Le conflit de droit peut, d'abord, être nié « *par la redéfinition de l'étendue des droits* » par « *une*

²³¹ *Ibid.*, §34

²³² *Ibid.*, §39

²³³ On pense à la radio, les sites Internet de diffusion musicale, ou tout simplement les licences alternatives où l'auteur recherche une protection sans commander vouloir retirer de droits patrimoniaux de son œuvre.

²³⁴ Cour EDH (Gde ch.), *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, préc., §65

²³⁵ Voir P.DUCOULOMBIER, thèse, op.cit., notamment, p.485, n°834

²³⁶ *Ibid.*, p.240

²³⁷ P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit., n°559

interprétation restrictive du contenu des droits conventionnels »²³⁸. Ainsi, le droit de recevoir contenu dans l'article 10 n'inclut pas en son sein le droit de recevoir un message artistique de manière gratuite. Toutefois, la compensation directe de l'auteur par le récepteur n'étant ni obligatoire ni le principe, cette conception est trop restrictive. Une « *analyse poussée du but légitime* »²³⁹ est donc plus appropriée. L'objectif n'est pas de nier l'existence du conflit mais d'en retirer tous les éléments car « *en protégeant les droits d'un titulaire déterminé, l'État peut servir une cause plus générale* »²⁴⁰. Dès lors, si les droits en conflits semblent avoir une valeur identique, le juge recherche « *l'intérêt le plus légitime contenu dans les droits en cause* »²⁴¹. En effet, « *le droit conventionnel apparaît (...) comme le contenant et les intérêts représentent son contenu* »²⁴². En limitant le droit de recevoir au respect des droits patrimoniaux de l'artiste, l'État entend évidemment le protéger. Il protégerait aussi les autres récepteurs²⁴³. En effet, la perception des fruits du travail par le créateur est essentielle à la pérennité de la liberté de création de l'artiste et, par conséquent, à sa diffusion auprès du public²⁴⁴.

333. Corollairement, la mise en place d'exceptions légales au profit du public en général²⁴⁵ constitue une relativisation des droits d'auteur pour des besoins de conciliation. L'intérêt public, susceptible de limiter l'article 1 Protocole 1, réside donc dans son respect. Il protège tant les droits de l'artiste que les droits de l'ensemble des récepteurs. Le non respect des droits patrimoniaux par le récepteur individuel est donc une « *illustration des effets néfastes que l'exercice d'un droit peut produire sur les droits d'autrui* »²⁴⁶. L'usage abusif du droit de recevoir, en ce qu'il ne respecte pas les droits patrimoniaux de l'artiste, « *s'il ne débouche pas sur la déchéance de la protection conventionnel, devrait au moins diminuer le poids relatif de cet article dans la balance* »²⁴⁷. Dans une conception stricte du conflit, les atteintes possibles qui sont mises en balances sont différentes ; elles ne sont que mineures pour le récepteur car elles reviennent au conditionnement dans son droit de recevoir ; elles sont sérieuses pour l'artiste qui

²³⁸ *Ibid.*, p.399-400, n°689 et s.

²³⁹ *Ibid.*, p.504, n°875

²⁴⁰ *Ibid.*, p.48, n°78

²⁴¹ *Ibid.* p.53, n°87

²⁴² *Ibid.*, p.62, n°102

²⁴³ Voir en ce sens, **N. MALLET-PUJOL**, « *Le droit d'auteur au risque de la numérisation* », Sciences de l'homme et de la société, mai 2004, n°69, p.50, **C. CARON**, « *Droit de l'Homme : inquiétudes (provisoirement) dissipées* », CCE, janv. 2004, p.25-26, **C. GEIGER**, thèse, op.cit., **A. ZOLLINGER**, thèse, op.cit.

²⁴⁴ On peut d'ailleurs penser que le respect des droits patrimoniaux de l'artiste par le récepteur peut avoir un effet vertueux en matière de diffusion de l'art. Il évite que le manque à gagner en raison des réceptions illicites soit à compenser par d'autres moyens. Le coût de la réception artistique pourra être réduit. Tout du moins, il serait un obstacle légitime à la tentation de proposer les œuvres à un tarif prohibitif.

²⁴⁵ Exemple : le droit à l'information

²⁴⁶ **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., p.407, n°706

²⁴⁷ *Ibid.*, p.411, n°712

se voit priver de son droit de propriété sur l'œuvre. Dans une conception élargie du conflit, la prévalence du respect des droits de patrimoniaux provient de son assimilation à l'intérêt général. Elle se comprend comme une logique fonctionnelle propre à la liberté artistique. Le respect de ces droits supplante le droit de recevoir car ce dernier ne poursuit que la satisfaction d'un intérêt individuel²⁴⁸. Briser cette prévalence reviendrait à remettre en cause le rôle de l'artiste dans la société démocratique par une fragilisation inévitable de son statut²⁴⁹.

334. Ce conditionnement du droit de recevoir se conçoit donc à la lumière de l'unité des droits fondamentaux, comme l'a souligné Patrice Meyer-Bisch : « *s'il est nécessaire souvent de peser les intérêts individuels, de limiter la liberté des uns pour respecter celle des autres, il ne s'agit pas en réalité de restreindre les libertés individuelles, mais d'en limiter l'exercice de façon à considérer et à respecter toutes les libertés de tous comme un ensemble. La logique ordinaire des droits part de l'expérience des conflits d'intérêts, celle des droits humains postule la synergie entre les libertés de chacun* »²⁵⁰. En se plaçant du côté du récepteur, l'artiste, en tant qu'autrui, « *n'est pas conçu comme une limite mais comme une condition de réalisation de ses propres droits* »²⁵¹. L'exigence d'une compensation du titulaire des droits²⁵², lorsqu'elle est demandée au récepteur, constitue une condition de l'exercice licite du droit à la réception. La liberté de réception, si elle s'exerce sans contrôle, mutilerait celle de l'artiste et, à terme, celle de l'ensemble des récepteurs. La conception développée du conflit est alors susceptible de faire voler en éclat l'instrumentalisation des exceptions de réception privée.

B / La licéité de la source de réception

335. Les nouveaux modes d'accès aux œuvres, tels que le streaming²⁵³ et le téléchargement de pair à pair, ont ouvert la voie de la réception privée en marge de toute protection des droits de l'artiste à travers l'instrumentalisation des exceptions au droit d'auteur. Ces exceptions de réception privée sont prévues à l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle. Elles

²⁴⁸ En ce sens, *Ibid.*, p.566, n°989

²⁴⁹ En ce sens voir, *Ibid.*, p.551, n°960

²⁵⁰ **P. MEYER-BISCH**, « *Méthodologie pour une présentation systématique des droits humains* », dans *Classer les droits de l'homme*, **E. BRIBOSIA** et **L. HENNEBEL**, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.59

²⁵¹ **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., p.489, n°844

²⁵² Cependant, certains artistes peuvent choisir de ne pas rechercher de compensation en choisissant des systèmes prévus tel que la Licence Art Libre (<http://artlibre.org/licence/lal>)

²⁵³ Le *streaming* est une technique de réception de l'œuvre en direct et à la demande qui n'impose qu'une reproduction temporaire de l'œuvre sur l'ordinateur. Celle-ci n'emporte pas l'acquisition

doivent être envisagées au regard des risques inhérents à l'environnement numérique pour ne pas mettre à mal la recherche d'équilibre nécessaire entre les intérêts de l'artiste et du récepteur. L'exception de copie privée prévue à l'article L.122-5 2° suppose la reproduction de l'œuvre en vue de son utilisation à titre privée. Elle sert donc de fondement pour tenter de justifier le téléchargement illicite. Le *streaming* est aussi classiquement rattaché à la reproduction. Or, ne nécessitant qu'un téléchargement temporaire, la justification de son utilisation peut aussi s'inscrire dans l'exception de représentation privée de l'article L.122-5 1°. Ces exceptions permettent classiquement la réception personnelle en échappant aux dispositions pénales des articles L.335-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

336. En vue de limiter le champ des exceptions, le droit d'auteur a déjà eu à connaître de la notion « *d'utilisateur légitime* »²⁵⁴ en matière d'acquisition et d'utilisation licite d'œuvres. Selon M. le Professeur Caron, cette notion, qui admettons-le reste floue, impose que « *le comportement de l'utilisateur [soit] entièrement baigné dans la licéité* »²⁵⁵. Néanmoins, la question de l'exigence de la licéité de la source de réception en matière d'exception privée est restée largement débattue. La division sur ce point est apparue tant au sein de la doctrine française²⁵⁶ qu'entre les États membres du Conseil de l'Europe²⁵⁷.

337. La licéité de la source comme condition du bénéfice de l'exception semble s'être imposée en France. La loi du 1^{er} août 2006²⁵⁸, issue de la transposition de la directive communautaire du 22 Mai 2001, a envisagé le droit d'empêcher ou de limiter « *les utilisations*

²⁵⁴ Voir sur ce point, **S. DUSOLLIER**, « *L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur* », CCE, nov.2005, pp.17 et s.

²⁵⁵ **C. CARON**, « *Les juges du fond invités à rechercher les circonstances dans lesquelles le prévenu a effectué la copie* », JCP.G., 2006, II, 10124, p.1456

²⁵⁶ Sur la source licite de réception : En faveur de l'exigence de la source licite (**P.-Y. GAUTIER**, op.cit., n°194-1, **Y. GAUBIAC**, et **J. GINSBURG**, « *L'avenir de la copie privée numérique en Europe* », CCE 2000 étude 1, p.9-11 ; **C. CARON**, « *Les juges du fond invités à rechercher les circonstances dans lesquelles le prévenu a effectué la copie* », JCP G., 2006, II, 10124, p.1456. Contre l'exigence : **J. LARRIEU**, « « *Peer to peer* » et copie privée », D. 2004, pp.3132 et s.

²⁵⁷ Notons qu'en Belgique, cette question est réglée, en faveur de la source licite, depuis 1994, par la loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins (LDA, 30 juin 1994, art.79 bis, §4). Cette loi confère aux auteurs des droits exclusifs, qui leur permettent d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres, leur mise à disposition au public par la vente, l'échange ou la location et leur communication au public. La LDA prévoit également une série d'exceptions au régime des droits d'auteurs et droits voisins dont l'exception de copie privée. Il en est de même en Allemagne par la Loi du 10 sept. 2003, en son article 53. Cependant, en Hollande il a été considéré que la copie à usage privée effectuée par téléchargement n'était pas une contrefaçon. (Tribunal Haarlem, 12 mai 2004, *Stichting Brein c. Zoekmp3*).

Un arrêt de la Cour d'appel de Stockholm, du 12 octobre 2009, en application de la loi *Intellectual property reinforcement rights* entrée en vigueur le 1^{er} avril, 2009 a refusé a estimé que le nom d'un internaute soit divulgué sans la preuve que les œuvres audio de son ordinateur soit accessible au grand public. « *Suède : une cour d'appel infirme un jugement sur le téléchargement illégal* », RLDI, oct. 2009, actualités, n°53-14

²⁵⁸ Loi DADVSI n° du 1^{er} août 2006, sur les dispositions spécifiques aux mesures de protection

non autorisées » d'œuvres, tant qu'elles ne s'opposent pas à leur « *libre usage* »²⁵⁹. Tout en restant attentif à la finalité de jouissance des œuvres par le récepteur, cette loi a intégrée la notion « *d'accès licite* » comme condition du bénéfice des exceptions au droit d'auteur. Cette intégration avait pour objectif d'éviter toute atteinte à l'« *exploitation normale* » de l'œuvre²⁶⁰. Cette timide reconnaissance n'était que trop implicite. La Cour de Cassation a pris position dans un arrêt du 30 mai 2006²⁶¹. La Cour a censuré la décision d'appel en raison du défaut de réponse aux conclusions de l'argumentation fondée sur l'illicéité de la source de la copie. Si le besoin de répondre à la question ne consacre pas en soi l'exigence de licéité de la source, elle démontre que la mise en œuvre de l'exception ne saurait se satisfaire, par principe, d'une source illicite. Tant la loi que la Cour de Cassation ont convergé vers l'exigence de la licéité de la source de réception sans la consacrer. Seule la mise à disposition de l'œuvre au public constituait explicitement une infraction²⁶².

338. Le projet de loi « *Création et internet* »²⁶³ sur lequel se sont opposés le Conseil Constitutionnel et le Parlement européen²⁶⁴, donnant lieu à la loi dite HADOPI 2 du 28 octobre 2009²⁶⁵ marque la volonté de lutter efficacement contre le téléchargement illicite²⁶⁶ de tout

²⁵⁹ Article L.331-5 du code de la propriété intellectuelle

²⁶⁰ Article L.331-9 du code de la propriété intellectuelle

²⁶¹ Le prévenu, poursuivi pour avoir gravé sur cédéroms des œuvres cinématographiques après les avoir, soit téléchargées sur Internet, soit copiées sur d'autres cédéroms, a été cité à comparaître pour contrefaçon d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits d'auteur.

²⁶² Cependant, le doute peut toujours être jeté lorsque les juges affirment que « *chaque internaute qui échange des fichiers illicites sur un réseau de type "peer to peer" commet le délit de contrefaçon puisqu'il opère une mise à disposition du public de l'œuvre en violation des droits d'auteurs et des droits voisins du producteurs de l'œuvre ; que l'internaute ne peut sérieusement se prévaloir du bénéfice de "L'exception de copie privée" dans la mesure où l'œuvre, mise à la disposition du public sur "la toile", échappe manifestement à la sphère privé* » Ainsi les juges malgré le rappel que « *que les systèmes P2P permettent à des communautés d'échanger des données par internet ce qui n'est pas illégal mais le devient lorsque ces réseaux sont utilisés pour télécharger ou mettre des œuvres à la disposition de tous, sans l'accord de leurs auteurs* », ils fondent ici l'infraction sur la seule mise à disposition. CA Paris, 13^e ch., sect. A, 25 mars 2009, *Api, Sté Galatée Films et a. c/ Sté Neuf Télécom et a.* **L. COSTES**, « *Téléchargement du film « Les Choristes » : relaxe des annonceurs pour défaut d'élément intentionnel* », RLDI, mai 2009, pp.27-28.

C'est une nouvelle fois la seule mise à disposition de film *Les bronzés 3* qui fonde la sanction au sein de l'arrêt : TGI Nanterre, 15^e ch., 12 fév. 2009, TF1, *SEV et a. c. Cédric P. et a.* **L. COSTES**, « *Téléchargement illégal du film « Les bronzés 3 »* », RLDI, mai 2009, pp.26-27

²⁶³ Voir JCP G., juin 2008, act.446, nov.2008, act.658, et **C. CARON**, « *Projet de loi « création et internet » premier round devant le parlement ... européen* », CCE nov. 2008, repère 10 ; **C. ALLEAUME**, « *Le projet de loi « Création et Internet » du 18 juin 2008* », Propriété Intellectuelle, n°29, 2008, p.388, **E. DERIEUX**, « *Protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, à propos de la loi du 28 octobre 2009* », JCP G., 09 nov. 2009, p.18-20

²⁶⁴ Conseil constitutionnel, DC, 10 juin 2009, n°2009-580, (JO 13 juin 2009, p.9675 ; DC, 22 oct. 2009, n° 2009-590, JO 29 oct. 2009, p.18290

²⁶⁵ Loi n°2009-1311 du 28 oct. 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (JO 29 oct. 2009, p.18290)

²⁶⁶ La lutte contre le téléchargement illicite démontre de plus en plus que l'État recherche à éviter non plus seulement la mise à disposition de l'œuvre mais l'acquisition frauduleuse par autrui. (en matière de contrefaçon la lutte est toujours centré plus largement sur le contrefacteur voir Loi du 29 octobre 2007 issue de la Directive du 29

internaute. Le Conseil d'État avait d'ailleurs affirmé, peu avant, que les copies licites sont « *les copies réalisées à partir d'une source acquise licitement* »²⁶⁷. Cette réforme a créé l'article L.336-3 du code de la propriété intellectuelle disposant que « *la personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne à l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par le droit d'auteur ou par un droit voisin* » sans autorisation. Cet article, en visant directement la reproduction et la représentation des œuvres protégées, et non plus seulement la mise à disposition, envisage l'infraction aux droits d'auteur, tant au regard de la réception que la communication. Ainsi, la réception privée d'une œuvre en non-conformité avec les droits d'auteur n'a pas à être suivie d'une communication au public pour être sanctionnée. La réception de l'œuvre à partir d'une source illicite devient condamnable.

339. Un arrêt de la Cour de Cassation du 13 janvier 2009 et la décision de renvoi datant du 5 février 2010²⁶⁸, quoi que sous l'empire de l'ancienne loi, ont retenu cette interprétation. En l'espèce, l'individu avait téléchargé de nombreux fichiers musicaux par un logiciel de *peer-to-peer* pour les diffuser dans son restaurant. L'individu était passible de sanction du fait de la diffusion au public de ces œuvres téléchargées, ce qui n'a pas été remis en cause. La motivation des juges reste intéressante car ils ont affirmé, de plus, « *qu'il est incontestable que le téléchargement constitue à la fois un acte de reproduction, à raison du copiage des œuvres et de leur stockage sur le disque dur de l'internaute* » (...) *que de même il est tout aussi incontestable que l'exception de copie privée n'est pas applicable au téléchargement* ». Enfin, ils estiment que l'argumentation du prévenu « *selon laquelle il ignorait qu'un tel téléchargement était illégal n'est pas crédible* »²⁶⁹. Le téléchargement, ne serait-ce qu'à des fins privées, est donc un acte de reproduction qui entre dans le champ d'application du nouvel article L.336-3. Il en va de même pour le *streaming* effectué en mépris des droits d'auteur. La licéité de ces actes de réception des œuvres sont soumis au respect des droits d'auteur. La seule réception illicite est condamnable.

avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (voir **J.M.BRUGUIERE**, « *du particularisme de la propriété littéraire et artistique dans la réforme du droit de la contrefaçon* » *Propriété intellectuelle*, n°27, 2008, p.227,

²⁶⁷ CE, 11 juil. 2008, n°298779, *Syndicat de l'Industrie de matériels audiovisuels électroniques*, note **N. BINCTIN**, « *Pour une application stricte de la rémunération pour copie privée* », CCE, nov. 2008, étude 21, p.7-11

²⁶⁸ CA Paris, Pôle 5, Chambre 17, 1^{er} fév. 2010, *Cyrille C. c. SACEM et a.* ; note : **L. COSTES**, « *Peer-to-peer et téléchargement illicite de fichiers musicaux* », *RLDI*, Mars 2010, n°58, pp.15-17

²⁶⁹ *Ibid.*

340. L'instrumentalisation des exceptions de réception privée, prévoyant explicitement la reproduction et la représentation sont-elles susceptibles de tenir face à cette nouvelle sanction ?

La neutralisation du droit à la réception en présence d'une source illicite ne doit plus faire de doute. Une reproduction ou une représentation d'un message artistique ne peut se conformer aux droits d'auteur que parce qu'elle a été reçue, soit avec autorisation de la copier²⁷⁰, soit en contrepartie d'une compensation pour l'auteur. La validité de ces actes, notamment le téléchargement et le *streaming*, sont donc conditionnés à la licéité de la source qui permet de les exercer. L'article 336-3 du code de la propriété intellectuelle, en tant que règle, fait œuvre d'un préalable à la mise en jeu des exceptions de réception privées. Dès lors, la validité de la réception, même privée, exige une source licite.

341. L'insertion du test en trois étapes²⁷¹ dans le contrôle de l'exception impose tout autant la licéité de la source. En vertu de ce test, l'exception ne doit jouer que pour des cas spéciaux sans porter atteinte à l'exploitation normale²⁷². Dès lors, accepter l'illicéité de la source de réception ferait entrer dans le champ de l'exception les acquisitions d'œuvres en dehors des conditions de diffusion prévues par les titulaires de droit. Elle créerait une forme de réception et d'acquisition autonome et généralisable de l'œuvre à la marge de l'univers patrimonial du droit d'auteur. Tout individu pourrait acquérir, sans compensation directe des titulaires de droit, une œuvre par la diffusion potentiellement frauduleuse d'autrui. L'acceptation de la source illicite revient à faire de l'exception une réception en soi, donc un principe.

342. L'indifférence de la licéité de la source provoquerait donc des dérives rapides par la déresponsabilisation totale du récepteur²⁷³. Elle entraînerait, ce qui existe de fait, une utilisation abusive du droit à la réception. La Cour EDH y verrait un déséquilibre dans le rapport entre l'artiste et le récepteur. L'acceptation d'une source illicite en tant que réception autonome légitimerait l'hypothèse pourtant condamnée par l'arrêt *Balan*²⁷⁴ d'une utilisation sans autorisation ni rémunération de l'artiste. Or, la garantie « *en substance (du) droit de*

²⁷⁰ On pense notamment aux systèmes alternatifs de protection à l'image des *Creative Commons*.

²⁷¹ Pour une vision globale du test en trois étapes : C. GEIGER, J. GRIFFITHS, R. M. HILTY, « *Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur* », PI, n°29, 2008, pp.399 et s.

²⁷² Voir C. CARON, « *Les juges du fond invités à rechercher les circonstances dans lesquelles le prévenu a effectué la copie* », préc.

²⁷³ Par exemple, un individu ne pourrait-il pas invoquer l'exception de copie privée après avoir conservé sur un support l'ensemble des fichiers musicaux disponible sur les sites musicaux tels que Deezer et Jiwa ? Ces derniers, fonctionnant sur le système du streaming, qui implique l'acquisition temporaire de fichiers, proposent la simple réception des millions de chansons (Cf. *infra*, n°450 et s.).

²⁷⁴ Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, préc.

propriété »²⁷⁵ par la Cour EDH ne peut valider une réception constituant une déréglementation de l'usage des biens. En effet, cette réception ne respecte pas « *le juste équilibre [...] entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* »²⁷⁶.

La volonté générale de protection des droits patrimoniaux de l'artiste est essentielle. Si elle n'implique pas automatiquement la subordination de l'exercice du droit de recevoir à une compensation préalable des titulaires de droits, elle ne peut être évitée dès qu'elle existe. Ce conditionnement ne doit pas être compris comme la soumission du droit de réception au paiement d'un prix, mais comme l'abstention pour le récepteur d'attenter aux droits patrimoniaux de l'artiste. La sujétion du récepteur aux droits de l'artiste, affirmée à travers le conflit entre l'article 10 et l'article 1 Protocole 1 de la CEDH, est tout aussi de rigueur dans un conflit interne à l'article 10.

II. L'exercice du droit de recevoir en respect de la liberté d'expression de l'artiste

343. Le conditionnement de la réception aux droits de l'artiste ne provient pas que d'une question de propriété. L'exigence de réception licite, jusque dans la source de réception, possède une dimension morale. Elle tend à réaliser un équilibre interne à l'article 10 entre le droit de recevoir et la liberté d'expression. Le droit à la réception est naturellement soumis au respect des modalités de diffusion posées par l'artiste²⁷⁷. La reconnaissance de cette condition, sous l'angle de l'article 10 et en dehors de toute évocation patrimoniale, reste timide car elle pourrait être perçue comme un écueil à l'ascension du droit à la réception (A). La faible évocation de cette problématique, n'enlève pas l'intérêt de son étude car l'exigence de réception licite supporte les deux droits(B).

²⁷⁵ Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979

²⁷⁶ **J.-P. MARGUENAUD**, *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, 4^{ème} édition, p.125

²⁷⁷ Voir article L.121-2 du code de la propriété intellectuelle

A/ Une émergence de l'exigence de la réception licite

344. La Cour européenne a souligné que la garantie posée par l'article 10 « concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de leur diffusion »²⁷⁸ ou encore « leur mode d'expression »²⁷⁹. La maîtrise des modalités de diffusion du message par l'artiste s'intègre à la protection des moyens de diffusion. La Cour, raisonnant en terme de cause à effet, à affirmé cette garantie « car toute restriction apportée à ceux-ci (les moyens de diffusion) touche le droit de recevoir et communiquer des informations »²⁸⁰. La Haute juridiction, plaçant le droit de recevoir au premier plan, montre ses faveurs pour une la large diffusion des informations par une utilisation étendue des moyens de communication. Cette interprétation de la Cour part donc d'un postulat de convergence du droit de s'exprimer et du droit de recevoir. Ce postulat protégerait la mise à disposition illicite de l'œuvre du moment qu'elle concourt à sa réception²⁸¹. Cette solution n'est pas tenable. Les deux droits évoqués peuvent s'affronter²⁸². L'exemple du téléchargement illicite illustre cette confrontation. L'individu reçoit un message artistique dans des conditions non prévues par l'artiste ; ces conditions de réception présument alors l'absence de volonté de l'artiste de communiquer l'œuvre au récepteur, du moins, de cette manière. Le doute est alors jeté sur la matérialisation du conflit entre le récepteur et l'artiste quant à la limitation à l'accès de l'œuvre. Ainsi, la limitation discrétionnaire par l'artiste de l'accès à son œuvre constitue-t-elle une restriction au droit de recevoir ou une condition préalable de son exercice licite ?

345. Dès l'arrêt *Müller*²⁸³, la Cour a semblé souscrire à la soumission de l'exercice du droit de recevoir au respect des conditions de diffusion posées par l'artiste. En l'espèce, les juges ont relevé qu'une toile exposée « sans restriction »²⁸⁴ la rendait accessible à l'ensemble du public. Une interprétation *a contrario* laisse entendre que l'artiste était en droit de conditionner l'accessibilité de l'œuvre et restreindre, de lui-même, l'exercice du droit de recevoir. Cette

²⁷⁸ Voir notamment Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007, §28

²⁷⁹ Notamment, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999, §49

²⁸⁰ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., §28

²⁸¹ Par exemple la Cour EDH a pu, dans son arrêt *Goodwin*, protéger le secret des sources journalistiques sans se préoccuper des conditions licites ou illicites de leur transmission. (Cour EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996) Dès lors, on pourrait supposer que la Cour ne se préoccupe que peu des conditions de réception de l'œuvre pour ne pas dissuader les individus d'accéder aux œuvres.

²⁸² En ce sens, voir : P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit., p.489, n°844

²⁸³ Cour EDH, *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988

²⁸⁴ *Ibid.*, §36

hypothèse a été battue en brèche par les arrêts *Otto-Preminger Institut*²⁸⁵ et *Wingrove*²⁸⁶. L'exercice du droit de recevoir n'a été conditionné qu'à la seule licéité du contenu reçu. Dans la première affaire, la Cour n'a pas subordonné son analyse du droit à la réception aux conditions de diffusions du film en cause, préférant retenir une interprétation au regard du public en général. La détermination des récepteurs potentiels n'était pas subordonnée à l'accessibilité normale de l'œuvre.

On pourrait supposer que la réception du message au mépris des modalités de diffusion s'inscrit dans l'exercice du droit de recevoir. Cette idée contestable a pourtant été reprise avec plus de vigueur au sein de l'arrêt *Wingrove*. Alors qu'il n'était question que de l'obtention d'un visa cinématographique, la Cour a affirmé que « *les multiples formes (...) de transmission des films vidéo* »²⁸⁷, même manifestement illicites ou non prévues par l'auteur²⁸⁸, justifiaient la restriction à la liberté d'expression. Les sources illicites de réception n'ont donc pas été remises en cause par la Cour, mais perçues comme des sources de restriction à la liberté d'expression. L'attitude de la Cour laissait penser que le conditionnement de la diffusion par l'artiste était sans incidence sur l'exercice de la liberté de réception. Dans le conflit interne à l'article 10, l'étendue de la liberté d'expression artistique était limité par l'ensemble des hypothèses de réception, qu'elles émanent d'une source licite ou non.

346. La position de la Cour a connu une évolution. Elle a introduit l'analyse des effets du message sur les récepteurs en fonction des conditions de diffusions et des moyens de communication²⁸⁹. Elle a ainsi distingué, dans l'arrêt *Karatas*, le mode d'expression touchant un « *public restreint* » choisi par l'artiste et l'utilisation « *de moyens de communication de masses* »²⁹⁰. Cette distinction, qui conditionne l'impact du message, tend alors à ne retenir que le mode de communication défini par l'artiste, du moins celui auquel il n'est pas opposé. La Cour devrait désormais porter son attention sur les récepteurs nés des conditions de diffusion établies par l'auteur du message. Cette rupture radicale avec l'arrêt *Wingrove* suppose que le respect des

²⁸⁵ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994

²⁸⁶ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996

²⁸⁷ La Cour estime « *qu'il est de la nature des films vidéo qu'une fois mis sur le marché, ils peuvent, en pratique, faire l'objet de copie, de prêt, de location, de vente et de projection dans différents foyers, ce qui leur permet d'échapper facilement à toute forme de contrôle par les autorités* », Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., §63.

²⁸⁸ En effet, l'idée contenue dans le paragraphe 63 de la transmission des films vidéo par la copie s'apparente à la mise à disposition d'autrui de la dite copie. Cette pratique est en contradiction avec les limites posées par l'exception de copie privée.

²⁸⁹ Voir en ce sens, Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994, §31, Cour EDH, *Radio France c. France*, 30 mars 2004. Voir de même l'arrêt Monnat qui démontre que les conditions de diffusions, en l'espèce dans une émission de télévision spécifique, offre une certaine ligne de lecture aux récepteurs. Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006

²⁹⁰ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §52

modalités de diffusion serait une condition de la réception licite. Ce respect devient nécessaire pour obtenir la qualité de récepteur du message. Cette exigence de licéité dans le conflit interne à l'article 10 reste moins affirmée que lorsqu'elle affronte l'article 1 protocole 1. Pourtant, elle est nécessaire à une analyse cohérente de la liberté artistique.

B/ Un principe protecteur de l'équilibre des droits concurrents

347. L'applicabilité du droit à la réception du message artistique, malgré l'illicéité de son exercice, aboutirait à restreindre les libertés de l'artiste et des récepteurs. Elle aurait un effet contreproductif contraire à toute idée « *d'optimisation des droits* »²⁹¹. En effet, si le droit de recevoir peut s'exercer au mépris des conditions de diffusion, l'œuvre ne peut conserver un cadre légal. Une telle étendue du droit de recevoir le rendrait incertain. Les conditions de diffusion posées par l'artiste sont un premier préalable à l'interprétation du message artistique. Sa simple présentation sous une forme prédéfinie est une expression de l'intention de l'auteur. Elle offre une grille de lecture aux récepteurs et en conditionne son interprétation²⁹². Toute modification de ces conditions, lorsqu'elle n'émane pas de la volonté de l'artiste, risque de corrompre la perception du message. Pour le récepteur, la modification peut provoquer une confusion sur le sens de l'œuvre²⁹³ ou sur sa nature. Cette dénaturation de l'œuvre est déjà punissable par l'entremise du droit moral de l'auteur²⁹⁴. Toutefois, si la réception dénaturée est couverte par le droit à la réception²⁹⁵, elle devient une hypothèse de restriction à la liberté d'expression de

²⁹¹ Voir sur ce point, **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., pp.487 et s.

²⁹² Par exemple : En matière européenne, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc.

En droit interne : pour les juges, l'apparition d'une caricature au sein du journal satirique Charlie Hebdo, à la différence d'autres supports conditionne inévitablement l'interprétation du dessin et par conséquent la liberté de l'artiste. TGI Paris, 17e ch., 22 mars 2007. De même, lors de l'affaire Ferrat, l'apparition de chansons sur une compilation a été condamnée car le sens de celle-ci pouvait être « *dénaturé en raison de son association à un autre message qui ne pourrait légitimement cohabiter* ». **J. DALEAU**, « *« Le poète a toujours raison » : victoire de Jean Ferrat* » D.2006, n°8, p.579. Voir de même l'interprétation de l'œuvre en fonction de la démarche de l'auteur qui s'inscrit dans la présentation d'un livre de photographies. Ce qui ne pourrait être reconnue si les photographies étaient présentées séparément

²⁹³ Voir **T. AZZI**, « *L'intégration d'une chanson dans une compilation porte atteinte au droit moral de l'artiste-interprète* » », JCP G., 2006, n°10078. On peut penser à la réception d'une seule chanson d'un artiste, qui ne permettra peut être pas de comprendre la philosophie général d'un album.

²⁹⁴ On peut reprendre la pensée de Philippe Allaey pour présenter le droit moral de l'auteur comme ayant vocation à protéger la conception artistique que l'auteur a de ses œuvres et la manière dont il souhaite les présenter au public. Voir **P. ALLAEYS**, « *Les compilations à l'épreuve du droit moral de l'artiste-interprète* », D.2006, n°17, p.1172

²⁹⁵ Au regard de la jurisprudence française, on peut voir la relaxe de personnes ayant en possession des copies de film sous la forme DIVX. Ce support ne contient que très rarement, à la différence de la version légale en dvd, l'ensemble des mentions légales et avertissement et crée une dénaturation inévitable de l'oeuvre. Voir en ce sens, **J. FRANCILLON**, « *Piratage numérique. Licéité ou illicéité des pratiques de « pair à pair » (« peer-to-peer » au P2P). responsabilité pénale des utilisateurs et des éditeurs ou distributeurs de logiciels d'échange* », RSC 2006, pp.93 et s., op.cit.

l'artiste. L'artiste aurait donc à répondre de l'œuvre qu'il a entendu communiquer ainsi que de celles, modifiées contre sa volonté, par l'agissement de tiers. Or, le droit de recevoir repose sur la volonté de communiquer de l'artiste.

348. Ne pas distinguer entre les modes de réception, avec ou sans l'autorisation de l'artiste, revient à priver d'efficacité toute mesure de prévention à l'égard des récepteurs. La multiplicité des modes d'accès que l'œuvre peut emprunter, et plus particulièrement les modes non couverts par le droit d'auteur, peuvent supprimer les informations préalables participant au libre choix du récepteur²⁹⁶. Les conséquences dans l'analyse de la liberté de réception se ressentiraient. Une telle conception pourrait remettre en cause la protection de l'autonomie de volonté du récepteur. En effet, tout effort de précaution sur l'œuvre originelle deviendrait sans incidence dès lors qu'il existe une source imparfaite ou corrompue. L'individu qui reçoit illicitement l'œuvre obtiendrait la qualité de récepteur et serait titulaire de droit en vertu de l'article 10. On lui reconnaîtrait un besoin de protection contre le message auquel il n'a pu consentir de manière éclairée. Alors, ces risques inhérents à la facilité des échanges sur l'environnement numérique obligeraient les juges à une politique d'autolimitation²⁹⁷ forte. Les capacités de reproduction étant proches de l'illimité sur l'Internet²⁹⁸, toute œuvre ne saurait être revendiquée comme d'un « *genre qui s'adresse par définition à un public restreint* »²⁹⁹. Le juge serait amené à retenir une définition des plus évasives d'un public général englobant, tant les individus respectant la diffusion classique de l'œuvre, que ceux qui pourraient avoir ultérieurement accès à l'œuvre³⁰⁰. La liberté d'expression de l'artiste, inévitablement confrontée au seul intérêt général³⁰¹, serait restreinte. Les œuvres qui ne s'adressent pas au grand public seraient dans une position délicate et sujette à la censure. Elles

²⁹⁶ Les œuvres provenant de sources illicites sont exemptes de toutes les mesures de précaution, informations préalables et mises en forme spécifiques de l'auteur qui tendent à assurer une liberté de choix au récepteur. De plus, il n'est pas rare qu'en matière de téléchargement les œuvres reçues ne soient pas celles souhaitées. La pratique du *fake* est fréquente. À travers un nom de fichier attirant pour le public (une nouveauté, un film à succès) se cache un film à caractère pornographique. Les logiciels de téléchargement de pair à pair ou les sites de streaming offrent ainsi des œuvres audiovisuelles exemptes de toutes les informations préalables pour ne conserver que l'œuvre en elle-même (souvent pour des gains de place). Dès lors, celle-ci est privée de tout avertissement sur le contenu de limites d'âges. La pratique du *screener* (reproduction par caméra d'une œuvre prise directement sur l'écran d'un cinéma) pourrait désormais permettre l'accessibilité à tous d'une œuvre telle que dans l'affaire *Otto-Preminger Institut*, sans qu'elle soit assujettie aux précautions relevées dans l'arrêt. Cour EDH, *Otto Preminger Institut*, préc.

²⁹⁷ Voir sur la question de la politique d'autolimitation des juges : **M. OETHEIMER**, « *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe : contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni* », Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Série n°6, Editions A. PEDONE, 2001

²⁹⁸ Notons que la mise à disposition d'œuvres sur Internet, même si elle touche plus largement le secteur musical et audiovisuel, recouvre toutes les formes d'art.

²⁹⁹ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §52

³⁰⁰ Conformément à l'interprétation critiquée de l'arrêt Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, op.cit.

³⁰¹ Le public étant alors perçu comme vaste et indéterminé, son intérêt se manifeste à travers l'intérêt de tous. On peut y trouver une certaine analogie avec la vision de la Cour de l'intérêt du public en matière de droit à l'information.

seraient considérées comme étant accessible à tout individu par un moyen alternatif. Le récepteur serait alors présumé plus en recherche de protection que d'autonomie. On voit, par cette hypothèse, l'insécurité provoquée par la propension au consumérisme culturel, exacerbée par l'instrumentalisation de l'exception de copie privée.

349. Le conflit de droit naissant entre l'artiste et les récepteurs ne peut donc mettre sur un pied d'égalité les récepteurs de sources licites et illicites. Cette hypothèse reviendrait à minorer le poids du droit à la liberté d'expression de l'artiste par une valorisation de la réception illicite dans la mise en balance des intérêts en jeu. Heureusement, la Cour EDH, dans l'arrêt *Monnat*, présente une appréhension différente d'un tel conflit. En l'espèce des spectateurs avaient porté plainte en raison de la diffusion d'un reportage télévisé. Les juges ont affirmé que le principe même de l'admission de plaintes postérieures à la diffusion d'une expression devait être regardé avec vigilance. Inscrite dans une logique fonctionnelle de la liberté d'expression, la Cour a apprécié les plaintes en fonction de leurs répercussions sur celui qui s'exprime³⁰². À n'en pas douter, la prise en compte de la réception illicite a des répercussions néfastes sur l'artiste. Elle engage la responsabilité de l'artiste sur des moyens d'expression sur lesquels il n'entend pas s'engager. Si l'exercice illicite de la réception peut être pris en compte, ce n'est que pour lui accorder une place résiduelle. Son « poids concret »³⁰³ dans le conflit doit être minime dans la pesée des intérêts en jeu. En effet, ceux qui choisissent un mode de réception illicite restreignent d'eux-mêmes leur autonomie personnelle. En ne se soumettant pas au cadre légal dans lequel l'œuvre est proposée, les récepteurs se risquent à ne pas recevoir les informations essentielles à leur liberté de choix. Il faut admettre que si la réception illicite entre dans le conflit interne à l'article, son poids ne peut s'ajouter à celui des récepteurs licites, mais s'y oppose.

350. Cette problématique de la licéité des conditions de réception, dans laquelle s'ancre le débat sur la source, conditionne en partie l'équilibre entre l'artiste et des récepteurs. Une attitude trop libertaire simplement guidée par la volonté de réception risque de mettre à mal les prérogatives de l'auteur. Les deux libertés en causes étant interactives, l'extension de la liberté de recevoir aux conditions illicites de réception ne peut que restreindre la liberté de l'artiste. Ainsi, cette apparente extension serait tributaire de l'exercice préalable d'une liberté en perpétuelle réduction. Les protections corollaires de l'artiste et du récepteur commandent une perpétuelle adaptation en vue de trouver le plus juste équilibre.

³⁰² COUR EDH, *Monnat c. Suisse*, préc.

³⁰³ P. DUCOULOMBIER, thèse, op.cit., p.484, n°832

§2 La recherche d'un nouvel équilibre entre les deux droits

351. L'équilibre entre les droits de l'artiste et du récepteur ne peut prospérer que par l'exercice licite de la réception. Or, l'évolution de ce rapport, notamment au regard des attentes du récepteur, des moyens de réception offerts, ne doit pas perdre de vue la volonté d'un accès grandissant, mais licite, à l'art. Ainsi, il est nécessaire de voir en quoi ce rapport est amené à se rénover (I) avant de se pencher sur les conséquences sur le récepteur (II).

I. Une rénovation du rapport entre l'artiste et le récepteur

352. L'adaptation de l'appréhension de la relation entre l'artiste et le récepteur est nécessaire. Le récepteur a de nouvelles attitudes et attentes. Elles apparaissent plus ou moins légitimes et risquent de perturber l'équilibre nécessaire à la liberté artistique. Il y a donc lieu de se pencher sur les causes de cette rénovation (A) avant de voir comment la Cour EDH peut en être le guide (B).

A/ Une rénovation sous la pression des récepteurs

353. L'art souffre de sa démocratisation et de l'entreprise de communication qui l'entoure. Il s'est installé sur l'ensemble des moyens de communication et bénéficie d'un espace de diffusion étendu. L'art se démarque désormais par la variété des types et des supports de réception. De nombreux artistes cherchent à attirer le plus grand nombre de personnes par les moyens les plus efficaces. Dès lors, « *les attentes du public sont (...) fonction des capacités techniques de l'Internet et du numérique : il est désormais possible pour tout particulier d'échanger à l'échelle planétaire (...) quasi-instantanément et sans coût particulier* »³⁰⁴. Ces nouvelles attentes emportent qu'« *une grande partie de l'opinion réclame la liberté du téléchargement, autrement dit la fin de la contrefaçon sur Internet.* » L'argument retenu est que « *la contrefaçon représente un obstacle au libre accès culturel et un facteur de marginalisation de la jeunesse* »³⁰⁵.

³⁰⁴ A. ZOLLINGER, thèse, op.cit. p349

³⁰⁵ D. LEFRANC, « *La contrefaçon en droit d'auteur naissance – extension – scission* », Propriété Intellectuelle, n°30, janv. 2009, pp.19 et s.

L'opinion, aspirant à la culture du gratuit, fait alors une assimilation hasardeuse entre le droit à la réception du message artistique et le droit à l'information. La valeur de l'œuvre est oubliée au profit de la réception à tout prix. La volonté de communication accrue a entraîné « *un phénomène de piratage massif sous format digital* »³⁰⁶. Une étude du CNC a relevé que les films disponibles sans autorisation sur les réseaux de pair à pair « *sont échangés (...) en moyenne quarante-cinq jours après leur sortie en salle (soit avant leur édition en DVD en France) et, pour un tiers de ces films, avant même leur diffusion dans les salles française* »³⁰⁷. Si tant est que les œuvres téléchargées illégalement ne soient pas encore disponibles dans la langue voulue, la pratique du *Fansubbing*³⁰⁸ permettra la réception sous-titrée de l'œuvre.

354. L'attitude est semblable dans le domaine musical et vient mettre à mal l'ensemble des prérogatives de l'auteur. L'avènement de « *la copie numérique (...) achève de saper la légitimité du droit d'auteur. Le préjudice économique causé par le public aux titulaires devient considérable* »³⁰⁹. Même si l'on a pu, dans les premiers temps, stigmatiser l'absence de réaction, la situation actuelle fait que le consumérisme est à l'assaut du droit d'auteur. Une grande partie des récepteurs sont à la recherche de nouvelles expériences artistiques³¹⁰. La réaction au comportement du récepteur est ferme : l'élaboration d'un fort protectionnisme des droits d'auteur potentiellement dangereux pour la liberté de réception.

355. Toute idée de convergence entre les droits de l'artiste et du récepteur est écarté au profit d'une confrontation perpétuelle. La confrontation des droits fondamentaux fait toujours « *craindre qu'elle aboutisse au sacrifice d'un des droits en conflit* »³¹¹. La réalisation d'un équilibre impose donc que « *la société encourage (les) échanges (notamment) sur internet, mais en même temps elle ne doit pas encourager le sentiment d'irresponsabilité* »³¹² du récepteur.

³⁰⁶ **A. ZOLLINGER**, Thèse, op.cit., p.351

³⁰⁷ L'étude démontre aussi que 120 millions de films ont été téléchargés en 2005 en France. **B. MONTELS**, « *Un an de droit de l'audiovisuel* », CCE 2006, p.17, n°9

³⁰⁸ Cette pratique revient à la création de sous-titres par les fans dans différentes langues et s'ajoutent à la version originale. Ces derniers, effectués en totale contradiction avec le respect de l'intégrité de l'œuvre, sont rarement irréprochables, voire de mauvaise qualité.

³⁰⁹ **D. LEFRANC**, « *La contrefaçon en droit d'auteur naissance – extension – scission* », préc., p.28

³¹⁰ Voir en ce sens, **S. KRSTULOVIC et A. MARTIN**, « *L'expérience musicale : un levier de dynamisation pour la musique en ligne* », <http://www.internetactu.net/2005/06/29/l'experience-musicale-un-levier-de-dynamisation-pour-la-musique-en-ligne/>

³¹¹ **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., p.489, n°844

³¹² **P.-Y. GAUTIER**, « *Le contenu généré par l'utilisateur* », *Légicom* n°41, 2008/1, p.8

B/ La Cour EDH, guide de la rénovation

356. La protection des droits de l'artiste est nécessairement amenée à s'adapter. L'existence d'un conflit entre les droits de l'artiste et le droit de recevoir un message artistique est claire. La Cour EDH pourrait intervenir en tant que régulatrice du conflit. En effet, tant l'artiste que le récepteur sont des titulaires individuels de droits conventionnels³¹³. Que les droits de l'artiste soient présentés sous l'angle de l'article 10 ou de l'article 1 Protocole 1, ils s'inscrivent en tant que « *droits d'autrui* » au sens de l'article 10§2³¹⁴. Ils sont donc une source de restriction au droit de recevoir consacré par le premier paragraphe du même article ; chaque acteur de la liberté est à la fois titulaire d'un droit et un autrui limitant. Le conflit ne saurait alors être réglé au cas par cas en fonction de « *la règle de l'interprétation favorable des droits par rapport aux restrictions* ». Cette « *interprétation pro victima (...) impose notamment de considérer avec rigueur les restrictions subies par les droits du requérant et leur justification* »³¹⁵. Une telle interprétation, plutôt que de créer un équilibre, créerait un mouvement de balancier en laissant, au cas par cas, l'avantage au droit qui fonde la requête. L'analyse doit porter sur l'équilibre entre la protection de la liberté de réception, celle la liberté d'expression, et de la propriété de l'artiste. Dès lors, le simple jeu de la mise en balance des intérêts est susceptible de rompre l'absolutisme apparent de la protection des droits d'auteur, voire de le menacer³¹⁶. Toutefois la Cour, dans son analyse, semble être attentive à la structure de ce conflit particulier. Si la liberté d'expression et de réception peuvent s'affronter directement, le droit de propriété de l'artiste sur son œuvre n'est limité que par un intérêt public, conformément à la rédaction de l'article 1 Protocole 1.

357. La décision de la Cour EDH, *Société France* 2³¹⁷, relative à la diffusion de tableaux au sein d'un reportage sans compensation pour les ayants droits, a laissé peu de place à l'hypothèse

³¹³ En ce sens, **P. DUCOULOMBIER**, thèse, op.cit., p.111 et s.

³¹⁴ Pour l'article 1 du Protocole 1 voir, Cour EDH (déc.), *Société nationale des programmes de France 2 c. France*, 15 janvier 1997. Pour l'article 10, la requérante, dans la l'affaire AEPI, allègue aussi une violation de l'article 10 de la Convention. Elle soutient que l'expression artistique, y compris la musique, font partie intégrante des droits protégés par l'article 10. Cette protection englobe le droit du créateur d'une oeuvre littéraire ou artistique d'exercer sur celle-ci une emprise totale selon son souhait. Il s'ensuit que personne ne peut briser par quelque moyen que ce soit le lien qui unit le créateur à son oeuvre, en la diffusant par exemple sans son autorisation. De plus, aucune restriction aux droits d'auteur ne peut se justifier au regard du paragraphe 2 de l'article 10. Cour EDH, *AEPI S.A. c. Grèce*, 11 avril 2002

³¹⁵ **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., p.461, n°791

³¹⁶ **C. CARON**, « *La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ?* », CCE, oct.1999, pp.9 et s.

³¹⁷ Cour EDH (déc.), *Société nationale des programmes de France 2 c. France*, 15 janvier 1997

d'un assouplissement des exceptions de droits d'auteur³¹⁸. La position de l'arrêt *Balan*³¹⁹ a confirmé cette hypothèse, voire l'a étendue. En effet, les juges n'ont pas retenu au titre des exceptions au droit d'auteur l'utilisation d'une œuvre par les autorités sur des cartes d'identité. La Cour a donc contesté le but d'intérêt général de la réception ; du moins, elle a estimé que cet intérêt pouvait être respecté sans entrer en contradiction avec le respect du droit de propriété de l'artiste.

La position d'Alexandre Zollinger sur le conflit conforte cette solution. L'auteur propose deux facteurs qui dictent la résolution du conflit : la finalité de la communication empêchée et le but de la mesure restrictive³²⁰. La finalité de la communication est la réception du message et non l'information sur le message. En effet, l'exercice du droit en cause par le récepteur ne relève pas de l'information du public mais de l'exploitation même de l'œuvre. Alors, la vocation simplement individualiste de l'exercice du droit de recevoir ne saurait faire fléchir la protection inscrite à l'article 1 Protocole 1. Le but de la mesure restrictive, à savoir la protection du droit d'auteur doit l'emporter sur le droit individuel à la réception, assujettie par nature aux conditions d'exploitation de l'œuvre³²¹. L'article en cause conserve donc sa « *place de droit limitant* »³²². L'analyse du conflit offre ainsi une large protection de l'artiste et ne saurait plier par la seule volonté du récepteur.

358. Les tentations protectionnistes contre les risques inhérents aux nouvelles techniques de communication pourraient avoir des conséquences potentiellement perverses pour le droit à la réception. Divers facteurs nous démontrent que la Cour peut être amenée à opérer une régulation inédite du conflit. En effet, selon Peggy Ducoulombier, la Cour n'a pas exclu la possibilité de poursuivre, au nom de l'intérêt général, la protection d'intérêts privés. Ainsi, « *la référence à l'intérêt général ou à l'utilité publique peut recouvrir la protection de droits fondamentaux d'autrui* »³²³. À titre d'exemple, l'émergence indirecte du contrôle de l'accès à l'œuvre, auquel se rattache la question des mesures de protection et de l'interopérabilité³²⁴, n'est pas sans influence sur l'étendue du droit de recevoir et d'utiliser l'œuvre. Ces questions, qui mêlent tant le

³¹⁸ La Commission estime « *qu'il était raisonnable, pour les juridictions saisies dans l'intérêt de l'auteur et de ses ayants droits, de tenir compte des droits de ceux-ci sur les œuvres au demeurant librement diffusées par la requérante* ». Ainsi, l'exception de courte citation n'est pas retenue et la diffusion des tableaux litigieux devaient donner droits au paiement d'une compensation pour les titulaires du droits d'auteur. *Ibid.*

³¹⁹ Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008

³²⁰ A. ZOLLINGER, Thèse, op.cit., p.58

³²¹ La jurisprudence française a affirmé que « *le respect dû aux auteurs dans la reproduction de leurs œuvres, tel qu'aménagé par la législation française, ne constitue pas une entrave au droit du public à l'information* ». C.Cass., 1^e civ., 7 mars 2006, n° 03-18.360, *Sté Hachette Filipacchi c/ SOFAM*

³²² P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit., p.240, n°421

³²³ *Ibid.*, p.241, §422

³²⁴ Cf. *infra*, n°434 et s.

droit de s'exprimer de l'artiste que la protection de sa propriété, peuvent apporter un avantage individuel au récepteur.

359. Les réponses à ces questions émergentes proviendront de l'étendue que la Cour entend donner de la notion de réception. L'acquisition d'une œuvre et sa réception dans la continuité font de l'individu, non plus un simple récepteur, mais un utilisateur. La question se pose de savoir si la Cour EDH entend étendre la protection de l'article 10 à la notion d'utilisation du message ? L'arrêt *Salihoglu*³²⁵ a laissé percevoir une réponse. En l'espèce, la Cour de Strasbourg a estimé que les questions relatives à la possession d'un message en vue de son utilisation personnelle relevaient du droit à la liberté de recevoir des informations et des idées. La condamnation de la requérante pour la possession d'un journal et de son supplément, considéré comme illicite postérieurement à son acquisition, constituait une ingérence dans son droit de recevoir. Ainsi, la Cour EDH fait du droit à l'utilisation du message artistique un droit garanti par l'article 10. Il protège notamment la possession de messages en vue de leur utilisation. La Cour EDH semble être à même de faire office de régler les conflits entre l'artiste et le récepteur. Englobant la notion de réception et d'utilisation, elle doit influencer sur l'évolution d'une relation désormais conflictuelle.

II. Un renforcement de la prise en compte du récepteur

360. L'étude du droit de recevoir implique de mettre en exergue la position du récepteur dans la liberté artistique. Traditionnellement considéré de manière accessoire, il passe ainsi au premier plan en confrontant directement ses droits à ceux de l'artiste. Cette nouvelle prise en compte du récepteur dans les intérêts en jeu entraîne deux extensions : celles de ses droits (A) et celle des sanctions qu'il en cas d'abus de la liberté de réception (B).

A/ L'extension des droits

361. Une extension des droits du récepteur est difficilement perceptible dans sa globalité. Elle provient prioritairement de réponses données à des questions nouvellement posées par

³²⁵ Cour EDH, *Salihoglu c. Turquie*, 21 oct. 2008

l'évolution des capacités techniques des nouvelles technologies. C'est en premier lieu sur un plan philosophique que la rénovation s'est portée. Les attentes du récepteur ont poussé les acteurs à repenser littéralement la question des droits d'auteur³²⁶, voire à proposer des systèmes alternatifs de protection. Les technologies numériques ont engendré une campagne sans précédent pour l'avènement des œuvres libres par des systèmes de « *licences dites libres* »³²⁷ dont la licence *Creative Commons*³²⁸ est la figure la plus emblématique³²⁹. Ces licences offrent une approche simplifiée de la protection des œuvres pour les artistes. Notamment, elles envisagent la possibilité de prévoir, préalablement à toute diffusion, l'étendue de l'utilisation que pourront en faire les récepteurs. Ces utilisations potentielles de l'œuvre par ces licences sont nouvelles et bien plus étendue que les exceptions privées connues du classique droit de la propriété intellectuelle. En effet, le récepteur-utilisateur peut copier, rediffuser, recréer l'œuvre. Seul l'artiste originel est maître de ces prérogatives offertes. Ces licences anticipent, d'ailleurs, la question des droits de l'utilisateur qui opérerait une nouvelle diffusion de l'œuvre sous forme originale ou modifiée. Ces droits d'utilisation peuvent ainsi aller jusqu'à l'usage pleinement libre du message artistique.

362. Ces nouvelles licences sont de nature à reconnaître juridiquement le droit à certaines pratiques relatives au contenu généré par les utilisateurs³³⁰. Les récepteur-utilisateurs peuvent se voir octroyer, par principe, des droits qui sont traditionnellement envisagés comme des exceptions ou des prohibitions dans le système du droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, ces licences ne constituent qu'un point d'émergence car elles sont en elles même des exceptions au droit classique. Ces nouveaux systèmes ont tout de même cet avantage de pouvoir répondre à des pratiques actuelles. Par exemple, la mise à disposition de créations, dites *Mashup* ou *Bootleg*³³¹ ou le *fansubbing*³³² seraient susceptible d'être directement encadrer par l'artiste.

³²⁶ Déjà le projet de réforme du droit de la propriété littéraire et artistique de Jean Zay, du 13 août 1936, avait pour but de renouveler la vision du domaine et avait suscité la polémique. **F.RENEAUD**, « *Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique : le projet de loi de Jean Zay sur le droit d'auteur et le contrat d'édition* », RLDI, oct. 2008, pp.63 et s.

³²⁷ **M. CLEMENT-FONTAINE**, « *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?* », PI, janv. 2008, pp.69 et s., p.69

³²⁸ Le projet *Creative Commons* fournit aux auteurs des licences, par documents-types, leur permettant d'autoriser largement la réutilisation et la circulation de leurs créations ainsi que leur partage et la réalisation d'œuvres dérivées.

³²⁹ D'autres licences existent telles que : La licence BSD, la Licence X du MIT, La GNU GPL, la Licence Art libre, la Licence CeCILL. Pour un aperçu de ses licences : **M. CLEMENT-FONTAINE**, « *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?* », op.cit.

³³⁰ Expression utilisée par **P.-Y. GAUTIER**, « *Le contenu généré par l'utilisateur* », Légicom n°41, 2008/1, p.8

³³¹ Le *Mashup* ou encore dit *Bootleg* est un remix de plusieurs chansons d'artistes divers au sein d'une nouvelle création qui alterne les voix de certaines avec les parties instrumentales d'autres. En France, l'artiste DJ Zebra fait figure de référence au sein de ce mouvement.

363. À la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH, les droits d'auteur peuvent constituer une restriction à la liberté d'expression de l'artiste et au droit de recevoir sous l'angle de l'article 10. En effet, la protection nécessaire au droit d'auteur, limite inévitablement ses choix dans la mise à disposition de l'œuvre, ce système préférant que l'artiste ne puisse renoncer à ses droits. Reposant sur la volonté de l'artiste, la mise en place d'un régime plus favorable à l'échange s'inscrit dans l'idée de s'abstenir « *d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir* »³³³. En outre, une interprétation *a contrario* de l'arrêt *Balan*³³⁴ admet implicitement la conformité à la Convention de ces licences. En l'espèce, les autorités avaient utilisé la photographie d'un artiste, sans son accord et sans le rémunérer, pour la faire figurer sur les cartes nationales d'identité. Les juges ont rejeté l'argumentation du Gouvernement selon laquelle le requérant aurait tacitement accepté l'utilisation gratuite de sa photographie. L'action menée par le requérant contre l'utilisation frauduleuse de son œuvre protégée prouvait qu'il n'avait pas entendu donner une telle autorisation. L'obligation de ne pas attenter au droit d'auteur ne signifie pas, par principe, l'obligation positive de rémunérer l'artiste. Si l'acceptation tacite ne peut suffire à conférer une utilisation libre de l'œuvre, l'acceptation expresse peut l'accorder. La Cour n'exclut pas le droit, pour l'artiste, de délimiter lui-même la protection de son œuvre. Il a ainsi la possibilité de conférer des droits aux utilisateurs par une acceptation expresse, tel qu'il est prévu par les systèmes alternatifs de protection des droits d'auteur. Ces licences s'ancrent donc dans la logique de la liberté artistique en revalorisant la relation interindividuelle entre l'artiste et le récepteur.

364. Derrière le débat de l'acceptation de ces licences se cache une autre question : leur efficacité dans le temps. L'action menée à travers ces nouveaux systèmes semble d'une efficacité limitée. La diversité de ces licences et de leurs utilisations offrent une faible lisibilité au récepteur de l'œuvre. Cette situation conduit certains auteurs à parler « *d'asphyxie du système au point d'être un obstacle au libre développement des œuvres qui en sont l'objet* »³³⁵. Cette critique virulente, même si elle est à nuancer, n'est pas dénuée de tout sens car les licences libres posent plus d'interrogations qu'elles n'apportent de réponses. Qu'en est-il de la protection de

³³² Le *fansubbing* consistant au sous titrage de séries étrangères en version originale. Cette pratique, très attendue n'a, pour l'instant, pas fait l'objet de poursuites. Pourtant, cette pratique est illicite en vertu de l'article L.122-4 du code de la propriété intellectuelle qui interdit la traduction d'œuvres sans le consentement de l'auteur. Le fait que la l'œuvre n'est pas fait l'objet d'exploitation n'y changent rien. L'article 5 de la convention de Berne, par le principe de l'assimilation au national et l'article L.111-4 du code de la propriété intellectuelle assurent une protection de l'œuvre étrangère en France. En ce sens : CA Paris, *S.A. Marki c. S.A. Hasbro France et Hasbro International Inc.*, 4 juin 2004, n° Juris-Data : 2004-243678

³³³ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, 19 fév. 1998

³³⁴ Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, préc.

³³⁵ *Ibid.*, p.75

l'œuvre en constante modification ? Peut-on envisager une superposition des licences par des modifications successives ? L'utilisateur qui apportera une modification suffisamment importante pourra-t-il se réclamer auteur d'une œuvre protégeable en vertu de l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle ? Cette protection serait envisageable. Une telle solution fait que le droit d'utilisation de l'œuvre première est bloqué par la mise sous protection de l'œuvre nouvelle. Elle compromet l'effort d'échange artistique envisagé. Toutefois, la modification protégée ne serait-elle pas contraire au droit moral de l'auteur, droit auquel il ne peut renoncer ? L'idée d'une action de l'artiste originel est donc tout aussi probable. Ce phénomène de confrontation entre les personnes qui génèrent de nouveaux contenus par le biais d'une œuvre première est étendu car les diverses licences libres ne sont pas compatibles entre elles. Elles sont donc circonscrites à une portée limitée, à plus forte raison que le droit commun de la propriété intellectuelle s'applique toujours.

365. La suprématie du droit commun de la propriété intellectuelle reste de rigueur. Le doute plane encore sur la validité de ces licences au regard du droit interne³³⁶, ce qui accroît l'hostilité latente à leur arrivée. Dès lors, le droit d'utiliser l'œuvre trouve mal son expression pratique et juridique. Il y a là le signe d'un malaise entre le droit d'auteur traditionnel, centré sur la protection de l'artiste, et de nouvelles alternatives profitables à la convergence des intérêts de l'artiste et du récepteur-utilisateur. Il faut avouer que les nouvelles licences sont plus simples à manier. Elles permettent notamment la protection et la diffusion d'œuvres créées par des amateurs, sûrement en attente de succès et d'une future protection rémunératrice. Ces artistes d'un nouveau genre peuvent ainsi obtenir une protection qu'ils n'auraient jamais obtenue par le biais droit d'auteur classique.

366. La cohabitation d'un système prépondérant fermé avec de nouveaux systèmes particulièrement ouverts est elle possible ? Il en ressort une confusion dont peu d'utilisateurs ressentent les effets. Si ces alternatives ne sont pas à sacrifier elles sont à clarifier. Le combat, plus idéologique que juridique, du droit d'auteur face aux licences libres, n'est pas prêt de s'éteindre. La voie d'une nouvelle forme de réception et d'utilisation est en marche, mais reste encore trop sombre. Il est alors nécessaire de la maîtriser, voire de la réglementer. L'évolution du rapport entre l'artiste et le récepteur n'entraîne pas comme seul choix la dévotion de l'artiste au récepteur. Elle ne doit pas aboutir à l'effritement de ces droits dans un régime de protection

³³⁶ En ce sens, **F. SARDAIN**, « *La création contributive sur internet* », RLDI, nov. 2008, p.81-82

imparfait. Imparfait, car il ne peut correspondre au souhait de tous. L'ensemble des artistes et des récepteurs ne possèdent pas les mêmes attentes de l'échange artistique. La place doit être laissée à la recherche de souplesse et d'alternatives. La réflexion sur l'adaptation de ses cadres légaux, voire leur refonte, est de poids. Toutefois, si cette entreprise doit être menée, il faut, à coup sûr, laisser une place de choix à la question des droits du récepteur. L'hypothèse du choix du cadre légal par l'artiste conforte d'ailleurs le conditionnement de l'exercice de la réception licite. Il n'est pas alors étonnant d'assister au renforcement récurrent des sanctions de la réception illicite. Néanmoins, la recherche de l'efficacité des sanctions vient, peut être, de trouver ses limites.

B/ L'extension des sanctions

367. Le droit d'accéder à Internet³³⁷, qu'il ait pour but l'expression ou la réception, ne saurait faire l'objet d'un abus dans son exercice. Le renforcement de la lutte contre la contrefaçon d'œuvres, et plus spécifiquement du téléchargement, a conduit à l'édiction de lois successives³³⁸. Ces dernières se sont largement concentrées sur la question de la sanction de la réception illicite. La dernière loi en date, dite HADOPI 2 du 28 octobre 2009, montre les limites de l'extension des sanctions sur le récepteur. Le premier projet de loi avait fait l'objet d'une censure du Conseil constitutionnel³³⁹ concernant les sanctions de nature « *à restreindre ou à empêcher l'accès internet à des titulaires d'abonnement* »³⁴⁰ et sur la question de la riposte graduée³⁴¹. La restriction tendant à la coupure de l'accès à internet était, au sens du Conseil, susceptible d'attenter au droit de toute personne à s'exprimer et à communiquer librement « *notamment depuis son domicile* »³⁴². Le débat sur la question, pourtant relatif à la protection des droits des artistes sur Internet, n'a été envisagé qu'à l'égard d'un versant de la protection assurée par les droits de l'Homme. Le conflit envisagé est resté, le plus souvent, au stade d'une étude interne à l'article 10. À aucun moment le conflit de droit évident entre l'article 1 Protocole 1 et l'article 10 de la Convention n'a été abordé de front. Seule la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 rappelle que le droit de propriété est un droit de l'homme dans

³³⁷ Cf. *supra*, n°328

³³⁸ Notamment : Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 relative à la Confiance dans l'économie numérique, Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relatives aux Droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, Loi du 28 oct. 2009 relative à la protection pénale de la protection littéraire et artistique sur internet

³³⁹ Conseil constitutionnel, déc. n°2009-580 DC, 10 juin 2009

³⁴⁰ F. CHALTIEL, « *La loi HADOPI II de nouveau censurée* », PA, 25 nov. 2009, p.7

³⁴¹ Voir en ce sens, A. GAUTRON, « *La réponse graduée* » (à nouveau) *épinglée par le Conseil constitutionnel* », RLDI, juil. 2009, p.63-73

³⁴² Conseil constitutionnel, DC n°2009-580, 10 juin 2009

lequel figure la protection de la propriété intellectuelle³⁴³. Elle affirme que, par principe, « *la lutte contre les pratiques de contrefaçon qui se développent sur internet répond à l'objectif de sauvegarde de la propriété intellectuelle* »³⁴⁴. La protection du droit de propriété est seulement conçue comme un objectif, non comme un intérêt à mettre en balance.

368. Selon la thèse de Peggy Ducoulombier, la balance des intérêts en jeu serait ici imprécise car, en amont, l'analyse de la structure du litige est erronée³⁴⁵. En effet, les rédacteurs et les fervents défenseurs de la loi HADOPI 2 ne se sont pas appuyés sur la fondamentalisation des droits d'auteur par la Cour EDH³⁴⁶, droits que ladite loi est censée protéger. Il est pourtant nécessaire de faire entrer dans la structure du litige le droit que la loi est censée protéger. Seule cette intégration peut conduire à ménager un juste équilibre entre les droits des artistes et ceux des utilisateurs d'Internet par la mise en jeu d'un contrôle de proportionnalité. Le contrôle constitutionnel de la loi HADOPI 2, dans sa philosophie, a tout de même rattrapé cet oubli. La loi en cause prend parti pour les droits fondamentaux de l'artiste sans pour autant les nommer et les consacrer. Quoi qu'il en soit, l'ensemble du processus d'élaboration de ladite loi n'a pas su prendre la pleine conscience des enjeux liés à la recherche d'équilibre entre les différents droits fondamentaux.

369. La sanction de la suspension de l'accès Internet a été la question la plus litigieuse. Prévues par la loi du 28 octobre 2009, elle a été codifiée à l'article L.335-7 du code de la propriété intellectuelle³⁴⁷ sans s'attirer les foudres du Conseil constitutionnel³⁴⁸. En l'espèce, le Conseil n'a pas estimé cette peine disproportionnée en raison de sa limitation à un an. En outre, il est imposé au juge, lors de la détermination de la durée de la suspension, de tenir compte « *des circonstances et (de) la gravité de l'infraction* »³⁴⁹. Cette solution serait *a priori* en concordance avec la jurisprudence de la Cour EDH particulièrement attentive à l'étendue des sanctions. La Cour pourrait voir dans une sanction trop lourde une disproportion entre le respect des droits

³⁴³ Conseil constitutionnel, DC n°2009-580, 12 juin 2009

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ En ce sens : **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., pp. 502 et s.

³⁴⁶ Cour EDH (Gde Ch.), *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janv. 2007 ; Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008

³⁴⁷ Article 335-7 du code de la propriété intellectuelle : « *Lorsque l'infraction est commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 peuvent en outre être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur.* »

³⁴⁸ Conseil constitutionnel, déc. n°2009-590, DC, 22 oct. 2009

³⁴⁹ Article L.335-7-2 du code de la propriété intellectuelle

fondamentaux de l'artiste et la restriction imposée à la liberté de réception. Cette confiscation temporaire de la connexion Internet serait donc une mesure raisonnable et adéquate afin de prévenir toute nouvelle infraction par son effet dissuasif. Or, l'analyse de la proportionnalité dans l'étendue de la sanction est, encore une fois, fondée sur une identification insuffisante du litige en termes de conflit de droits³⁵⁰. Une analyse poussée du but de la restriction et de ses conséquences aurait permis d'intégrer deux autres droits au conflit : les droits de l'artiste protégés par l'article 1 Protocole 1 et les droits de l'utilisateur d'Internet sous l'égide de l'article 8.

370. On peut alors se demander si la suspension temporaire de la connexion Internet ne dépasse pas le but de protection des droits de l'artiste ? La coupure Internet crée, par essence, une restriction à la liberté d'expression et de communication du contrefacteur. Cependant, si la coupure s'applique, c'est à l'ensemble des utilisateurs de l'outil Internet compris dans un même foyer. La sanction opposée au titulaire de la connexion restreint donc la liberté d'expression et de réception de son entourage, pourtant non condamné. La sanction n'étant que personnelle, il reste possible de pallier la restriction par l'acquisition d'une nouvelle connexion Internet par un autre membre du foyer. La liberté de communiquer ne peut être conservée qu'à la condition, pour le foyer de supporter le coût de deux connexions³⁵¹. Partant, soit la restriction s'avère dépasser le cadre personnel de la sanction, soit elle devient inefficace et indirectement pécuniaire.

371. Cette sanction n'opère pas seulement une restriction à la liberté d'expression et de réception du foyer. Elle crée inévitablement une ingérence dans la vie privée des individus en affectant le droit au respect de la correspondance³⁵² protégé à travers l'article 8. L'arrêt *Golder* avait affirmé qu'un « *obstacle apporté à la possibilité même de correspondre représente la forme la plus radicale d'ingérence* »³⁵³ dans ce droit. La suspension de la connexion Internet apparaît bien comme un obstacle car il empêche l'utilisation d'un des outils les plus courants pour correspondre. En outre, la question de l'utilisation d'Internet en tant qu'outil de travail pour certains, et ce même depuis leur domicile, pourrait être débattue.

L'ensemble de ces restrictions imposées à un même foyer en vue de protéger les droits de l'artiste n'est donc pas en adéquation avec le but poursuivi. La restriction à la liberté de

³⁵⁰ En ce sens, P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit., p.502, n°871 et s.

³⁵¹ Voir article L.335-7 du code de la propriété intellectuelle

³⁵² Voir sur ce point : J.-P. MARGUENAUD, « *Le droit au respect de la correspondance* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., pp.428 et s.

³⁵³ Cour EDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 fév. 1975, §43

réception, en cas d'abus, peut paraître disproportionnée en raison des personnes et des droits fondamentaux connexes que la sanction touche. En effet, il apparaît difficile de légitimer, tant une atteinte à la liberté de correspondre, qu'une atteinte à la liberté de s'exprimer et de recevoir d'individus qui n'ont pas fait l'objet de condamnation. Cette sanction, non nécessaire dans une société démocratique, semble même dépasser le seul but légitime et est manifestement disproportionnée.

372. Après quelques réticences, le Parlement européen a pourtant légitimé la pratique de cette sanction dans les Directives 2009/136/CE et 2009/140/CE du 25 novembre 2009³⁵⁴. Il a conditionné son application à la nécessité de respecter les droits fondamentaux de l'utilisateur. Comment garantir le respect des droits fondamentaux de l'utilisateur Internet dès lors qu'une sanction personnelle est susceptible d'atteindre des individus qui n'ont commis aucun acte répréhensible ? La confrontation des droits concurrents dans le conflit conduit ici au sacrifice du droit de recevoir de certains individus. La coupure est de prime abord comme un moyen efficace de lutter contre le téléchargement. Son interprétation précise sous l'angle des droits fondamentaux est pourtant critiquable. L'analyse de la proportionnalité de la sanction que pourrait en faire la Cour EDH devrait alors être approfondie sur la question des droits en conflits. Toutefois, une approbation massive de la pratique³⁵⁵ crée un consensus européen. La construction des droits fondamentaux de l'utilisateur d'Internet se fait en fonction des restrictions qui lui sont opposées et non de ces droits. Il en ressort une évolution lente et critiquable teintée d'autolimitation, à l'image de celle de la liberté artistique. Peut être est-ce encore là, la conception de l'utilisateur-consommateur qui a été mise en avant au mépris de l'appréhension de l'individu dans sa globalité.

³⁵⁴ Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs

Directive 2009/140/CE, du 25 novembre 2009, du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communication électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

³⁵⁵ Suite à la réforme française, le Royaume-Uni a annoncé la volonté de mettre en place une telle pratique par le projet de loi *Digital Economy Bill* (www.commonleader.gov.uk/output/page2920.asp)

Conclusion du Chapitre 1

373. Les nouvelles techniques de communication ont permis l'émergence de nouvelles facultés au profit des récepteurs que le droit n'a pas encore su totalement maîtriser. Cette défaillance provient incontestablement d'une difficulté à appréhender correctement les droits en conflit. Il est incontestable que de nouveaux droits s'offrent aux récepteurs qui sont en attentes de reconnaissance. Ils ne peuvent prospérer que par le respect de la volonté première de l'artiste. L'étude du rapport entre l'artiste et le récepteur conduit donc à affirmer une prévalence des droits de l'artiste. Le récepteur doit respecter ces droits pour être protégé, voire non sanctionné. Or, le récepteur cherche à devenir un réel acteur de la liberté artistique. Prêt à voler au secours de l'artiste dans la phase de création, il devient pilleur des œuvres dans la phase de diffusion. Son appétit culturel et sa boulimie consumériste tendent à mettre à mal ce rapport de soumission. L'adaptation qui en résulte envisage à la fois la prudence dans la reconnaissance des droits des récepteurs et la fermeté des sanctions. L'évolution engagée risque plus largement de creuser le fossé entre l'artiste et le récepteur que de concilier leurs droits.

Derrière ce rapport, parfois houleux, entre l'artiste et le récepteur, se trouve un troisième acteur, le diffuseur. Cette situation tripartite prépondérante en matière artistique est génératrice tant de nouveaux conflits, que de nouvelles solutions. C'est dans ce rapport, incluant l'ensemble des acteurs, que l'équilibre de la liberté artistique peut se réaliser.

Chapitre 2 : L'artiste, l'intermédiaire de diffusion et le récepteur

374. L'artiste s'exprime rarement seul. La réalisation de l'échange artistique nécessite bien souvent l'appel à des intermédiaires de diffusion. Qu'ils soient exploitants ou simples diffuseurs, ils s'ingèrent volontairement dans le jeu de la liberté artistique. De manière utopique, les droits de ce trio d'acteurs, l'artiste, l'intermédiaire de diffusion et le récepteur, convergeraient dans un même but, la plénitude de l'échange artistique. Or, les enjeux économiques liés à leur relation laissent chacune des parties rechercher son propre intérêt. Le récepteur, dernier maillon de la chaîne, se sent l'oublié de cette relation ; d'où, sa tendance à se procurer les œuvres par des moyens alternatifs malgré leur illicéité.

La circulation du message suppose l'intervention de ces trois acteurs. Il est donc nécessaire d'intégrer les droits de chacun d'eux lors de l'apparition d'un conflit de droit. De plus, « *pour régler ce conflit d'intérêts, il est inéluctable de réintroduire l'intérêt général* »¹. L'influence du récepteur, par sa double dimension d'amateur et de consommateur d'œuvre, profite alternativement à l'artiste et à l'intermédiaire de diffusion. Cependant, toute alliance du récepteur avec un autre acteur de la liberté ne signifie que leur intérêt commun va l'emporter sur celui d'autrui. Ces trois intérêts en jeu nécessitent une analyse de leur convergence et de leur divergence afin de trouver la protection la plus respectueuse de la liberté artistique dans son ensemble. Dès lors, l'intégration du poids de la liberté de recevoir dans ces conflits tripartites va tant bénéficier à l'artiste (Section 1), qu'à l'intermédiaire de diffusion (Section 2).

¹ B. MOUTEL, Thèse, op.cit., p.31

Section 1 : L'alliance entre le récepteur et l'artiste

375. L'artiste, pour s'accorder un espace d'expression, doit composer avec divers tiers. Or, les intérêts de ces intermédiaires peuvent aller à l'encontre des intérêts communs du récepteur et de l'artiste. En « *raison des investissements, parfois considérable* » de la réalisation d'une œuvre, « *une relation exclusive* »² ou de soumission de l'artiste naît avec l'intermédiaire. La position de force de l'intermédiaire peut le pousser à protéger ses intérêts face à ceux de l'artiste et du récepteur. Ces conflits d'intérêts trouvent, bien souvent, leur origine dans des contrats engageant seulement deux acteurs : l'artiste et l'intermédiaire de diffusion. Le récepteur, tiers au contrat, n'est pourtant pas étranger à la relation qu'il crée. Les effets de la convention entre l'artiste et le diffuseur vont porter leur influence sur les droits du récepteur. Par principe, « *l'effet relatif des contrats implique que l'on ne peut ni engager autrui, ni même acquérir un droit [...] pour lui, sans que ce dernier ait manifesté sa volonté* »³. Le récepteur ne saurait donc interférer dans les relations entre l'artiste et l'intermédiaire de diffusion. Toutefois, la triangularité des intérêts latents à la liberté artistique nécessite alors de faire appel au cas de la stipulation pour autrui : « *une opération bilatérale dans sa formation et triangulaire dans ses effets* »⁴. La stipulation pour autrui peut être définie comme « *une opération juridique à trois personnes, en vertu de laquelle une personne (que l'on appelle le stipulant) fait promettre à une deuxième personne (le promettant) d'exécuter une obligation en faveur d'une troisième personne (le tiers bénéficiaire)* »⁵. Cette technique, véritable exception à l'effet relatif des contrats⁶, permet ici au tiers au contrat, le récepteur, de « *devenir titulaire d'un droit* »⁷ et de le faire respecter.

376. Qu'il soit déterminable⁸, ou simplement présumé⁹, le récepteur peut s'inscrire tacitement comme un tiers bénéficiaire du contrat entre l'artiste et le diffuseur. Les intérêts du récepteur et de l'une des parties au contrat vont ainsi converger pour commander certaines

² R. NACCACH, « *La clause back catalogue sur le devant de la scène* », D.2006, pp.2404 et s., p.2405

³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.505, n°201

⁴ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op.cit., p.427

⁵ M. FABRE-MAGNAN, préc., p.505, n°201

⁶ En ce sens, Ibid., p.505 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op.cit., p.427

⁷ M. FABRE-MAGNAN, préc., p.505, n°201 ; dans le même sens : P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, préc., p.426

⁸ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, préc., p.427

⁹ M. FABRE-MAGNAN, préc., p.506, n°201

obligations de la part de l'autre partie¹⁰. Le récepteur devient l'allié d'un contractant afin de faire respecter leurs intérêts communs. Ainsi, le dynamisme des droits de l'artiste, dans sa confrontation à l'intermédiaire de diffusion, peut conduire à une application sous-tendue par la liberté individuelle de réception. L'intermédiaire de diffusion devient le promettant, l'artiste le stipulant et le récepteur le tiers bénéficiaire. La cause de la stipulation pour autrui est ici l'intérêt que poursuit l'artiste lorsqu'il procure un droit au récepteur¹¹. L'artiste, qui contractualise avec l'intermédiaire de diffusion afin de faire exploiter son œuvre, entend donner une certaine efficacité à cet engagement. En effet, si l'artiste s'engage auprès du diffuseur, c'est en partie pour conférer au récepteur le droit de recevoir ses messages. Le contrat portant sur l'exploitation des œuvres confère indirectement un droit, pour le récepteur, de les recevoir. Cette alliance du récepteur avec l'artiste offre deux garanties essentielles : dans un premier temps, la conservation des moyens permettant la réception (§1), dans un second temps, la diversification des moyens de réception (§2).

§1. La conservation des moyens de réception

377. L'artiste qui cède la maîtrise de la communication de l'œuvre à autrui par contrat recherche un intermédiaire capable de le propulser devant un public. Cependant, l'exploitant en cause est, quant à lui, plus souvent motivé par des aspirations économiques de rentabilité. Dès lors, les conflits d'intérêts entre les parties au contrat quant à l'exploitation sont réels. La mise en balance du droit de recevoir aux côtés des droits de l'artiste conduit à l'existence d'une obligation d'exploitation des œuvres reposant sur la tête de l'exploitant. Cette obligation, née du droit de la propriété intellectuelle, agit comme une protection indirecte, mais néanmoins réelle, du droit sous étude. Elle offre ainsi un droit individuel de recevoir les œuvres sous le coup d'un contrat d'exploitation (I) que l'analyse sous l'angle de la jurisprudence européenne confortera (II).

¹⁰ La stipulation pour autrui « élargit les effets du contrat en conférant à un tiers un droit direct contre le promettant, droit qui a pour causes l'obligation du stipulant envers le promettant, et l'intérêt du stipulant ». **P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK**, préc., p.427

¹¹ « La cause de la stipulation pour autrui est l'intérêt que poursuit le stipulant lorsqu'il procure une prestation à un tiers ». **P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK**, préc., p.431

I. Le droit de recevoir les œuvres exploitées au regard du droit privé

378. Le rapport contractuel entre l'artiste et l'exploitant de ses œuvres est compris comme une « *convention par laquelle l'auteur confie ses droits patrimoniaux et moraux à gérer et à exploiter et son art à protéger, à un éditeur qui ne peut en disposer arbitrairement en gérant le patrimoine qui lui est confié comme s'il en était le maître* »¹². L'exploitant n'a donc pas que l'obligation de s'abstenir de rendre impossible la réception de l'œuvre dont il a la charge. Il s'engage positivement à la rendre accessible au récepteur. Cette obligation relative au contrat d'exploitation, fondée sur l'intérêt des récepteurs, laisse supposer l'existence d'une stipulation pour autrui (A) qui se généraliserait (B).

A/ Une stipulation pour le récepteur dans le contrat d'édition

379. Tout contrat d'édition implique légalement une « *exploitation permanente et suivie* »¹³ de l'œuvre¹⁴. Les juges ont déjà constaté que l'éditeur a une « *obligation d'effectuer les diligences requises pour faire vivre l'œuvre tant que celle-ci peut être exploitée* »¹⁵. Cette limite tenant à la possibilité d'exploitation pose la question de l'interprétation de cette obligation. Il est classiquement reconnu que l'exploitation de l'œuvre doit être effectuée « *conformément aux usages dans la profession* »¹⁶. La référence aux usages laisse planer le doute sur la réalité d'une telle obligation et sur son étendue. En effet, l'exacerbation des impératifs de rentabilité économique de la profession et l'investissement financier de la promotion des œuvres tendrait à abandonner l'exploitation d'œuvres peu, voire non rentables. Les usages relatifs aux aspects économiques de l'œuvre pourraient rendre dérisoire l'obligation d'exploitation. Auquel cas, l'intérêt économique de l'intermédiaire prévaudrait sur l'intérêt de l'artiste de voir son moyen d'expression conservé.

¹² CA Paris, 4e ch. A, 12 févr. 2003, Juris-Data n° 2003-206175. Voir, **C. CARON**, CCE 2003, comm. 57, pp.23 et s.

¹³ Article L.132-12 du code de la propriété intellectuelle

¹⁴ Cette obligation peut apparaître comme un fardeau pour l'éditeur en raison de son intemporalité. Cependant, cette obligation ne dure que jusqu'à la fin du contrat, ou au pire des cas, jusqu'à ce que l'œuvre tombe dans le domaine public.

¹⁵ Ca Paris, 4^e ch. Sect., A, 13 Mars 2002, *Hugues Aufray c. Sté BMG publishing France et autres*. Voir aussi, **C. CARON** « *Demogue au pays merveilleux de l'édition musicale : à propos des obligations de moyen et de résultat* » CCE 2002, Comm.82, pp.26 et s.

¹⁶ Article L.132-12 du code de la propriété intellectuelle

380. La jurisprudence a donné une interprétation favorable à l'artiste de l'obligation en cause : l'éditeur doit « *donner (à l'œuvre) toutes ses chances de succès auprès du public* »¹⁷. Cette analyse nous permet d'affirmer que le juge a intégré le droit de recevoir dans un conflit désormais tripartite. La jurisprudence, dans son interprétation du litige, a, semble-t-il, accordé un poids plus important à l'intérêt du public qu'aux réels usages et intérêts de la profession¹⁸. L'interprétation de l'obligation permanente de l'œuvre laisse supposer l'existence tacite d'une stipulation pour autrui. Le contrat d'exploitation, bien que bilatéral dans sa formation, est analysé à la lumière d'une triangularité d'intérêts. L'obligation d'exploitation implique que l'exploitant -promettant- s'engage au profit, non du seul artiste –stipulant- mais du public –tiers bénéficiaire-¹⁹.

381. Le caractère indéterminable et non personnifié du public pourrait remettre en cause l'existence d'une telle stipulation, du moins limiter ses effets. L'appréciation de l'intérêt du public reste relatif, voire subjectif. Faut-il en penser que l'étendue de l'obligation est subordonnée à l'intérêt que peut lui porter le public en général ? L'obligation n'est elle applicable qu'aux œuvres qui reçoivent un accueil favorable par l'ensemble du public, donc rentables ? Quelques récentes et heureuses décisions fondent l'obligation d'exploitation, non plus sur l'intérêt du public mais, sur l'intérêt du récepteur individuel. L'analyse de l'obligation change alors de structure car le conflit n'intègre plus le droit du public, mais le droit individuel de recevoir. En effet, peu importe qu'un roman soit dit « *voué à l'échec* »²⁰, que l'œuvre soit ancienne²¹, qu'elle ne rencontre pas le succès espéré²², ou encore que les goûts du public aient changé²³, l'obligation reste de rigueur. En outre, les clauses de rupture anticipée tendant à la

¹⁷ CA Paris, 23 déc. 1969, D.1970.119

¹⁸ En ce sens, notamment : C.Cass., 13 juin 2006, *Sté Kapagama c. Poulet*, pourvoi n°04-15.456, Le juge justifié l'obligation d'exploitation en raison de l'intérêt certain qu'à le public pour l'œuvre. Note : **J. GHESTIN**, « *Existence de la cause et périmètre contractuel* », C.Cass. 13 juin 2006, D. 2007, pp.277 et s., **J. DALEAU**, RTD Com., 2006, pp.593 et s.

¹⁹ En ce sens, **P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK**, *Les obligations*, préc., p.422, n°807

²⁰ LP n°201, mai 2003, p.61, TGI Paris 29 janv. 2003

²¹ Ca Paris, 4^e ch. Sect., A, 13 Mars 2002, préc.

²² Rappelons que ; lors des contrats d'éditions ou d'enregistrement ; le producteur ou l'éditeur a une obligation de résultat dans la mise en œuvre des moyens prévus contractuellement, mais non une obligation de résultat quant au succès de l'œuvre Voir en ce sens, C.Cass, ch.soc., 26 sept. 2007, *Laura M. c. la Sté B.*, dans **J.-M. GUILLOUX**, « *Réflexion sur la loyauté et la bonne foi à l'occasion de la résiliation des contrats d'enregistrement* », RLDI, février 2008, n°35, pp.45 et s., Voir aussi CA Paris, 24 mai 2007 dit arrêt « *Chamfort* » dans, **J.-M. GUILLOUX**, « *Vers une exécution équitable du contrat d'artiste* », RLDI, oct. 2007, n°31, pp53 et s. voir aussi sur le chiffre des ventes d'albums : C.Cass., 21 juin 2004, *Universal Music c. MC Solaar*, En l'espèce le débat s'était plus particulièrement concentré sur un problème tenant à deux dispositions contractuelles contradictoires. **I. WEKSTEIN**, « *Conséquences de la résolution judiciaire d'un contrat d'artiste prononcée à l'encontre de sa maison de disque* », note sous l'arrêt C.Cass, ch.soc., 21 juin 2004, *Universal Music c. MC Solaar*, LP, 2004, n°217, III, pp.213 et s.

²³ RIDA 1978, p130

résiliation du contrat d'enregistrement phonographique, empêchant la production d'œuvres futures, dans le cas où la vente des œuvres antérieures n'était pas suffisante sont à considérer comme nulles²⁴. Les exploitants ont ainsi à leur charge une « *obligation de faire figurer l'œuvre sur un support adapté à la clientèle à laquelle elle est destinée* »²⁵.

382. Le tiers bénéficiaire du contrat n'est pas le public, mais le récepteur potentiel. Le contrat d'exploitation lui confère ainsi le droit de recevoir une œuvre exploitée, même s'il n'est ni partie, ni représenté²⁶. L'obligation d'exploitation élargit les effets du contrat en contraignant l'exploitant promettant à exécuter ses promesses à l'égard du récepteur : assurer la sauvegarde du droit individuel de recevoir l'œuvre exploitée. Les conditions de la stipulation pour autrui sont ici respectées. Le récepteur apparaît comme un tiers bénéficiaire déterminable²⁷. La condition de « *l'intérêt personnel* »²⁸ de l'artiste stipulant, bien que discutée, revient à la garantie de la diffusion de son œuvre le temps de l'exploitation. En outre, le récepteur bénéficiaire acquiert un droit propre résultant du contrat avant toute acceptation de sa part²⁹. La stipulation ne fait naître que le droit pour le récepteur de recevoir l'œuvre exploitée. L'individu conserve sa liberté de choix ; il peut choisir de ne pas recevoir l'œuvre car « *son consentement ne donne pas naissance à son droit* »³⁰, ce dernier préexiste.

383. L'analyse de l'obligation d'exploitation suppose une conception individuelle de la réception. Le poids de l'intérêt de l'artiste et du récepteur est alors confronté à celui de l'intermédiaire de diffusion dans la mise en balance des intérêts en jeu. La part accordée à l'intérêt du récepteur, et non plus à l'intérêt du public, apporte un soutien majeur aux droits de l'artiste et renforce indéniablement l'étendue de l'obligation de l'exploitant. À l'image de la stipulation pour autrui, le contrat garantit le droit de recevoir l'œuvre exploitée au récepteur individuel. Cette obligation d'exploitation permanente et suivie de l'œuvre se conçoit alors comme une protection, tant de l'artiste de la prolongation de son droit de s'exprimer, que du droit individuel de recevoir le message. Le recours à la stipulation pour autrui permettrait alors

²⁴ Voir : **J-Y. KERBOUC'H** et **J. VINCENT**, « *Illégalité du contrat à durée déterminée unique prévoyant l'enregistrement successif de plusieurs albums phonographiques* », RLDI, fév. 2008, n°35, pp.38 et s.,

²⁵ C.Cass., 1^{ère} civ., 13 juin 2006, *Kapagama c. Poulet*, **J. DALEAU**, « *Teneur de l'obligation de l'éditeur d'œuvres musicales* », D.2006, AJ, p.1819

²⁶ **P. MALAURIE**, **L. AYNES**, **P. STOFFEL-MUNCK**, *Les obligations*, préc., p.422, n°807

²⁷ **P. MALAURIE**, **L. AYNES**, **P. STOFFEL-MUNCK**, op. cit., p.427, **M. FABRE-MAGNAN**, préc., p.506

²⁸ *Ibid.*, p. 423

²⁹ En ce sens, **P. MALAURIE**, **L. AYNES**, **P. STOFFEL-MUNCK**, op.cit., p.426

³⁰ *Ibid.*, p.428, n°815

de généraliser l'obligation d'exploitation dans les rapports contractuels entre l'artiste et le diffuseur.

B/ Une généralisation de la stipulation pour le récepteur

384. Largement développée dans les domaines de l'édition musicale et littéraire, rien ne s'oppose à son application généralisée à l'ensemble des rapports contractuels en matière artistique. En effet, l'obligation d'exploitation se généralise en s'ouvrant à d'autres secteurs artistiques et dépasse le cas du contrat d'édition. Pour ce faire, la Cour de cassation s'est inspirée de la CJUE et de sa théorie de l'usage normal des droits de propriété intellectuelle³¹. La Cour de cassation a ainsi sanctionné l'absence d'obligation d'exploitation dans un contrat de coproduction audiovisuelle³². En l'espèce, une chaîne de télévision n'acceptait de financer, en tant que coproducteur, des œuvres audiovisuelles que si une stipulation conférait à la chaîne l'exclusivité de l'exploitation de l'œuvre sous forme de vidéogrammes pendant une durée de dix à dix-huit ans et sans qu'il y ait une obligation d'exploitation à sa charge. Les juges du fond ont, eux aussi, admis une telle obligation en matière de contrat de diffusion : « *une chaîne de télévision est tenue directement envers l'auteur d'une obligation d'exploitation de l'œuvre, bien que ni la loi ni le contrat ne lui imposent cette obligation* »³³. Une création prétorienne d'obligation d'exploitation généralisée à l'ensemble des contrats artistiques émerge.

385. L'idée d'une stipulation au profit du récepteur ressurgit. Qu'il soit question du contrat de coproduction ou du contrat de diffusion, les conventions litigieuses des affaires précitées étaient relatives à l'exploitation ou à la diffusion de l'œuvre. Dès lors, si le contrat reste bilatéral, cette opération juridique intègre le récepteur dans ses effets. Il apparaît que l'artiste, en contractant, voulait faire promettre à l'intermédiaire de diffusion d'exécuter une diffusion de l'œuvre au profit des récepteurs³⁴. Toutefois, l'intermédiaire n'envisageait la diffusion qu'en tant que possibilité, soumise à son libre arbitre. Dès lors, l'existence d'un intérêt pour l'artiste stipulant et l'acquisition du droit de recevoir qu'il entendait conférer au tiers était soumise à la

³¹ Voir CJCE, *Grundig*, 13 juil. 1966, Rec. CJCE 1966, volXII, p.430 et s.

³² C.Cass., 26 nov. 2003, *Sté TF1 c. Sté Editions Montparnasse*. Voir **G. DECOCQ**, « *TF1 cloisonne le marché de la vidéo* », CCE, fév. 2004, comm. 20, pp.38-39

³³ **B. MONTELS**, « *Un an de droit de l'audiovisuel* », CCE n°6, juin 2008, chron.6, à propos de l'arrêt TGI Paris, 17 nov. 2006, S.S. c. SA TF1 et a., inédit.

³⁴ La stipulation pour autrui est opération en vertu de laquelle « une personne (que l'on appelle stipulant) fait promettre à une deuxième (le promettant) d'exécuter une obligation en faveur d'une troisième personne (le tiers bénéficiaire) ». **M. FABRE-MAGNAN**, *Les obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, p.505, n°201

volonté du promettant. Le juge, en étendant l'obligation d'exploitation, a conféré une valeur à l'intention de l'artiste ; il fait de la relation contractuelle une stipulation au profit du récepteur.

386. La convergence d'intérêt du récepteur et de l'artiste consolide ainsi leur rapport protégé par l'article 10 de la CEDH contre une logique purement économique du contrat par l'exploitant. Cette extension notable vient lutter contre l'abandon des œuvres dans le temps en conservant leur droit d'accès. Toutefois, pour qu'une obligation générale d'exploitation en matière artistique³⁵ soit envisageable, l'interprétation du contrat doit intégrer le récepteur en tant que tiers bénéficiaire du droit individuel à la réception. En effet, la communication étant déjà effectuée, l'artiste s'étant alors exprimé, il pourrait être argué que celui-ci a exercé sa liberté d'expression. Le poids de son intérêt serait substantiellement réduit par rapport à celui du diffuseur. Alors, l'intérêt du récepteur doit être rangé aux côtés de celui de l'artiste dans la mise en balance d'intérêts. C'est par la mise en valeur du droit à la réception que la conservation dans le temps des moyens de communication de l'œuvre devient d'un poids important.

387. La préférence pour cette association de l'artiste et du récepteur reste relative. La stipulation au profit du récepteur ne fait que se greffer sur le contrat principal entre l'artiste et l'intermédiaire de diffusion³⁶, possédant lui-même ses limites. Une conception trop restrictive de l'obligation serait un frein à la liberté contractuelle en raison de son aspect antiéconomique. Une protection *a minima* impose à l'exploitant de rechercher et d'user de moyens d'exploitation offrant une réception individuelle pérenne de l'œuvre. Cette obligation est d'autant plus justifiée que les techniques modernes de communications offrent aux exploitants une palette diversifiée de supports adaptés au récepteur individuel. Le développement de la vidéo à la demande pour les œuvres fixées sur support vidéo, des sites d'écoutes en matière musicale et du livre numérique en sont la preuve. Une telle conception se confirme par l'analyse de la jurisprudence européenne.

II. Le droit de recevoir les œuvres exploitées au regard de la CEDH

388. L'approche spécifique de la matière contractuelle par la Cour EDH permet une analyse du conflit tripartite née de l'obligation d'exploitation à la lumière des droits fondamentaux.

³⁵ Elle pourrait ainsi s'étendre au cas de l'engagement contractuel entre un artiste peintre et un galeriste ou encore à bien d'autres cas.

³⁶ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, op. cit, p.507, n°210

L'interprétation que la Haute juridiction peut donner de l'exploitation de l'œuvre (A) permet une analyse de l'obligation plus soucieuse de l'équilibre que commande la protection des droits fondamentaux de chacun des acteurs de la liberté artistique (B).

A/ Une approche spécifique de l'exploitation contractuelle de l'œuvre

389. Quoique rattachée au domaine contractuel, la problématique exposée est susceptible d'être appréhendée par la Cour EDH. En effet, si la Cour n'est pas appelée, par principe, « à régler les différends purement privés »³⁷, la reconnaissance de l'effet horizontal de ladite Convention permet une intervention dans les rapports interindividuels. Aux termes de l'arrêt *Pla et Puncernau*, on peut estimer que la Cour « ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique (tel qu'un) (...) contrat privé »³⁸ apparaît comme en contradiction avec les dispositions de la CEDH. La Cour ne s'attache pas aux questions « touchant la libre volonté » de l'individu, mais à « l'interprétation de la clause »³⁹ au regard des droits fondamentaux. La Cour EDH fait donc valoir l'effet horizontal pour se donner les possibilités de contrôler « l'interprétation d'un acte de droit privé effectuée par des juges nationaux »⁴⁰. Même si le doute persiste sur l'étendue du contrôle que la Cour entend effectuer sur les actes privés⁴¹, rien ne l'empêche de s'immiscer dans les rapports contractuellement établis entre artiste et exploitant. En effet, selon Béatrice Moutel, l'arrêt *Pla et Puncernau* met en exergue « l'obligation des juges nationaux d'interpréter les contrats à l'aune de la jurisprudence européenne »⁴², « peu importe la nature et l'origine du litige »⁴³. À défaut, le juge européen peut effectuer un contrôle de l'interprétation des contrats, notamment ceux liant l'artiste et l'exploitant, au regard de l'article 10 de la Convention.

390. L'analyse de l'ingérence de l'exploitant dans la liberté d'expression de l'artiste est à effectuer à la lumière de l'ensemble des droits en jeu. Le récepteur ne doit pas être considéré comme un simple autrui, accessoire dans la structure du conflit. Il doit être reconnu, dans le

³⁷ Cour EDH, *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juil. 2004, §59

³⁸ *Ibid.*, §59

³⁹ *Ibid.*, §57

⁴⁰ **J. ROCHFELD**, « À la recherche de l'interprétation perdue ... », *Revue des contrats*, Juillet 2005, pp.645 et s., p.647

⁴¹ En ce sens, *Ibid.*

⁴² **B. MOUDEL**, Thèse, op.cit., p.134

⁴³ *Ibid.*, p.136

conflit opposant originellement l'artiste et le diffuseur, comme le titulaire d'un droit conventionnel à mettre en balance⁴⁴. Cette analyse, intégrant l'ensemble des intérêts en jeu, confirme l'idée d'une stipulation, du moins tacite, greffée au contrat entre l'artiste et l'intermédiaire de diffusion. Partant, il convient de trouver le juste équilibre entre les intérêts en présence. La protection du droit à la réception du message artistique implique, dans un rapport traditionnellement bilatéral, une analyse révélatrice de « *la triangularité des intérêts* »⁴⁵.

B/ Une analyse respectueuse de la structure tripartite du conflit

391. Le conflit opposant l'artiste et l'exploitant ne relève pas du simple rapport dual. Sa résolution se détermine plus largement en raison de son incidence sur le droit individuel à la réception. La recherche d'un juste équilibre doit donc tenir compte des intérêts de l'exploitant, de l'artiste et du récepteur, quoique potentiel (1). Si l'obligation d'exploitation ne peut être absolue, son absence ne doit pas aboutir à compromettre l'échange artistique (2).

1) Une recherche de l'ensemble des intérêts en jeu

392. Il est de règle que l'artiste n'échappe pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10. La liberté d'expression artistique ne saurait se comprendre comme l'obligation positive d'assurer un auditoire à tout individu désireux de s'exprimer. La liberté d'expression de l'artiste peut trouver sa limite dans l'idée que l'artiste a exercé sa liberté et a bénéficié d'un espace d'expression. Son exercice dans le temps à travers l'exploitation se heurte aux intérêts économiques du promoteur de l'œuvre, substantiellement protégés par l'article 1 Protocole 1, qui lui a offert une part de cet espace. Toutefois, au titre de l'article 10, l'obligation d'exploitation à la charge de l'exploitant est à concevoir comme une obligation positive d'assurer la liberté d'expression de l'artiste en raison des droits transmis ; cette obligation de moyen impose à l'exploitant de respecter un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens (qu'il a) employés et le but visé* »⁴⁶. Ainsi, l'obligation d'exploitation de l'œuvre ne peut

⁴⁴ En ce sens, voir la position de : **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit.

⁴⁵ **D. THARAUD**, « *Les discriminations positives ou la figure triangulaire de la proportionnalité* », RTDH, juil. 2008, pp.743 et s.

⁴⁶ Voir, entre autres : Cour EDH, *Fretté c. France*, 26 fév. 2002, § 34

relever du « *fardeau insupportable ou excessif* »⁴⁷ car elle mettrait en péril l'ensemble des œuvres et artistes dont est chargé l'exploitant.

393. Une analyse poussée du but visé par l'exploitation de l'œuvre n'est pas à considérer au seul regard de la liberté d'expression de l'artiste car elle lui est défavorable. La liberté d'expression ne devant pas s'envisager sans « *le droit de recevoir librement des informations et idées* »⁴⁸ suppose la prise en compte de l'intérêt du tiers récepteur dans le litige. La relation entre celui qui livre le message et celui qui le reçoit offre une complémentarité avec l'intérêt de l'artiste. L'intérêt du récepteur et de l'artiste, dans la mise en balance, ne se confrontent pas, mais s'ajoutent. En effet, les conséquences du litige portent leurs effets sur le récepteur. Celui qui ne s'oblige pas à exploiter l'œuvre ou à la faire perdurer dans le temps devient un intermédiaire qui s'oppose à la réception de l'œuvre. L'absence d'exploitation empêche donc l'accomplissement du but visé par le contrat ; l'arrêt de cette exploitation y met fin. L'accès à une œuvre que l'artiste veut diffuser devient impossible aux individus désireux de la recevoir. En outre, la cession des droits opérée par le contrat d'exploitation empêche toute exploitation des œuvres par l'artiste lui-même ou par un tiers⁴⁹.

394. L'opposition de l'exploitant à l'accessibilité de l'œuvre, par le défaut de son exploitation, apparaît inévitablement comme une restriction au droit individuel de recevoir, pouvant l'atteindre dans sa substance. Même si cette exploitation n'est que de moyen, l'analyse des seuls intérêts de l'artiste et de l'intermédiaire ne peuvent suffire. L'intégration du droit de recevoir dans le conflit est essentielle. Elle aboutit à une généralisation de l'obligation en cause par ce poids accordé aux récepteurs.

2) Une conservation du droit de recevoir en cas d'absence d'exploitation

395. L'exigence d'exploitation de l'œuvre n'est pas toujours possible⁵⁰. Nonobstant l'association du récepteur et de l'artiste dans la balance des intérêts en cause, la mise en œuvre

⁴⁷ Cour EDH, *Appleby et autres c. Royaume Uni*, 06 mai 2003, §40

⁴⁸ Article 10 de la Convention EDH

⁴⁹ La cession des droits empêche à l'artiste de recourir aux systèmes des licences libres, lui permettant une communication personnelle telle que les Creative Commons, licence art libre ou Copyleft. Ainsi, l'artiste ne peut faire concurrence à celui auquel il a cédé les droits.

⁵⁰ En effet, la relativisation de l'obligation d'exploitation au sein même de la jurisprudence interne qui ne parle que d'une « *obligation de résultat dans la mise en œuvre des moyens prévus contractuellement* ». Voir en ce sens, **J-M.**

du mécanisme de la proportionnalité peut se conclure par une prévalence des intérêts de l'intermédiaire. La résolution du conflit aboutit alors à l'absence d'obligation d'exploitation de l'œuvre. L'absence d'exploitation doit alors être étudiée en fonction de ces conséquences sur les droits de l'artiste et du récepteur. Pour être conforme à l'article 10, cette absence ne peut s'accommoder de la conservation des droits exclusifs de l'artiste au profit de l'exploitant. Elle tend à bloquer à travers le temps l'exercice conjoint de la liberté d'expression et du droit de recevoir. La conservation des droits par l'intermédiaire ne peut être légitimée par son but. Elle ne fait ni l'objet d'une « *créance certaine* » ni d'une « *espérance légitime d'obtenir une valeur patrimoniale* »⁵¹. En effet, l'obtention d'une valeur patrimoniale n'intervient que par l'exploitation de l'œuvre. Si une espérance légitime peut être caractérisée par une exploitation potentielle future, elle est incertaine. Elle doit nécessairement être confrontée à l'idée que cette potentialité d'exploitation paralyse la possibilité, pour l'artiste, de l'effectuer par lui-même. Par conséquent, elle réduit les chances du récepteur d'accéder à l'œuvre. La mise en balance des intérêts doit donc tourner en faveur de l'artiste et du récepteur. Cette conservation des droits sous l'angle de l'article 1 Protocole 1 de la CEDH ne justifie pas la restriction opposée à l'article 10. L'absence d'exploitation de l'œuvre, à l'initiative de l'exploitant, doit donc laisser l'artiste libre d'exploiter l'œuvre⁵² ou de la faire exploiter par un nouvel exploitant, toujours dans le souci de rendre l'œuvre accessible aux récepteurs.

396. Rattachée à la stipulation pour autrui, l'absence d'exploitation aboutirait à ce « *qu'aucun bénéficiaire [ne soit] indiqué* »⁵³. Le récepteur ne peut donc plus exercer son droit à la réception car l'œuvre n'est pas exploitée. La logique veut, selon Mme le Professeur Fabre-Magnan, que le stipulant devienne le bénéficiaire du contrat⁵⁴. L'artiste stipulant ne bénéficie pas du droit de recevoir originellement destiné au récepteur. Il peut, du moins, « *reprendr[e] la prestation qu'il a fourni* »⁵⁵. L'intermédiaire promettant qui n'entend pas exécuter son obligation au profit du récepteur bénéficiaire ne saurait donc s'opposer à ce que l'artiste en fasse directement bénéficier le récepteur. Cette solution doit jouer pour toute absence d'exploitation, que l'obligation n'ait jamais joué ou qu'elle ne joue plus.

GUILLOUX, « *Réflexion sur la loyauté et la bonne foi à l'occasion de la résiliation des contrats d'enregistrement* », note sous C.Cass, ch.soc., 26 sept. 2007, *Laura M. c. la Sté B*, préc.

⁵¹ Cour EDH (Gde Ch.), *Anheuser-Busch c. Portugal*, 11 janv. 2007, §§64-65

⁵² Les technologies actuelles, notamment l'Internet, permettent désormais à l'artiste d'exploiter seul ces œuvres.

⁵³ **M. FABRE-MAGNAN**, *Les obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.507, n°201

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ **P. MALAURIE, L. AYNES, P. SOTTFEL-MUNCK**, *Les obligations*, op.cit., p.429, n°817

397. Cette analyse est à rapprocher de la question des clauses dites catalogue ou *back catalogue*. Ces clauses post-contractuelles de non concurrence⁵⁶ sont déjà critiquées au regard des droits de l'artiste⁵⁷. Elles le sont d'autant plus à l'égard du droit à la réception. En effet, l'exploitant conserve, après la rupture du contrat, le pouvoir de décider si l'œuvre doit rester accessible. Il peut donc arbitrairement « *laisser l'œuvre périr* »⁵⁸ et faire en sorte qu'elle ne puisse être exploitée par qui que ce soit⁵⁹. L'obligation d'exploitation ne jouant plus, ces clauses restreignent la liberté d'expression de l'artiste. Dans ce conflit tripartite, la liberté d'expression de l'artiste et le droit individuel de recevoir sont soumis aux choix effectués par l'intermédiaire, en fonction de son seul intérêt. L'intérêt de l'intermédiaire est contenu dans l'article 1 protocole 1. Ces clauses lui laissant la possibilité d'exploiter l'œuvre après la fin du contrat, elles relèvent de la protection de son droit propriété intellectuelle⁶⁰. Cet intérêt substantiellement protégé s'oppose alors à la volonté mutuelle d'échange entre artiste et récepteur garantie par l'article 10. Il s'oppose aussi au droit de l'artiste à tirer profit de son travail protégé⁶¹. Laisser l'avantage à l'intermédiaire, c'est soumettre les droits convergents de l'artiste et du récepteur à son arbitraire, au risque de paralyser la circulation des œuvres. La paralysie de l'échange artistique par ces clauses peut donc toucher à la substance de l'article 10, « *le minimum irréductible, intangible, qui ne peut jamais être atteint sans déclencher un constat de violation* »⁶². Du moins, l'analyse sous l'angle de la proportionnalité laisse penser que ces clauses atteignent le « *cœur* »⁶³ du droit à la liberté artistique de manière disproportionnée. La recherche d'un équilibre réel entre les droits des trois acteurs de la liberté conduit alors à deux hypothèses possibles : Soit la rupture du contrat remet en cause la conservation des droits de l'intermédiaire sur l'œuvre, soit les clauses doivent intégrer une obligation d'exploitation s'étendant à la phase post-contractuelle.

⁵⁶ Les clauses catalogue prévoient, pour l'essentiel, « *la faculté de faire figurer dans son catalogue, à sa convenance, les œuvres – tout en se réservant le droit de les en retirer ou de les publier à nouveau-, d'autre part, elle stipule que l'artiste, après l'expiration du contrat s'interdit formellement de les enregistrer pendant une certaine durée* » (le plus souvent entre cinq et quinze ans), **B. EDELMAN**, « *Autopsie des contrats de production phonographique. Etats des lieux et perspectives* », D.2007, pp.2890 et s. p.2892. Ainsi, ces clauses s'opposent à « *la restitution des droits d'exploitation des enregistrements qu'ils avaient effectués* », Sur la clause back catalogue, Voir **R. NACCACH**, « *La clause de back catalogue sur le devant de la scène* », D.2006, pp.2404 et s.

⁵⁷ *Ibid.* Voir, aussi, la validité des clauses catalogue : CA Paris, 12 avr. 2005, D.2005, jur. 2690, note **I. WEKSTEIN**, D.2006, pp.2404 et s., op.cit., mettre RDLI

⁵⁸ **B. EDELMAN**, « *Autopsie des contrats de production phonographique. Etats des lieux et perspectives* », préc.

⁵⁹ Voir en ce sens, **I. WEKSTEIN**, « *Conséquences de la résolution judiciaire d'un contrat d'artiste prononcée à l'encontre de sa maison de disque* », note sous l'arrêt C.Cass, ch.soc., 21 juin 2004, *Universal Music c. MC Solaar*, préc.

⁶⁰ En ce sens, Cour EDH (Gde Ch.), *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janv. 2007

⁶¹ En ce sens, Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008, §34 et s.

⁶² **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., p.447, n771

⁶³ Voir *Ibid.*, pp.446 et s.

398. Toute exploitation d'un message artistique, bien qu'enfermée dans un rapport contractuel entre l'artiste et l'intermédiaire implique une prise en compte du récepteur. L'immixtion du droit individuel à la liberté de réception dans les conflits opposant l'artiste aux exploitants de l'œuvre profite ici à l'artiste. Considérer le récepteur comme un tiers bénéficiaire du rapport contractuel le rééquilibre. Cette intégration du récepteur minimise la position naturelle de force de l'exploitant par le souci d'assurer un des objectifs communs aux parties, l'échange artistique. L'intrusion du droit à la réception affermit les obligations des intermédiaires pour pérenniser l'accessibilité de l'œuvre. De même, elle est un rempart aux restrictions posées par l'exploitant lorsque l'artiste souhaite diversifier ses moyens d'expression.

§2 La diversification des moyens de réception

399. L'exploitant souhaite souvent multiplier les supports de communication de l'œuvre. Il se peut aussi que ce soit l'artiste qui veuille diversifier les moyens de communiquer son œuvre et se heurte au refus de l'exploitant. Cette difficulté se rencontre plus particulièrement lorsque l'artiste souhaite adapter son œuvre sur un nouveau support. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure le droit de recevoir peut influencer dans le rapport contractuel établi entre l'artiste et le diffuseur. Sans incidence lorsque l'adaptation suppose un retour à la phase de libre création (A), il en va autrement lorsque cette volonté d'adaptation fait l'objet d'une restriction contractuelle (B).

I. L'exclusion du droit de recevoir en cas de nécessité créative

400. Lorsqu'un artiste souhaite adapter son œuvre sous une nouvelle forme artistique, le travail nécessaire peut impliquer un retour à la phase de création. Le cas le plus fréquemment relevé est celui de l'adaptation audiovisuelle d'une œuvre régie par l'article L. 131-3 alinéa 4⁶⁴ du code de la propriété intellectuelle. Dans un jugement du TGI Paris du 16 Mars 2006, deux auteurs avaient réalisé le scénario d'un film retraçant l'épopée du vainqueur du premier Tour de France. Après l'acquisition des droits d'adaptation, la société en cause renonce à la réalisation du

⁶⁴ L. 131-3 alinéa 4 dispose qu'un éditeur cessionnaire "s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues".

film, celle-ci ayant appris qu'un film concurrent était en préparation. Le TGI estime alors que les juges ont pu voir une « *obligation renforcée de sorte qu'il incombe au producteur de justifier des démarches entreprises dans le but de parvenir à la réalisation du film en vue duquel les droits lui ont été cédés et des raisons pour lesquelles il n'y est pas parvenu* »⁶⁵. Dès lors, même si un accord peut être conclu entre l'artiste et l'exploitant, il ne porte que sur la réalisation. Le contrat portant sur une œuvre en cours de réalisation n'emporte pas l'obligation absolue de communiquer l'œuvre, l'artiste conservant la maîtrise de la divulgation.

401. Cet exemple démontre que tout travail d'adaptation, impliquant un retour à la création, ne peut aboutir à l'obligation de diffusion. En effet, l'obligation porte sur une œuvre nouvelle projetée au titre des œuvres dérivées. Cette œuvre nouvelle, n'étant qu'à l'état de projet, suppose la liberté de création par l'adaptation. Dès lors, la phase créative et le caractère de l'obligation en cause supposent l'inexistence d'un droit à la réception. La volonté individuelle de réception ne peut donc s'intégrer dans ce rapport bipartite entre l'artiste et l'intermédiaire. Elle ne peut obliger tant l'artiste que le diffuseur à s'engager à communiquer une œuvre future. L'intégration du récepteur reviendrait à inscrire dans le contrat en cause une obligation vis-à-vis d'une partie tierce. Le droit à la réception ne saurait guider la liberté de l'artiste dès la phase de création. Ce serait un signe d'une omnipotence néfaste du droit de la réception dans la liberté artistique. Partant, le récepteur doit rester absent de ce rapport.

Il se peut que l'artiste souhaite simplement offrir aux récepteurs l'œuvre contractuellement exploitée à travers un nouveau mode d'exploitation. L'artiste peut se heurter à des pratiques contractuelles qui deviennent des causes d'empêchement de la communication de l'œuvre au public.

II. L'incidence du droit de recevoir sur le refus de diversification

402. Le rapport contractuel entre l'artiste et l'exploitant permet à ce dernier de refuser d'étendre son engagement envers les tiers et ce, malgré la volonté de l'artiste. L'artiste, qui souhaite offrir aux récepteurs l'exercice de son art par un nouveau moyen de communication, peut se heurter au refus de l'intermédiaire de diffusion. Le contrat peut aussi être assorti d'une clause d'exclusivité qui lie l'artiste à l'exploitant. Le refus de ce dernier d'accueillir l'œuvre

⁶⁵ TGI PARIS 16 mars 2006, *L. Jaoui et O. Roche c. Klein Productions et J. Mac Carthy*, RIDA juil. 2006, n°209, p.293

nouvellement proposée rend ainsi impossible son exploitation. Le principal problème tient à la volonté de l'artiste de diffuser commercialement la fixation par reproduction d'une représentation artistique. Cette fixation revient à la mise sur support d'un message artistique communiqué publiquement en vue de le rendre accessible de manière indirecte et privative à un plus grand nombre de récepteurs⁶⁶. L'artiste souhaite donc faire du récepteur un utilisateur de l'œuvre par sa diffusion commerciale. Le souci de préserver la compétitivité des exploitants contre le tempérament des artistes, par une vision utilitariste du droit d'auteur⁶⁷, restreint l'échange artistique. La clause de non concurrence, lors d'un refus d'exploitation, devient un frein à la réception des messages artistiques. Elle intègre donc le récepteur au conflit. La position libérale en la matière, dont l'objectif est « *de sécuriser et de stimuler l'investissement* »⁶⁸, en devient critiquable, tant au regard de la jurisprudence de la CJUE (A) que de celle de la Cour EDH (B).

A/ La CJUE protectrice du récepteur-consommateur

403. La restriction opérée par une clause contractuelle de non concurrence est critiquable au regard du droit de l'Union européenne⁶⁹. Cette restriction existe en raison de l'intrusion du droit de la concurrence dans les rapports entre l'artiste et l'exploitant. La clause vient sécuriser la position dominante de l'exploitant sur les œuvres de l'artiste. Néanmoins, de telles clauses peuvent être remises en cause par l'intégration des droits du récepteur dans le conflit. Le récepteur est considéré comme un consommateur de l'œuvre. Comme l'a fait remarquer Bernard Edelman⁷⁰, ces clauses anticoncurrentielles, à l'image de la clause interdisant d'enregistrer phonographiquement les concerts, méritent d'être rapprochées de l'arrêt *Magill* de la CJUE⁷¹. En l'espèce, la Cour avait relevé l'abus dans l'exercice du droit de reproduction d'organismes qui

⁶⁶ On peut prendre l'exemple des clauses interdisant l'enregistrement phonographique des concerts durant la période d'exclusivité Voir en ce sens **B. EDELMANN**, « *Autopsie des contrats de production phonographique. Etats des lieux et perspectives* », préc. On peut aussi penser à la mise sous support d'émissions humoristiques diffusées à la radio. Voir en ce sens C.CASS, 1^{ère} Civ. 21 Mars 2006, RIDA n°209, 2006, p.309

⁶⁷ Voir en ce sens, **C. GEIGER**, thèse, op.cit., pp.89 et s.

⁶⁸ **C. GEIGER**, Thèse, op.cit., p.91

⁶⁹ **B. EDELMAN**, « *Autopsie des contrats de production phonographique. Etats des lieux et perspectives* », préc.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ CJCE, *Magill*, 6 avril 1995, C-241/91P et C-242/91P. Pour une application plus récente des abus de position dominante dans le domaine de la propriété intellectuelle, voir **V.-L. BENABOU**, note sous TPICE, Gde ch., 17 sept. 2007 aff. T-201/04, *Microsoft c. Commission*, PI, janv. 2008, pp.122 et s.

s'opposaient à l'apparition d'un « *produit nouveau* »⁷² dont il n'existait aucun substitut. Si « *le simple fait d'être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle* » ou « *le refus* » d'en faire usage ne constituait pas un abus de position de dominante, en revanche faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pouvait caractériser l'abus. La Cour a affirmé l'existence de l'abus par l'intégration expresse du récepteur du produit nouveau dans le conflit. En effet, l'existence d'une « *demande potentielle de la part des consommateurs* »⁷³ justifiait l'apparition de ce produit nouveau.

404. Le poids de l'intérêt des consommateurs à recevoir un produit nouveau, tel l'enregistrement phonographique d'un concert ou la fixation d'émissions humoristiques par exemple⁷⁴, peut empêcher que l'exploitant s'oppose à son apparition. La convergence des volontés de l'artiste et des récepteurs-consommateurs est de nature à invalider la clause de non concurrence. L'équilibre entre les intérêts de chaque acteur réside donc dans l'acceptation de l'apparition du nouveau produit. En cas de refus de l'exploitant de diffuser le produit nouveau par son initiative, il ne doit pas s'opposer à ce que l'artiste le fasse exploiter par autrui.

Les clauses anticoncurrentielles d'exclusivité deviennent excessives lorsqu'elles s'opposent aux volontés convergentes de l'artiste et du récepteur de voir une œuvre nouvelle sur le marché. Une clause de préférence et non d'exclusivité, donnant la priorité à l'exploitant sur l'exploitation projetée, semblerait plus justifiée⁷⁵. Elle ne créerait pas de pouvoir de blocage sur l'échange artistique. La contestation posée se justifierait au regard des mécanismes développés par la Cour EDH.

B/ La Cour EDH protectrice de la diversification des modes de réception

405. La recherche d'équilibre des intérêts dans l'application des clauses précitées, perçues comme des clauses de non concurrence, impliquent nécessairement un contrôle de proportionnalité⁷⁶. Les juges doivent donc analyser les intérêts en présence. Ils reviennent ici au

⁷² **M. VIVANT**, « *La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (à propos de l'arrêt Magill de la Cour de Justice)* », JCP 95, I 3883 et **B. EDELMAN**, « *Autopsie des contrats de production phonographique. Etats des lieux et perspectives* », préc.

⁷³ CJCE, *Magill*, 6 avril 1995

⁷⁴ Pour une œuvre non exploitée auparavant : C.Cass., 1^{ère} Civ. 21 Mars 2006, RIDA n°209, 2006, p.309

⁷⁵ On peut ici prendre l'exemple du contrat d'édition type proposé par le Syndicat national de l'édition en matière d'œuvres littéraires qui prévoit un droit de préférence en son article 6. Fasc. 1014 : PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. – Documentation pratique. – Contrat d'édition. – Modèles du Syndicat national de l'édition (SNE)

⁷⁶ **J-P. MARGUENAUD, J. MOULY**, « *Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité* », D.1999, jur., pp.645 et s.

conflit tripartite entre l'exploitant d'un côté et l'artiste et les récepteurs de l'autre. Dans son analyse, le juge européen peut faire usage de la source communautaire. Il lui est possible de s'inspirer directement de la jurisprudence de la CJUE⁷⁷ pour analyser le litige. La Cour est donc à même de contrôler l'incidence du refus d'exploitation de l'œuvre sur les droits du récepteur-consommateur et de l'artiste. Qu'il envisage le récepteur comme un consommateur ou sous le seul angle de l'article 10, le juge ne peut évacuer le droit de recevoir de la structure du litige.

406. L'ingérence de l'exploitant conduit à une restriction dans le rapport d'échange entre l'artiste et le récepteur. Elle doit être justifiée « *de manière convaincante* »⁷⁸. Il est ici difficile de légitimer l'impossible diffusion d'une œuvre par autrui en raison de la préservation des intérêts économiques de l'exploitant qui en refuse la publication. Le refus d'exploitation empêche l'apparition d'un intérêt économique protégé sur l'œuvre de l'artiste. L'artiste doit alors posséder les moyens de diffuser son œuvre. Sur ce point, la Cour a affirmé que ceux qui entendent s'exprimer « *doivent notamment être en mesure de pouvoir choisir (...) le mode qu'ils estiment le plus efficace pour atteindre un maximum de personnes* »⁷⁹. Plutôt que de rechercher à atteindre le maximum de personnes, la clause de non concurrence peut réduire les hypothèses de réception. Par exemple, le refus de reproduire un concert restreint le nombre de personnes atteintes. Il laisse le privilège de la réception aux individus ayant assisté à la représentation. Sa reproduction permet à tout individu, qui n'avait pu ou voulu y assister, d'y accéder moyennant des conditions de diffusion différentes. À l'instar des clauses catalogue⁸⁰, la pratique contractuelle en cause aboutit à restreindre les droits de l'artiste et du récepteur. Elle peut priver les récepteurs d'un mode de réception de l'œuvre choisi par l'artiste et qui leur serait adapté. Dès lors, le refus d'exploitation de l'œuvre opposé à l'artiste doit lui laisser une alternative conduisant à sa diffusion.

407. L'étude de ces conflits au regard du droit de l'Union Européenne et de la jurisprudence de la Cour EDH milite en faveur de la protection de la diversification des modes d'expression. On pourrait rétorquer qu'« *à la lumière des conditions d'aujourd'hui* »⁸¹, « *la technique (...) rend la rétention des œuvres par un exploitant de plus en plus difficile* »⁸². Ces œuvres non

⁷⁷ La Cour a déjà pu le faire au sein de l'arrêt CEDH, *Pellegrin c. France*, 8 déc. 1999. Voir en ce sens **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.240

⁷⁸ Cour EDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991 ; Cour EDH, *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, §43, Cour EDH, Gde Ch., *Palomo Sanchez c. Espagne*, 12 sept. 2011, §53

⁷⁹ Cour EDH, *Women on waves c. Portugal*, 03 fév. 2009, §38

⁸⁰ Cf. *supra*, n°397

⁸¹ Notamment, Cour EDH (Gde ch.), *Stoll c. Suisse*, 10 déc. 2007

⁸² **P.-Y GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.358 n 186

exploitées se trouvent donc, en pratique, accessibles⁸³. Or, ce défaut d'exploitation n'offre que la possibilité de recevoir ces œuvres par des procédés en marge du respect des droits d'auteur. Or, une association du récepteur et du diffuseur permet aussi une alternative à la diffusion.

⁸³ Un concert non exploité en dvd peut se retrouver en vidéo sur internet

Section 2 : L'alliance entre le récepteur et l'intermédiaire de diffusion

408. Le récepteur est un amateur, au sens d'amateur d'art. Il est aussi un consommateur et un utilisateur des œuvres et de services qui les mettent à disposition. La multiplicité de ses costumes l'amène à s'associer avec l'intermédiaire de diffusion. Ainsi, le droit de recevoir, dans un conflit de droit tripartite, peut se ranger du côté du diffuseur. Pourtant, toute idée d'alliance semblerait, d'avance, vouée à l'échec. La Cour de Cassation a affirmé, par trois arrêts du 14 janvier 2010, que « *le respect des droits d'auteur ne constitue une entrave ni à la liberté de réception des programmes ni à la liberté d'information* »⁸⁴. L'absolutisme de la protection des droits d'auteur ne laisse que peu de place à une alliance conditionnée par la liberté première de l'artiste. En effet, c'est en priorité l'artiste qui délimite les droits qu'il entend conférer au récepteur bénéficiaire sur son œuvre. L'intermédiaire de diffusion doit alors conférer les droits attendus par le tiers bénéficiaire sans attenter aux intérêts de l'artiste nés de l'exploitation de son œuvre. L'affirmation d'une impossible alliance entre l'intermédiaire et le récepteur est pourtant à relativiser. La démarche du récepteur a pour objectif de s'assurer une réception effective et une utilisation toujours croissante des œuvres conformes à ses attentes. Cette alliance du récepteur à l'intermédiaire de diffusion joue principalement en faveur d'une extension des moyens de réception (§1). Or cette alliance peut passer pour une façade où chacun essaie de tirer profit de l'autre, ce qui démontre son imperfection (§2).

§1 La diversification des modes d'échange artistique

409. Malgré l'existence du droit moral de l'artiste, l'intermédiaire de diffusion possède une certaine latitude dans le choix des modes de communication. En effet, le diffuseur est enclin à proposer des modes diversifiés pour assurer le succès de son investissement. Cette latitude offerte à l'intermédiaire se comprend comme la recherche de récepteurs susceptibles d'être

⁸⁴ C.Cass., Civ. 1^e, 14 janv. 2010, 08-16022, 08-16023, 08-16024

intéressés par le message. Elle doit être distinguée en fonction de la vocation acquisitive (I) ou réceptive (II) de la transmission de l'œuvre au récepteur.

I. Les modes d'acquisition de l'oeuvre

410. La préservation des modes d'acquisition souffre du téléchargement illicite et de l'expansion des modes alternatifs de réception. L'attraction du récepteur est alors plus difficile. L'intermédiaire doit pouvoir offrir les œuvres d'artistes dont il a la charge de manière diversifiée. Cette diversification s'oppose inévitablement au contrôle de la communication de l'œuvre par l'artiste. Néanmoins, les prérogatives offertes à l'intermédiaire dans la communication des œuvres (A) sont amenées à s'étendre plus encore (B).

A / Une diversification protégée

411. Bien que non absolue⁸⁵, la liberté contractuelle guide souvent l'étendue des modes de communication. Le code de la propriété intellectuelle garantit à l'intermédiaire la possibilité de diversifier les modes de communication. Dans les contrats portant sur l'édition ou la production d'une œuvre, l'auteur doit garantir à l'autre partie « *l'exercice paisible* »⁸⁶ des droits cédés. Mettant en avant l'idée que l'artiste peut être un obstacle à l'exploitation normale de l'œuvre, l'article L.131-6 du code de la propriété intellectuelle que « *la clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse (...)* »⁸⁷. Cette disposition apparaît *a priori* protectrice pour l'artiste. En pratique, elle laisse la possibilité à l'exploitant de demander à l'artiste d'accepter la diffusion de son œuvre sur l'ensemble des modes de communication présents et à venir.

412. La jurisprudence interne envisage la diversification des modes de communication de façon concrète. Elle a estimé que l'obligation d'exploitation s'entendait comme l'exploitation de

⁸⁵ L'article L.122-7 alinéa 4 dispose « *lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article (représentation et exploitation), la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat* ».

⁸⁶ Articles L.132-8 et L.132-26 du code de la propriété intellectuelle.

⁸⁷ Article L.131-6 du Code de la propriété intellectuelle

« l'œuvre sur un support adapté à la clientèle à laquelle elle est destinée »⁸⁸. Fondée sur les attentes des clients, elle présume que le droit de recevoir un message artistique soutient les prérogatives de l'intermédiaire concernant l'étendue des modes de diffusion. Ainsi, l'exploitant peut être obligé de communiquer l'œuvre sur un support donné ; aussi, il peut en imposer d'autres à l'artiste sous couvert du droit à la réception. L'évolution des attentes du public en fonction des avancées technologiques a généralisé, par exemple, l'acquisition d'œuvres, dites « à la découpe »⁸⁹. Sauf à reconnaître que la découpe altère l'œuvre dans son intégrité, cette technique de communication relève éminemment du support adapté à la clientèle. La cession des droits effectuée par l'artiste laisserait aux exploitants, selon la formule de la Cour EDH, le droit d'être « en mesure de choisir (...) le mode qu'ils estiment le plus efficace pour atteindre un maximum de personnes »⁹⁰. La convergence des intérêts de l'intermédiaire et du récepteur peut aboutir à la diversification des modes de communication.

413. Les prérogatives de l'auteur quant au choix du mode de communication ne sont pas absolues. La légitimité de l'utilisation des modes de communication, en cas de conflit entre l'auteur et l'exploitant, est à régler en fonction de la faculté de réception que ceux-ci procurent. Les divers modes de communication susceptibles de toucher l'artiste font l'objet d'une attention particulière sur le plan international. Tant la Commission des droits de l'homme⁹¹ que la Cour EDH ont rappelé leur importance. Le bénéfice de la protection accordée à l'ensemble de ces modes a un but affiché : la large diffusion des idées et opinions⁹². L'intermédiaire est donc présumé servir les intérêts des récepteurs par son entreprise de diffusion. Dès lors, tout artiste qui s'associe à un intermédiaire de diffusion doit s'attendre à ce que ce dernier communique les œuvres de la manière la plus large possible. Cette conception s'inscrit dans l'idée que l'exploitation d'une œuvre comporte une stipulation au profit du récepteur. Ainsi, l'artiste qui fait promettre à un intermédiaire d'accorder le droit de recevoir au récepteur lui délègue les

⁸⁸ C.Cass., 1^e Civ. *Sté Kapagama c. Poulet, C.CARON*, « À propos de l'obligation d'exploitation dans l'édition musicale », CCE, fév. 2007, comm.20, p.28

⁸⁹ Cette expression peut se comprendre pour les ventes d'albums musicaux piste par piste et les séries épisodes par épisodes. On peut noter l'exception du livre qui ne se vend pas encore par chapitre

⁹⁰ Cour EDH, *Women on waves c. Portugal*, préc., §38

⁹¹ La commission affirme être « Consciente de l'importance de tous les types de médias, de la presse écrite, de la radio, de la télévision et de l'Internet pour l'exercice, la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ». Résolution de la Commission des droits de l'homme (ONU) 2005/38 relative à la liberté d'opinion et d'expression du 19 avril 2005

⁹² « Au-delà du devoir de ne pas entraver la liberté de recevoir des informations ou des idées, l'Etat doit satisfaire à l'obligation positive consistant à en assurer la libre circulation ». **M. LEVINET**, « L'importance fondamentale de la liberté d'expression », *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, op.cit., pp.607 et s., p.608

moyens de remplir son obligation⁹³. Lorsque l'intermédiaire de diffusion est un exploitant, la cession des droits lui offre le choix des modes de communication.

414. Les hypothèses de diversification des modes de communication sont bel et bien existantes. Leur apparition a toujours le droit de recevoir en trame de fond. Sans trop mettre à mal les prérogatives de l'auteur, elles offrent la possibilité à l'exploitant d'entreprendre une communication des œuvres conformes aux attentes des récepteurs. La mise en avant récurrente du récepteur laisse transparaître une volonté d'extension de la communication des œuvres, non sans dérives probables.

B/ Une volonté de diversification étendue

415. La diversification des modes de réception de l'œuvre, non forcément prévue par l'artiste, s'impose parfois à lui. En pratique, les acteurs de la diffusion sont peu enclins à établir des relations avec un artiste trop exigeant sur les conditions d'exploitation. Ils préfèrent ne pas prendre le risque de l'insuccès de l'œuvre ou de sa faible rentabilité. L'impulsion du droit de l'Union Européenne et sa portée largement libérale montrent les signes d'une volonté d'évolution des modes de communication. Le Conseil de l'Union Européenne recherche l'élaboration d'un marché unique du contenu en ligne. Il affiche la volonté de développer « *une offre légale en ligne diversifiée, de qualité, accessible, simple d'utilisation et attractive pour les consommateurs* »⁹⁴. L'attention apportée « *aux attentes du public* »⁹⁵ ou devrait-on dire, aux récepteurs-consommateurs, masque surtout la volonté de multiplier les revenus engendrés par l'acquisition des œuvres. Si l'idée de répondre à la demande du public est peu contestable, c'est dans son élaboration que la création d'un marché unique reste critiquable. Le Conseil, dans ses conclusions du 20 novembre 2008, se montre favorable à l'institution de licences universelles et multiterritoriales. Il souligne que « *l'indisponibilité de contenus créatifs pour une diffusion en ligne et le non-octroi de licences pour les nouvelles plateformes sont des entraves majeures au développement des services de contenus en ligne* »⁹⁶. En recherche d'efficacité, le Conseil souhaite se défaire de l'écueil de la segmentation des autorisations qui freine l'offre faite aux

⁹³ Voir, **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations. I-Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.505, n°201.

⁹⁴ Conclusions du Conseil du 20 novembre 2008 relatives au développement de l'offre légale de contenus culturels et créatifs en ligne et à la prévention et à la lutte contre le piratage dans l'environnement numérique, (2008/C 319/06), JO, n° C 319, 13 déc. 2008 p. 15-17

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

consommateurs. Cependant, cette harmonisation des licences a un prix. Elle impose un recul de la protection de l'artiste par une conception communautaire du droit moral⁹⁷. Cette conception, nous le verrons, n'est pas profitable au droit sous étude. La création d'un marché unique du contenu en ligne se fonde sur l'intérêt du consommateur et non du récepteur.

416. La remise en cause continue du privilège cinématographique par l'Union européenne en est un exemple. La chronologie des médias⁹⁸ qui régit l'exploitation des films dans le temps est en perpétuelle évolution⁹⁹. En droit interne, la dernière évolution provient d'un arrêté du 9 juillet 2009¹⁰⁰. Cette nouvelle chronologie s'inscrit dans le cadre fixé par la loi HADOPI¹⁰¹ en vue de développer une « offre légale attractive »¹⁰² des œuvres cinématographiques. En conséquence, le temps écoulé entre l'exploitation d'une œuvre en salle, ne permettant que sa réception, et sa sortie sur un support tel que le DVD, le Blu-Ray, voire la diffusion en ligne, ne cesse de s'amenuiser¹⁰³. Une nouvelle fois le Conseil de l'Union Européenne invite les États « à réexaminer les délais dans lesquels les œuvres cinématographiques peuvent être rendues disponibles »¹⁰⁴. En France, le CNC est lui-même porteur de projet par l'attribution « d'aide sélective à l'écriture et au développement pour les contenus multisupports incluant la télévision et/ou le cinéma »¹⁰⁵. Les systèmes permettant notamment l'acquisition de l'œuvre ne sont plus des accessoires d'une exploitation cinématographique mais des systèmes alternatifs de réception. Cette volonté de diversification conforte l'aspect consumériste de l'art.

⁹⁷ Cf. *infra*, n°798 et s.

⁹⁸ La chronologie des médias est notamment visée par l'article 3 quinquies de la directive 2007/65/CE modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle

⁹⁹ Voir en ce sens, **M. KUHR**, « *La chronologie des médias en pleine évolution : enjeux et défis* », Iris Plus, 2008-4, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2008, Strasbourg

¹⁰⁰ Arrêté du 9 juillet 2009 pris en application de l'article 30-7 du code de l'industrie cinématographique (JO 12/07/2009 p11765)

¹⁰¹ Loi n°2009-669 favorisant la protection et la diffusion de la création sur Internet, 12 juin 2009

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ La CJUE avait déjà pu affirmer, concernant l'échelonnement des modes d'exploitation, que les objectifs poursuivis par cet échelonnement « peuvent légitimer certaines entraves à la libre circulation de marchandises » à condition qu'ils « constituent le moyen qui gêne le moins les échanges communautaires ». Dès lors, la chronologie des médias apparaît comme une exception à la liberté de circulation des marchandises à caractère artistique. Réponse de la Commission au sein de CJCE, *Société Cinéthèque et autres contre Fédération Nationale des Cinémas Français*, 11 juil. 1985, dans **F. POLLAUD-DULIAN**, *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Bibliothèque de droit privé, Tome 205, L.G.D.J., 1989, p.462 et s., n°659-663

¹⁰⁴ Conclusions du Conseil du 20 novembre 2008 relatives au développement de l'offre légale de contenus culturels et créatifs en ligne et à la prévention et à la lutte contre le piratage dans l'environnement numérique, préc.

¹⁰⁵ Le projet doit être destiné à au moins trois médias parmi : la téléphonie mobile, internet, le jeu vidéo le cinéma, la télévision. <http://www.cnc.fr/Site/Template/T11.aspx?SELECTID=2664&id=1776&t=2>

417. L'implication du droit de recevoir au profit de l'intermédiaire dans ses rapports avec l'artiste est particulière. Fondée sur les attentes du consommateur, elle ne privilégie pas la réception d'une œuvre, mais son appropriation. Cette démarche se comprend. Elle a pour objectif d'enrayer les acquisitions illicites en facilitant les conditions de son acquisition. Or, considérer le public de l'art plus comme un consommateur que comme un récepteur n'est pas sans conséquence sur l'idée que les individus se feront de la matière artistique. À terme, le consommateur ne verrait pas l'intérêt de se déplacer à un concert ou dans une salle de cinéma. Il pourrait assister indirectement à la représentation de chez lui, paisiblement, sans se mêler à autrui, et se l'approprier *ad vitam aeternam*. On privilégie alors l'appropriation d'un produit au souvenir d'un échange vécu et partagé. Une telle évolution de l'art, c'est figer les expressions et aseptiser les émotions. Or, évolution des modes d'acquisition et évolution des modes de réception ne sont pas incompatibles. Seulement l'un ne doit pas se faire sans l'autre.

II. Les modes de réception du message

418. L'alliance de l'intermédiaire et du récepteur donne lieu à une diversification des modes de réception. Elle tend à développer le droit de recevoir afin que son exercice ne constitue pas une atteinte aux droits d'auteur. Le fait de faciliter l'accès aux œuvres réduit donc les tentations de réceptions illicites. En effet, l'individu se tourne vers les modes de réceptions illicites d'œuvres pour plusieurs raisons. Les arguments les plus convaincants sont que ces méthodes sont simples d'accès et surtout gratuites. C'est aussi parce qu'elles permettent à l'individu de recevoir l'œuvre de chez lui sans effort. Alors, si le développement des méthodes de communication licite essaie de réduire ces contraintes que le récepteur veut éviter, il sera moins tenté de courir le risque de la sanction d'une réception illicite. Cette démarche passe par une concentration particulière sur l'individualisation de la réception (A). Toutefois, ce développement ne peut répondre à tous les désirs des récepteurs (B).

A/ Le développement de la réception individuelle

419. La lutte contre les appropriations illicites des œuvres a entraîné de nouvelles formes de réception : des offres de réception légale et gratuite ou à faible coût. Ces prestations de services se limitent à la seule réception, mais garantissent sa licéité. Ces nouvelles offres ont fédéré les

récepteurs qui voient en elles une réelle alternative à l'acquisition des œuvres. La Directive du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 affirme la qualification de média audiovisuel des services de vidéo à la demande et à la quasi demande¹⁰⁶. L'association nouvelle du récepteur et du diffuseur a posé de nombreuses questions quant à l'équilibre à réaliser avec les droits de l'artiste.

420. Un premier problème a été soulevé par le développement du *streaming* sur Internet¹⁰⁷. Cette technique permet la réception d'œuvres par sa reproduction « dans la mémoire vive de l'ordinateur durant le temps de l'utilisation ». « L'accès à l'œuvre rentre dans le champs du droit d'auteur par le biais du droit de reproduction, concerné par ces reproductions éphémères »¹⁰⁸. Cette mise sous l'égide du droit de reproduction¹⁰⁹ du *streaming*, quoi que contestable, semble être la position dominante en matière législative¹¹⁰. La qualification de reproduction de l'œuvre implique inévitablement le respect des droits patrimoniaux de l'auteur par l'intermédiaire de diffusion. Il en aurait été de même si le *streaming* avait été qualifié de représentation au sens de la propriété intellectuelle¹¹¹. Alors, il aurait été préférable de qualifier cette technique de représentation. Cette dernière aurait en lumière la limitation des prérogatives de l'individu à la seule réception, et non, à l'acquisition de l'œuvre. En effet, la reproduction n'étant qu'éphémère, le récepteur ne peut accéder à l'œuvre qu'à travers l'utilisation du système mis en place par l'intermédiaire. Il ne peut conserver la reproduction temporaire. Elle constitue une contrefaçon emportant l'utilisation de l'œuvre sans compensation de l'artiste. Elle attente ainsi aux droits d'auteur tels que protégés dans l'arrêt *Balan* au titre de l'article 1 du Protocole 1¹¹².

¹⁰⁶ Directive du Parlement et du Conseil, Services de médias audiovisuels, 10 mars 2010, 2010/13/UE

¹⁰⁷ On peut ici prendre le cas des sites d'écoute gratuite de musique (par exemple : Deezer.com et Jiwa.fr) ou de visionnage de vidéos (par exemple : Megavideo) ou de vidéo à la demande (VOD)

¹⁰⁸ C. GEIGER, Thèse, op.cit., p.217

¹⁰⁹¹⁰⁹ Le droit de reproduction implique « l'intercalation d'un support entre l'œuvre incorporelle et le public, qui y accédera, « de manière indirecte », par son intermédiaire » Reprise de l'article L.122-3 du Code de la Propriété Intellectuelle par P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit, p.285

¹¹⁰ Notamment l'article 2 de la Directive du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. On peut voir la même vision aux États-Unis à travers la décision *MAI systems Corp. V. Peak Computer Inc.*, 991 F. 2d 511 (9th Circ. 1993), concernant la reproduction provisoire dans la mémoire RAM d'un ordinateur a été comme une reproduction au sens de l'article 106 de la Loi américaine de 1976. Dans C. GEIGER, Thèse, op.cit., p.217

¹¹¹ Cf. *supra*, n°335

¹¹² Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008. Les divers sites, tels que Jiwa.fm, rappellent que « l'Utilisateur est informé que le fait de procéder à l'enregistrement des Tracks diffusés au travers des Services JIWA est constitutif de contrefaçon et/ou d'atteinte aux droits voisins, sanctionnée par les dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle et susceptible de poursuite devant les tribunaux compétents », www.jiwa.fm, conditions générales d'utilisation.

421. Malgré les difficultés de sa mise en place¹¹³, le *streaming* s'ancre dans la conception contemporaine du droit individuel à la réception. Les intérêts convergents de l'intermédiaire et du récepteur pèsent donc en faveur de la protection de ce mode de réception. Il peut donc s'imposer à l'auteur et réduire la maîtrise de sa communication dans le cadre d'un contrat d'exploitation. Ce n'est, toutefois, qu'à la condition d'un équilibre entre les droits de chacun. Dès lors, l'équilibre revient à un encadrement du droit à la réception, ce dernier ne devant aucunement permettre la conservation de l'œuvre.

422. Ensuite, l'étendue de la notion d'usage privé des œuvres, notamment en matière de copie privée conditionne les prérogatives du récepteur. Il est de règle que l'acquisition d'une œuvre ou d'une copie soit restreinte à l'usage privé. Cet usage pourrait être limité *stricto sensu* à la personne du copiste ou de l'acquéreur. Cette interprétation de l'usage apparaît bien éloignée des pratiques actuelles et des attentes des récepteurs. Cet usage, défini par opposition à l'usage collectif, devrait donc être conçu extensivement. Il y assimile le cercle de famille ou de proches qui dépasse la simple entité économique d'un foyer¹¹⁴. En effet, le droit à la réception doit permettre, au titre de l'importance de l'échange artistique dans la société démocratique, de faire découvrir des messages artistiques à son « *cercle intime* »¹¹⁵. Cette activité d'ordre privé n'est donc pas d'ordre purement personnel. Elle implique, dans une certaine mesure, le droit de développer des relations avec ses semblables¹¹⁶.

Deux limites sont à poser. La première revient à l'usage commercial de la copie. La seconde consiste au dessaisissement de l'usage privé en abandonnant à d'autres la maîtrise de la reproduction¹¹⁷, par le partage ou le prêt. Ces deux utilisations ne se conforment pas à l'usage

¹¹³ Les sites se targuaient d'avoir conclu un accord avec la SACEM en vue de la diffusion licite des musiques. Cependant, les maisons de disques ont réagi, invoquant qu'elles seules étaient susceptibles de donner les accords en vue de la diffusion, ces derniers étant cessionnaires des droits d'auteur. Les sites ont du, alors, rechercher les accords des maisons de disques pour diffuser licitement les sites, ce qui a entraîné une réduction substantielle du nombre de musiques accessibles par site.

¹¹⁴ En ce sens, l'article 5, 2b, de la Directive du 22 Mai 2001(op.cit.), ne limite pas l'usage privé à la personne du copiste. En droit interne, voir, TGI Paris, 24 janv. 1984, Gaz.Pal, 1984.1.240, note J-P, Marchi, retentant l'usage privé en raison des liens familiaux ou d'intimité avec le copiste. La Cour d'Appel de Paris a affirmé que « *l'usage privé ne saurait être réduit à un usage strictement solitaire de sorte qu'il doit bénéficier au cercle de proches, entendu comme un groupe restreint de personnes qui ont entre elles des liens de famille ou d'amitié* », CA Paris, Ch. 4, Sect. A, 4 avr. 2007, *Association UFC Que choisir c. Société Universal Pictures Video France*, n°2007-329335, Point non remis en cause par C.Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 19 Juin 2008, n°07-14.277. Voir notamment, **A. LATREILLE**, « *La copie privée démythifiée* », RTD.Com., 2004, pp.403 et s., p.408 ; **P.-Y. GAUTIER**, « *Pour ou contre le droit de copier des fichiers protégés sur l'Internet ?* », D.2000, Forum, IV

¹¹⁵ Cour EDH, *Niemetz c. Allemagne*, 16 déc. 1992, §29

¹¹⁶ Voir sur ce point **J.-P. MARGUENAUD**, Le droit au respect de la vie privée et familiale, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.485

¹¹⁷ Voir en ce sens, C.Cass., Ch.Crim., 4 janv.1991, n°87-81.995 ; **C. GEIGER**, « *Ne peut se prévaloir de l'exception de copie privée la personne qui prête ses cd-roms à des tiers en dehors du cercle familial* » JCP Ed.Gén., 2008, II, 10065

privé ; l'usage commercial s'oppose à l'usage privé et l'abandon de la maîtrise à autrui constitue une mise à disposition au public de l'œuvre. Ainsi, une conception extensive de l'usage privé s'accorde avec les pratiques actuelles. Elle s'accommode du désir de partage entre proches pour le temps de la réception sans attenter aux droits de l'artiste. Elle offre une certaine maximisation du droit de recevoir par une capacité d'échange et de découvertes accrues. Elle inclue dans le droit de recevoir une prérogative de diffusion limitée aux rapports interindividuels entre proches.

423. Enfin, l'exploitation cinématographique est un autre exemple des besoins d'adaptation aux attentes des récepteurs. Les conflits inhérents à cette activité ont mis en avant le besoin de créer et de conserver une offre diversifiée dans les salles de cinéma. Une telle problématique réside, en particulier, dans la question du prix des places de cinéma. Ce conflit touche directement l'intermédiaire et le récepteur. Toutefois, il doit intégrer la protection des intérêts de l'artiste dans son analyse. Cette question conditionne, à terme, l'espace de diffusion accordé aux cinémathèques ; l'exploitation cinématographique d'une œuvre est un mode d'expression garanti par l'article 10. Les salles de cinéma sont fragilisées par l'érosion de leur prédominance dans la chronologie des médias¹¹⁸. La création de modes alternatifs de communication d'œuvres cinématographiques ne doit pas aboutir à la disparition des exploitants de salles car elle priverait, à terme, « *les spectateurs de la possibilité d'exercer un choix pour une salle* »¹¹⁹. Ce droit au choix du récepteur tient aux conditions d'accès à l'œuvre : le prix, la facilité de l'accès ou le moment de la réception¹²⁰. Il apparaît tout de même que les exploitants de salles essaient avant tout de s'assurer un équilibre économique.

La pratique la plus courante en vue d'attirer et de fidéliser le récepteur est celle des cartes illimitées d'abonnement cinématographique¹²¹. Même si elle n'est pas condamnable en soi, la pratique mérite une analyse approfondie. Elle doit être regardée en fonction de son objectif. Si l'intérêt pour le récepteur peut apparaître *a priori* évident, il ne suffit pas à justifier la pratique.

¹¹⁸ Cf. *supra*, n°416

¹¹⁹ Concernant les pratiques concurrentielles entre exploitants de salle : « *Par ailleurs, les consommateurs ont eux-aussi subi un préjudice dans la mesure où de telles pratiques ont privé les spectateurs de la possibilité d'exercer un choix pour une salle éventuellement moins chère, plus proche de leur domicile, et qui aurait exploité le film plus longtemps.* » Décision du Conseil de la Concurrence n°07-D-44, 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.

¹²⁰ *Ibid.* A l'instar des marchés de la vente au détail, le Conseil de la concurrence a retenu dans sa décision n° 04-D-10 que le marché de l'exploitation des salles de cinéma devait s'analyser par zones de chalandises, la fréquentation des salles de cinéma étant le fait d'une clientèle de proximité. La zone de chalandise est délimitée géographiquement en tenant compte notamment du temps de déplacement des clients, de l'existence d'autres équipements cinématographiques et des voies de communication. Communiqué du Conseil de la Concurrence relatif à la demande de mesures conservatoires présentées par quatre exploitants de salles de cinéma : Cinevog, Les cinq parnassiens, Studio du dragon et Mk2 relative à la carte d'abonnement « UGC illimité », 25 juil. 2000

¹²¹ Ces cartes offrent la possibilité à un individu d'accéder de manière illimitée aux œuvres cinématographiques diffusées par l'exploitant de salles chez lequel le consommateur a pris la carte

En effet, l'association du récepteur avec un intermédiaire crée un conflit avec les intérêts des autres récepteurs et intermédiaires non associés. Alors la réalisation d'un équilibre implique que la prestation offerte au récepteur ne doit pas avoir « *pour seul souci de faire disparaître des concurrents* »¹²² par la caractérisation d'un prix à caractère prédateur¹²³. Ainsi, les pratiques ne doivent donc pas avoir pour conséquences de restreindre la liberté de choix des spectateurs dans le choix des intermédiaires de communication¹²⁴. Cette conception est louable. Elle ne se concentre pas que sur les deux seules parties directement impliquées dans la pratique. Elle fait ressortir l'ensemble des intérêts pour une analyse fonctionnelle de la liberté artistique. Elle opte pour une conservation à long terme de la diversification de la diffusion des œuvres.

424. La diversification des modes de réception passe, en premier lieu, par la capacité d'utilisation des nouveaux modes de diffusion par les intermédiaires. Même si l'accès gratuit à l'art n'est bien évidemment pas garanti¹²⁵, la volonté d'assurer les meilleures conditions économiques de la diffusion des œuvres est le nouveau credo de la communication artistique. Toutefois, ce but ne peut, à lui seul, justifier toutes les pratiques. Il a pu être reproché, pendant un temps, aux intermédiaires de vouloir simplement attirer le public au risque de rompre l'équilibre des libertés. Le droit à la réception reste tout de même une source de prérogatives pour les intermédiaires de diffusion. Ainsi, comme l'a relevé le Professeur Gautier, les conflits entre artistes et intermédiaires nés de la nouvelle communication publique ont pour critère essentiel l'accès du public à l'œuvre « *à l'endroit et au moment qu'il choisit, de manière*

¹²² Communiqué du Conseil de la Concurrence relatif à la demande de mesures conservatoires présentée par quatre exploitants de salles de cinéma ; Cinevog, Les cinq parnassiens, Studio du dragon et Mk2 relative à la carte d'abonnement « UGC illimité », 25 juil. 2000

¹²³ « *Est qualifié de prédateur, et interdit par les articles 8 et 10-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, un prix dont le bas niveau s'explique non par des objectifs commerciaux, mais par le seul souci de faire disparaître des concurrents, en vue de bénéficier ensuite d'une situation plus forte sur le marché. Selon la jurisprudence, tant française que communautaire, un prix inférieur au coût variable moyen, qui n'a aucune justification économique, ne peut s'expliquer que par une stratégie prédatrice* », *Ibid.*. Voir en matière communautaire, CJCE C 62/86, 3 juillet 1991, AKZO, rec. p. I 3359

¹²⁴ Selon les parties saisissantes, la carte litigieuse « *aurait pour effet de rendre captif tout spectateur de cinéma qui contractera cet engagement individuel d'un an reconductible tacitement et de détourner ainsi le public des habitués des salles indépendantes, dès lors que cet abonnement les dissuadera fortement de fréquenter d'autres salles que celles auxquelles il donne accès ; que cet abonnement constituerait un détournement de clientèle qui porterait directement atteinte aux salles indépendantes et d'art et essai* », Décision du Conseil de la Concurrence n°00-MC-13 du 25 juil. 2000 relatif à la demande de mesures conservatoires présentée par quatre exploitants de salles de cinéma : Cinevog, Les cinq parnassiens, Studio du dragon et Mk2 concernant les pratiques la société UGC Ciné-Cité dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma.

¹²⁵ « *la liberté d'expression ne devrait pas normalement entraîner le droit d'utiliser gratuitement le travail d'autrui* » ; En ce sens, *Affaire Ashdown v. Telegraph Group Ltd*, London High Court, 11 janv. 2001, Voir **P. KAMINA**, « *Droit d'auteur et article 10 dde la Convention Européenne des Droits de l'Homme* », *Légicom*, n°25, 2001/2, pp.7 et s., p.13

individualisée »¹²⁶. L'association du récepteur aux intermédiaires de diffuseurs milite en faveur d'une « *mise à disposition ouverte des œuvres* »¹²⁷. La multiplication des accès individualisés aux œuvres assure une liberté de choix du récepteur. Ainsi, la restriction aux prérogatives de l'artiste face à la volonté de diversification des modes de réception opéré par les diffuseurs se justifie par la garantie de l'accès individuel au message artistique. Toutefois, l'expansion des modes de réception n'est pas sans limite.

B/ Les limites inhérentes au développement

425. Le droit de la communication artistique s'oriente vers le droit pour les intermédiaires de diffusion de communiquer l'œuvre sous tout mode de diffusion. Cette prérogative, pour être légitime, doit s'accommoder d'une protection renforcée des droits moraux et patrimoniaux de l'auteur. En effet, les systèmes qui offrent l'accès gratuit aux œuvres ne sont légitimes que s'ils assurent une rémunération proportionnelle de l'exploitation de l'œuvre à l'artiste. L'infusion du droit à la réception dans les prérogatives des intermédiaires ne peut donc faire échec aux prérogatives patrimoniales de l'artiste fondées sur l'article 1 Protocole 1 de la Convention EDH. Cette protection fait que la libre diffusion d'œuvres ne puisse s'effectuer « *en l'absence de paiement de la redevance due à l'auteur* »¹²⁸, quand elle est demandée. Cette limite a conduit à de nouveaux phénomènes, le but étant d'éviter que le récepteur ait l'impression de supporter directement la rémunération de l'artiste. Les sites d'écoute musicale gratuite ne sont licites qu'en raison de leur conventionnement avec les sociétés de gestion des droits d'auteur et des titulaires desdits droits¹²⁹. L'idée a été d'offrir gratuitement les œuvres aux récepteurs, la compensation de l'artiste provenant des recettes publicitaires des sites. De même, le contentieux relatif aux cartes de cinéma à accès illimité a admis leur validité dans une certaine mesure. Toutefois il révèle l'exigence « *de la rémunération des distributeurs des films par les exploitants de salle sur la base d'un prix de référence* »¹³⁰. Pour ce qui est de la copie privée¹³¹ le législateur a institué « *une*

¹²⁶ Article 8 du traité OMPI de décembre 1996 et article 3 de la Directive CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information, dans, **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit. p.258

¹²⁷ **V.-L. BENABOU**, « *Les nouveaux modes de mise à disposition des œuvres* », Legicom, n°41, 2008/1, pp.85 et s., p.91

¹²⁸ Commission EDH, Société nationale des programmes France 2 c. France, préc.

¹²⁹ Ces sites avaient, dans un premier temps, conclu des contrats avec les seules sociétés de gestion des droits d'auteur. Cependant, les maisons de disques ont estimé, qu'en tant que titulaires des droits, leur accord était requis pour la mise à disposition des œuvres.

¹³⁰ Conseil de la Concurrence, Avis n°08-A-12 du 30 juin 2008 relatif à un projet d'amendement à l'article 27 du code de l'industrie cinématographique portant sur les cartes de cinéma à accès illimité.

¹³¹ Voir article L.311-5 du Code de la Propriété Intellectuelle

rémunération (...) perçue par des société de gestion collective auprès des différents commerçants qui la répercutent sur les consommateurs, pour être ensuite répartie entre divers ayant droit, afin de les rémunérer pour l'usage privé licite de leurs biens incorporels »¹³². Comme l'a rappelé le Conseil d'État, cette rémunération a pour « objet de compenser, pour les auteurs, artistes-interprètes et producteurs, la perte de revenus engendrée par l'usage qui est fait licitement et sans leur autorisation de copies d'œuvres (...) à des fins strictement privées »¹³³ et non de la contrefaçon. La taxe supportée par le copiste permet de rémunérer les auteurs. L'avantage est que cette méthode, par le recours à la taxe, apparaît presque invisible pour le récepteur.

426. Ce strict respect de la rémunération des artistes préserve ainsi l'œuvre en sa qualité de bien au sens de l'article 1 du Protocole 1. Face à l'expansion des modes de communication, cette protection spécifique est un frein aux pratiques concurrentielles par la mise en place d'un seuil minimal de rémunération. En effet, l'ensemble des modes de réception précités est soumis à l'obligation de redistribution minimale¹³⁴. Cette protection de l'art, en tant que bien, pose tout de même la question de sa dévalorisation dans l'esprit du public. En effet, l'ensemble de ces méthodes tend à faire supporter le coût le plus faible possible au récepteur. Elles s'inscrivent donc dans l'idée que le coût de l'art est par essence une contrainte. Cette conception ne participe pas à la valorisation du message artistique et tant que création de l'esprit. Pour le récepteur, l'art, moins qu'un produit, devient presque un dû.

427. La tendance se confirme lorsque l'on émet l'hypothèse que la préservation des droits de l'artiste puisse constituer un écueil à diversification des modes de communication dans l'espace. Cette protection se confronte à la volonté de parvenir à une libre circulation des idées « sans considération de frontière »¹³⁵. Selon Mr. le Professeur Cohen-Jonathan, la Cour EDH a mis l'accent « sur le principe de la libre circulation internationale des informations » et en

¹³² **N. BINCTIN**, « Pour une application stricte de la rémunération pour copie privée », note l'arrêt CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect. Réunies, 11 juill. 2008, n°298779, Syndicat de l'Industrie de matériels audiovisuels électroniques), CCE n°11, 2008, p.7

¹³³ CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect. Réunies, 11 juill. 2008, n°298779, Syndicat de l'Industrie de matériels audiovisuels électroniques.

¹³⁴ Pour les cartes illimités et abonnement multiple : article 27 issu loi 2001-420 du 15 mai 2001 modifié par la Loi n°2009-258 du 5 mars 2009. Pour les copies privées voir : **N. BINCTIN**, « Pour une application stricte de la rémunération pour copie privée », note de l'arrêt CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect. Réunies, 11 juill. 2008, n°298779, Syndicat de l'Industrie de matériels audiovisuels électroniques), CCE n°11, 2008, p.7

¹³⁵ Article 10 de la CEDH ; voir Cour EDH, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 22 mai 1990, **G. COHEN-JONATHAN**, « La libre circulation internationale des informations par satellite », RUDH 1990, p.313 ; CEDH, *Association Ekin c. France*, préc.

Le droit communautaire s'est aussi emparé de la question. En particulier l'article 2 bis de la directive 89/552/CEE révisée par la Directive 2007/65/CE du 11 déc. 2007 met en avant la liberté de réception transfrontalière en matière de services de média.

particulier sur le droit du public de les recevoir¹³⁶. Le critère de la liberté de réception ne tient pas tant au type de moyen de communication utilisé mais dans le message destiné à être reçu¹³⁷. La limitation du droit de recevoir par une territorialisation de la transmission est critiquée par l'Union européenne. La Directive du 10 mars 2010 commande que « *les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire de services de médias audiovisuels en provenance d'autres États membres* »¹³⁸. La territorialisation est pourtant parfois nécessaire¹³⁹. L'hypothèse de licences multi-territoriales, envisagée sur le plan européen, ne devient que d'un effet limité sur la territorialisation. Elles n'empêchent pas d'établir des conditions relatives à l'échelonnement dans le temps de la diffusion en fonction des États. Cette restriction au caractère transfrontalier de la diffusion en matière artistique doit être expliquée. Une interprétation contemporaine de l'arrêt de la CJUE *Coditel*, laisse affirmer que les règles relatives à la circulation transfrontalière des messages artistiques ne peuvent faire obstacle « *aux limites géographiques dont les parties au contrat de cession sont convenues pour protéger l'auteur et ses ayants droit à cet égard* »¹⁴⁰. C'est donc au nom du respect des droits de l'artiste sous l'article 1 protocole 1 que le diffuseur devrait restreindre la réception sans considération de frontière¹⁴¹. La territorialisation de l'octroi des droits sur la communication des œuvres justifie alors une restriction à leur accessibilité au sein même d'un mode de communication en raison du lieu de la demande de transmission. Elle légitime les mesures de géo-blocage¹⁴² mises en place sur les territoires où les droits ne sont pas acquis.

428. L'association du récepteur avec l'intermédiaire de diffusion augmente les capacités de communication pour une plus grande adaptabilité au récepteur individuel. Elle cherche plus particulièrement à lutter contre les pratiques illicites. Toutefois, la diversification des modes de réception trouve sa limite dans le strict respect des droits patrimoniaux de l'auteur. La ligne directrice reste que toute évolution ne peut se faire sans la protection des intérêts de l'artiste. La position ambivalente de l'intermédiaire de diffusion, à la fois protecteur de l'artiste et en

¹³⁶ **G.COHEN-JONATHAN**, « *La libre circulation internationale des informations par satellite, note concernant l'arrêt Autronic de la Cour EDH* », préc., pp.313 et s.

¹³⁷ *Ibid.* p.315

¹³⁸ Article 3 al. 1 de la Directive Services de médias audiovisuels, 2010/13/UE du Parlement Européen et du Conseil

¹³⁹ On peut prendre pour exemple l'arrêt de la CJCE, 18 mars 1980, aff.62/79, *Coditel c. Ciné Vog et les films La Boétie*

¹⁴⁰ CJCE, 18 mars 1980, aff.62/79, *Coditel c. Ciné Vog et les films*, Attendu 16

¹⁴¹ Voir en ce sens, **G.COHEN-JONATHAN**, « *La libre circulation internationale des informations par satellite, note concernant l'arrêt Autronic de la Cour EDH* », préc., p.316

¹⁴² Le géo-blocage se pratique principalement sur Internet. Cette mesure de verrou géographique consiste à accorder ou interdire l'accès à des œuvres, par reconnaissance de l'adresse IP, suivant la localisation de l'utilisateur. Cette technique est très utilisée par les sites internet de chaînes audiovisuelles qui retransmettent leurs programmes et séries télévisées pour que les internautes se trouvant dans des États où le programme n'a pas encore été diffusé ne puissent y accéder. Les sites d'écoute de musique gratuite en ligne utilisent aussi cette technique.

recherche de public, suppose une attention particulière sur la mise en œuvre de mesures de précaution qui influent sur l'usage même du message délivré.

§2 L'alliance imparfaite dans l'utilisation des œuvres

429. Nous serions tenté de penser que lors de l'utilisation du message, le récepteur dispose de nombreuses prérogatives : arrêter la réception, la continuer, la recommencer. Seulement dès que le récepteur a accès au message, il veut tout en faire : le recevoir, l'acquérir, le transporter, le faire partager. Les prérogatives offertes au récepteur sont inévitablement moins étendues que ce qu'il souhaite. Face à cette situation, l'intermédiaire dispose de deux actions : étendre certaines prérogatives du récepteur (I) ou prendre des mesures contre une utilisation illicite de l'œuvre (II).

I. L'extension de l'utilisation

430. Les mesures prises par le diffuseur de l'œuvre relèvent de deux cas distincts. Soit elles sont une obligation à sa charge de respecter un droit à l'usage individuelle de l'œuvre (A), soit elles prennent la forme de nouvelles prérogatives conférées à l'utilisateur (B).

A/ L'extension de la conception d'usage normal de l'œuvre

431. La conception française du droit d'auteur a souvent été stigmatisée comme freinant l'utilisation des œuvres par les récepteurs. Les critiques portant sur les systèmes de protection ont instauré « *une contre-culture du droit d'auteur* »¹⁴³. Ce rejet a laissé place à la réflexion sur de nouveaux modèles et à l'apparition d'alternatives de protection¹⁴⁴. Le but est de tendre vers « *la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit* » qui « *érige le don comme étendard* »¹⁴⁵. Une ligne directrice est posée : repenser les échanges au profit de l'utilisateur. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le droit de l'Union Européenne établisse un modèle comparable à la conception libérale du copyright concentrée sur la liberté de circulation et la protection du

¹⁴³ V-L. BENABOU, « *Les nouveaux modes de mise à disposition des œuvres* », préc., p.91

¹⁴⁴ On peut prendre pour exemple les modèles du Copyleft, de la licence art libre et des *Creative commons*

¹⁴⁵ V-L. BENABOU, « *Les nouveaux modes de mise à disposition des œuvres* », préc., p.90

consommateur. L'union européenne mise plus particulièrement sur l'existence d'un marché concurrentiel pour développer l'utilisation des contenus¹⁴⁶. Ce modèle met en avant deux acteurs : les investisseurs et le récepteur dans son rôle de consommateur. La nécessité de s'adapter aux nouvelles utilisations de l'œuvre a entraîné la création d'obligations à la charge des intermédiaires afin de garantir l'effectivité de leur utilisation. En matière de communication électronique la Directive 2009/136/UE a précisé que, « *compte tenu de l'importance croissante des communications électroniques pour les consommateurs et les entreprises, les utilisateurs devraient, en tout état de cause, être pleinement informés de toute limitation imposée par le fournisseur de service et/ou de réseau quant à l'utilisation de services de communications électroniques* »¹⁴⁷. Ainsi, le respect du droit d'usage de l'œuvre se développe. Cependant, l'usage de l'œuvre par le récepteur peut se confronter aux prérogatives de l'auteur sur sa liberté de communiquer. Toute la question réside dans l'étendue que l'on entend conférer à l'usage normal de l'œuvre par le récepteur.

432. L'intrusion du droit de la consommation dans le rapport entre le récepteur et l'intermédiaire a pour vocation de garantir l'utilité du bien ou du service acquis. Notamment, la Directive européenne du 10 mars 2001 relative aux services de médias audiovisuels prévoit la possibilité d'apporter des restrictions à la liberté de réception en vue de protéger le consommateur¹⁴⁸. Lorsqu'il se place en consommateur¹⁴⁹, l'individu doit être assuré de recevoir une information claire sur la contrepartie de son engagement¹⁵⁰. En l'occurrence, il doit connaître « *l'aptitude à l'emploi* »¹⁵¹ du bien ou service obtenu. La connotation pénale de l'action fondée sur la tromperie¹⁵² n'apparaît pas opportune pour déterminer les contours de l'usage de l'œuvre. La préférence revient alors à l'action fondée sur l'article 1641 du Code civil disposant que « *le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine* »¹⁵³.

¹⁴⁶ « *Un marché concurrentiel offre aux utilisateurs un large choix de contenus, d'applications et de services. Les autorités réglementaires nationales devraient promouvoir la capacité des utilisateurs à accéder à l'information et à en diffuser ainsi qu'à utiliser des applications et des services* ». Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, 25 nov. 2009

¹⁴⁷ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, 25 nov. 2009

¹⁴⁸ Article 4. Directive Services de médias audiovisuelles 2010/13/UE, du Parlement européen et du Conseil

¹⁴⁹ À savoir au sein d'un contrat à titre onéreux.

¹⁵⁰ L'article L.121-1 du Code de la Consommation évoque les différents cas de pratique commerciale trompeuse et oblige les commerçants à fournir une information claire sur les produits et services fournis.

¹⁵¹ Article L.213-1 du Code de la Consommation

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ En ce sens, **P. STOFFEL-MUNCK**, « *Etiquettes sur un CD portant mention d'un dispositif technique limitant la possibilité de copie* », CCE 2003, comm.86, p.32, note sous TGI Nanterre, 24 juin 2003, *Association Consommation Logement Cadre de Vie c. SA EMI Music*, n°Juris-Data 2003-215496

433. Un jugement du 2 septembre 2003, relatif à l'usage de CD par le consommateur, s'ancre dans la problématique. En l'espèce, une société éditrice de CD n'avait pas fait mention de l'impossibilité de lire un CD sur certains lecteurs. Il a été conclu que la personne ne pouvait prétendre à un usage normal du CD en cause¹⁵⁴. La société a donc été condamnée en raison de la restriction individuelle à l'utilisation de l'œuvre par le consommateur. Toutefois, l'assurance absolue de l'usage de l'œuvre serait trop lourde techniquement et économiquement pour l'intermédiaire. C'est pourquoi la mesure destinée à faire cesser l'agissement illicite est limitée. Elle tient à l'adjonction d'une mention avertissant le consommateur d'une susceptible impossibilité d'usage¹⁵⁵. Partant, l'obligation de l'intermédiaire de garantir l'utilisation normale de l'œuvre est une simple obligation de moyen. L'impossibilité d'y parvenir ne laisse que le choix d'une obligation d'information au récepteur.

434. La question se pose de savoir ce que recouvre réellement la notion d'usage normal de l'œuvre. Il a été affirmé de nombreuses fois que la copie privée n'était pas un droit mais une exception¹⁵⁶. Cette qualification d'exception ne fait pas entrer la copie privée dans le cadre de l'usage normal. Cette interprétation légitime la possibilité pour les intermédiaires de mettre en place des mesures techniques en vue de rendre impossible la copie¹⁵⁷. Or, cette exclusion de la copie de l'usage normal n'est pas si évidente. En effet, l'apparition sur le marché de produits d'un genre nouveau, le développement de standards différents par les constructeurs ont influencé les capacités d'utilisation des œuvres en fonction du matériel destiné à les lire. En pratique, tant le matériel que l'œuvre acquise, peuvent contenir des restrictions d'usage pour l'utilisateur¹⁵⁸. Les mesures techniques précitées ne doivent pas, « *du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur capacité à interopérer, entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations*

¹⁵⁴ Il est à noter qu'au sein de l'affaire *Françoise M. c. EMI France* l'action de la consommatrice seule a été retenue à côté de celle de l'association UFC Que Choisir. Dès lors, l'impossibilité d'usage normal de l'œuvre se conçoit comme une atteinte au droit individuel à la réception. TGI Nanterre, 2 sept. 2003, *Françoise M. c. EMI France, Auchan France*. Voir : **L. GRYNBAUM**, « *Le CD scellé est affecté d'un vice caché* », CCE nov. 2003, comm. 107, pp.30 et s.. Confirmé par CA Versailles, 15 avr. 2005, *Mme Marc et UFC Que Choisir c. Sté EMI France*, n°Juris-Data 2005-268185. **C. CHABERT**, « *Une mesure technique de protection peut constituer un vice caché* », CCE nov. 2005, comm.173 p.30

¹⁵⁵ En ce sens, TGI Nanterre, 24 juin 2003, *Association Consommation Logement Cadre de Vie c. SA EMI Music*, n°Juris-Data 2003-215496

¹⁵⁶ Dans l'affaire *Mulholland Drive* les juges affirment qu'« *il résulte de la nature juridique de la copie privée que celle-ci [...] ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe de prohibition de toute reproduction intégrale ou partielle d'une oeuvre protégée faite sans le consentement du titulaire des droits d'auteur* ». C.Cass., Civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, n°07-14..277. Pour un résumé : **L. COSTES**, « *Epilogue judiciaire dans l'affaire « Mulholland Drive »* », RLDI juil.2008, n°1322, p.14. De même, C.Cass. 1^{ère} Civ., 27 nov. 2008, LP 2009, n°258, I, p.11

¹⁵⁷ Cas prévu à l'article L.331-5 du Code la Propriété Intellectuelle (Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006, article 13)

¹⁵⁸ Il se peut que l'œuvre acquise ne puisse être utilisée que sur un matériel spécifique ou encore que ce matériel ne propose que de lire un certain nombre d'œuvres en fonction du procédé technique mis en forme.

supplémentaires ou indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre »¹⁵⁹. La question de l'interopérabilité vient relancer la question de l'usage privé de l'œuvre. La jurisprudence a interdit de subordonner l'utilisation d'une œuvre à l'acquisition d'un support dédié s'analysant comme une vente liée¹⁶⁰. L'usage des œuvres ne peut être restreint par l'acquisition d'un support d'une marque prédéfinie seul capable de le permettre. « Une interopérabilité totale »¹⁶¹ entre les œuvres acquises et les matériels destinés à leur utilisation ne peut exister. Toutefois, le droit à l'usage normal de l'œuvre s'oppose aux pratiques réduisant de manière excessive la liberté de choix de l'utilisateur quant aux moyens d'utiliser l'œuvre.

435. On peut se demander si la reconnaissance de l'interopérabilité est en mesure de faire entrer la copie privée dans l'usage normal de l'œuvre. Le Conseil de la concurrence avait pris position, par une démonstration hasardeuse dans une affaire dans laquelle la Société Apple était mise en cause, sur l'effectivité de l'interopérabilité. En l'espèce, le Conseil a estimé que l'impossibilité de transférer directement sur un *Ipod* les chansons téléchargées sur le site Internet de Virgin Méga ne portait pas atteinte au droit à l'interopérabilité. Le Conseil a relevé que le consommateur pouvait « télécharger le titre sur le site de VirginMega, le graver sur un CD, copier le titre du CD vers le disque dur de l'ordinateur en format MP3 ou AAC, par exemple à l'aide du logiciel gratuit iTunes player; enfin, transférer le fichier sur l'iPod en utilisant le même logiciel ». Le Conseil a estimé que cette pratique était répandue, efficace, et d'un faible coût pour l'utilisateur¹⁶². Le Conseil reconnaît donc l'interopérabilité à travers une mise en œuvre tortueuse de l'exception de copie privée qui, rappelons-le, n'est pas de droit.

Cette décision du Conseil de la concurrence sème alors le trouble sur la teneur du droit d'utiliser des œuvres. Selon le Conseil de la concurrence, le droit à l'interopérabilité se justifiait par la mise en œuvre de l'exception privée. L'exercice du droit d'usage était alors conditionné à la possibilité laissée par le diffuseur de recourir à l'exception privée. Conditionner l'exercice d'un droit à l'exercice préalable d'une exception revient à dire que ce droit n'existe pas. De plus, l'interopérabilité aboutit ici à permettre l'utilisation d'une œuvre téléchargée légalement sur un

¹⁵⁹ Article L.331-6 du Code de la Propriété Intellectuelle (Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006, article 14)

¹⁶⁰ TGI Nanterre, 15 déc. 2006, *UFC Que Choisir c. Sony France*. C. MANARA, « Téléchargement payant de musique : le droit de la consommation s'applique strictement », D. 2007, pp.219-220. En l'espèce, l'utilisation de fichiers téléchargés légalement sur le site de la Société Sony étaient subordonnées à l'acquisition d'un baladeur de la marque Sony. Dans le même sens : C. MANARA, « Musique en ligne, interopérabilité et avantage concurrentiel », Concurrences, n°2-2008, pp.63 et s.

¹⁶¹ TGI Nanterre, 15 déc. 2006, *UFC Que Choisir c. Sony France*, préc.

¹⁶² Conseil de la concurrence, 04-D-54, 9 nov. 2004. Voir C. MANARA, « Musique en ligne, interopérabilité et avantage concurrentiel », préc. et E. A. CAPRIOLI, « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », CCE, nov. 2006, étude n°30, pp.25 et s.

baladeur, acte qui constitue tout autant une copie privée¹⁶³. Il suffit qu'une mesure technique empêche la première copie pour rendre impossible toute transmission sur un baladeur. L'utilisation de l'œuvre téléchargée en ligne sur un baladeur relèverait de l'usage normal et serait de droit. Toutefois, l'interopérabilité semble cacher une simple adaptation contemporaine de l'exception de copie privée sans créer de réel droit. La réponse n'est donc pas satisfaisante.

436. Pour une effectivité de l'interopérabilité deux critères de l'usage normal de l'œuvre seraient à envisager. Tout d'abord, l'usage normal de l'œuvre doit être rendu possible par des conditions techniques légales à la portée de l'utilisateur moyen. On peut ainsi se calquer sur les travaux relatifs aux cartes cinématographiques pour voir une atteinte au droit à l'usage normal « *lorsque (les) circonstances limitent de manière significative les conditions d'usage* » de l'œuvre¹⁶⁴. Ce critère fait voler en éclat l'argumentation du Conseil de la concurrence pour que l'utilisateur bénéficie d'une liberté de choix quant aux moyens proposés pour utiliser l'œuvre. Ensuite, l'usage de l'œuvre doit être rendu possible dans des conditions économiques proportionnées. Dans la décision du Conseil, l'usage normal de l'œuvre était rendu possible moyennant un « *faible coût* »¹⁶⁵ supplémentaire, ce qui est en soi contestable. Toutefois, la priorité reste que l'interopérabilité doit éviter la pluri-acquisition de l'œuvre en fonction du matériel auquel elle se destine. Encore, elle ne saurait obliger à l'acquisition de différents matériels de genres similaires pour l'utilisation de différentes œuvres de même nature¹⁶⁶.

437. La question de l'étendue de l'usage de l'œuvre, désormais possible sur une pluralité de supports, reste encore floue. De plus, elle est amenée à évoluer perpétuellement. L'évolution des techniques est de nature à imposer, soit la reconnaissance d'un droit à la copie privée dans le strict respect de la licéité de la source¹⁶⁷, soit la limitation de l'ensemble des contraintes techniques existantes. On peut noter, qu'en pratique, les intermédiaires de diffusions ne sont pas toujours tentés de verrouiller les œuvres. Ils peuvent d'ailleurs étendre les prérogatives des utilisateurs sur ses œuvres, leur confiant par la même occasion de nouvelles responsabilités.

¹⁶³ La transmission d'une œuvre téléchargée en ligne nécessite la copie des fichiers du disque dur d'un ordinateur au baladeur.

¹⁶⁴ Recommandation de la Commission des Clause Abusives relative aux formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples, dans, **C. MANARA**, « *Téléchargement payant de musique : le droit de la consommation s'applique strictement* »

¹⁶⁵ Conseil de la Concurrence, 04-D-54, 9 nov. 2004

¹⁶⁶ En effet, il serait économiquement lourd pour le consommateur de posséder plusieurs baladeurs pour écouter l'ensemble de ses fichiers audio. De plus, il apparaît que les restrictions à l'interopérabilité qui ne permettent pas la concurrence économique entre les fournisseurs au détriment du consommateur sont constitutives d'abus de position dominante

¹⁶⁷ Cf. *supra*, n°335 et s.

B/ L'extension des prérogatives de l'utilisateur

438. Les diffuseurs de contenus artistiques sont soucieux de rassembler le maximum d'individus. Pour ce faire, ils offrent parfois des prérogatives étendues aux récepteurs dans l'usage de l'œuvre qui échappent au contrôle de l'auteur. Cette pratique largement développée par l'Internet dit participatif ou collaboratif¹⁶⁸ offre de nouvelles possibilités. Sans pour autant devenir un fournisseur de contenu, le récepteur fait une utilisation de l'œuvre qui peut en modifier la perception par autrui. Prenons l'exemple des sites d'écoute musicale et de visionnage de vidéos tels que *Deezer.com*, *Spotify* ou encore *Youtube.com*. Ces sites permettent à leurs utilisateurs, parallèlement à la réception des œuvres, de créer des *Playlists*¹⁶⁹. Elles sont l'équivalent de la compilation en l'absence de support physique et sont partagées avec tout autre utilisateur. Même si tout individu a le droit de créer ses propres compilations sans être inquiété, sa capacité à les rendre publiques change ici la donne. Il est donc concrètement possible, pour un utilisateur, de reproduire sur l'un de ces sites, la compilation qui avait valu la condamnation de la société *Universal Music* pour atteinte au droit moral de M. Tenenbaum dit Jean Ferrat. En outre, l'utilisateur peut connoter ses *Playlists* par l'adjonction de titre et de commentaires. Malgré l'absence de vocation commerciale desdites *Playlists*, les hypothèses d'atteinte à l'intégrité de l'œuvre sont réelles. En effet, ce n'est pas le fait de l'exploiter qui est de nature à altérer l'œuvre, mais le fait de présenter une œuvre, dont la perception est modifiée, à un public. Dès lors, malgré la profusion de *Playlists* existant sur ces sites, rien n'empêche un artiste zélé et « *particulièrement soucieux (...) du respect dû à son public* »¹⁷⁰ de se prévaloir d'une atteinte au droit moral.

439. Ces prérogatives laissées à l'utilisateur par l'intermédiaire entrent en conflit avec les droits de l'artiste. Toute la difficulté réside dans la détermination de la responsabilité en raison d'un usage de l'œuvre contraire aux droits de l'artiste. À la lecture des conditions d'utilisation de la plupart de ces sites, la solution semble claire. L'intermédiaire de diffusion se dédouane de toute responsabilité. Seule celle de l'utilisateur serait retenue¹⁷¹. En effet, le site Internet

¹⁶⁸ Voir : **J.-M. BRUGUIERE**, « *Responsabilité des intermédiaires techniques- L'heureux retour de la théorie du risque de Saleilles* », note sous TGI Paris, réf., 22 juin 2007, *Jean Yves L. dit Lafesse c. Myspace* et TGI Paris, 3^e ch., 13 juil. 2007, *C. Carion et Nord-Ouest Production c. SA Dailymotion*, PI, janv. 2008, pp.116 et s., p.116

¹⁶⁹ Liste d'écoute

¹⁷⁰ CA Paris, 14 nov. 2007, *Jacky Boy Music c. Salvador*. Voir notamment, **L. COSTES**, « *Réalisation d'une compilation de chansons de Henri Salvador sans son autorisation et atteinte à son droit moral d'artiste-interprète* », RLDI, mars 2008, pp.22-24

¹⁷¹ Pour le site Jiwa.fr il est indiqué au sein des « Conditions générales d'utilisation du site et des services Jiwa », dans l'article 9 relatif aux obligations de l'utilisateur que ce dernier s'engage à, « *d'une manière générale, ne pas*

cessionnaire des droits, fait une exploitation à vocation commerciale des œuvres. Cependant, il délègue contractuellement à l'utilisateur la faculté de présentation des œuvres. Alors, comme l'affirme M. le Professeur Gautier, le mécanisme issu du droit civil des « chaînes de contrats »¹⁷² impose que le droit moral de l'auteur innerve l'ensemble des rapports liés à son œuvre. L'artiste « est censé être présent dans toute convention pouvant mettre en péril son droit moral »¹⁷³. M. le Professeur Gautier souligne alors l'absence « de distinction selon que le partenaire auquel l'auteur oppose son droit moral est ou non son contractant immédiat »¹⁷⁴. Ainsi, l'utilisateur, en raison des prérogatives qui lui sont conférées par l'intermédiaire de diffusion, serait « tenu intuitu rei, en considération de la chose/œuvre dont il se sert et des droits et obligations y afférant »¹⁷⁵. Tout porte à croire que l'utilisateur peut être responsable de la mise en forme ou de l'adjonction de messages portant atteinte à l'intégrité de l'œuvre.

440. Cette sévérité envers l'utilisateur n'est pas satisfaisante. En évacuant l'intermédiaire de diffusion du conflit, cette solution révèle une insuffisance dans l'analyse du litige¹⁷⁶ et ce, pour plusieurs raisons. L'intermédiaire reçoit les fruits nés de la fréquentation du site et de la diffusion de ces *Playlists*. Cet intérêt économique du diffuseur l'implique dans le litige. Il ne peut tout de même suffire à lui faire accepter tous les risques. Il est nécessaire que le site ait la charge des œuvres diffusées¹⁷⁷. Dès lors, le système mis en place par ces sites peut lui donner la qualité d'éditeur de contenu quand il fournit les contenus aux utilisateurs¹⁷⁸. Le fait de fournir le contenu aux utilisateurs le rend donc responsable de leur utilisation. On pourrait opposer que le site peut ne pas être considéré comme éditeur car il ne met en ligne que des œuvres fournies par un exploitant. Il ne serait donc qu'hébergeur du contenu. Il n'en reste pas moins « sous-

transmettre des éléments qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle ou aux droits des tiers et notamment le droit des marques, le droit de la personne ou le droit d'auteur ». Pour le site Deezer.com aucune mention n'est faite au sein de l'article 2.2 relatif aux services optionnels dont fait partie le service de créations de *Playlists* personnalisées. Le site énonce seulement que l'utilisateur ne doit pas diffuser de messages constituant une violation aux droits d'auteur. (Conditions relative à la création d'un profil personnel et accès à la communauté des membres, iii)

¹⁷² Voir en ce sens : **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.234 n°125

¹⁷³ TGI Paris, 15 fév. 1984, D.1984, inf. rap. 291, obs. **C.COLOMBET**

¹⁷⁴ **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.234 n°125

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.235

¹⁷⁶ En ce sens, **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., pp.502 et s.

¹⁷⁷ Le TGI de Paris a considéré que « la commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas de qualifier (une société) d'éditeur de contenus qui sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion ». TGI Paris, 13 juil. 2007 ; « Contrefaçon de film sur un site de partage vidéo : quelle responsabilité ? », LP n°244, sept. 2007, , III, p.167

¹⁷⁸ Ainsi, le site doit être considéré comme éditeur de contenu et non hébergeur car le site « est celui (au sens de l'article L.132-1 du CPI) qui se fait céder les droits sur l'œuvre. « Responsabilité des intermédiaires techniques – L'heureux retour de la théorie du risque de Saleilles », PI janv.2008

acquéreur »¹⁷⁹ des droits d'exploitation. Sa responsabilité trouve alors son fondement dans la théorie du risque. Cette théorie, que l'on doit à Saleilles¹⁸⁰, légitime l'acceptation du « *risque-contrepartie du profit* »¹⁸¹ inhérent à l'activité des utilisateurs du site. L'exploitation commerciale des œuvres par le site justifie la substitution de sa responsabilité à celle de l'utilisateur. En effet, le site détermine contractuellement les prérogatives conférées à l'utilisateur. Il doit « *être considéré comme ayant connaissance à tout le moins de faits et circonstances laissant penser que* »¹⁸² ces prérogatives puissent créer une atteinte au droit d'auteur.

441. Une substitution de responsabilité ne saurait jouer que dans le cadre de l'usage normal du site. L'utilisateur ne s'exonère de sa responsabilité que s'il agit dans la limite des prérogatives qui lui sont conférées. Il devient alors responsable de tout contenu qu'il peut ajouter¹⁸³. En effet, l'intermédiaire de diffusion n'est alors que l'hébergeur des propos de l'utilisateur. Dès lors, c'est l'adjonction fautive d'éléments provenant de l'usage de la liberté d'expression de l'utilisateur qui est mise en cause. Elle suppose que l'utilisateur agisse sous sa propre responsabilité lorsqu'il agit en dehors des prérogatives obtenues par sa fonction d'utilisateur. Dans un tel cas, l'intermédiaire de diffusion n'est pas automatiquement hors de cause. En effet, l'évolution jurisprudentielle interne tend vers l'application de la théorie du risque aux hébergeurs¹⁸⁴. L'idée n'est pas de déresponsabiliser l'utilisateur mais de rendre l'intermédiaire responsable s'il remplit trois conditions : qu'il ait la faculté d'agir, qu'il ait connaissance du message critiquable, et qu'il ait choisi de ne rien faire¹⁸⁵. C'est essentiellement par le refus de suppressions de messages que les ayant droits ou l'auteur auraient signifié aux intermédiaires comme attentatoire aux droits d'auteur que leur responsabilité est engagée.

¹⁷⁹ **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.235

¹⁸⁰ **R. SALEILLES**, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, dans, **J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Droit civil, Les obligations, 2.Le fait juridique*, op.cit., p.79

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² TGI Paris, 13 juill. 2007, LP 2007, n°244, III, p.167 ; Voir de même, **A. ROBIN**, « *Droit de l'Internet* », JCP Entr. et Aff., janv. 2008, 1076

¹⁸³ L'idée d'une responsabilité de l'utilisateur pourrait être battue en brèche si l'on fonctionne par analogie avec un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 28 Octobre 2008. Ce jugement a estimé que la clause prévu dans les conditions générales de vente du site Amazon.fr prévoyant la seule responsabilité du consommateur en cas d'action des tiers à raison du contenu publié sur le site par le dit consommateur était abusive. TGI Paris, 28 oct. 2008, *UFC Que choisir c. Amazon.com et a.*, **V-L.BENABOU**, « *L'invasion du droit d'auteur par le droit de la consommation* », LP n°260, avril 2009, III, pp.77 et s.

¹⁸⁴ En ce sens, CA Paris, 14^e ch., 10 fév. 1999, JCP E 1999, n° 12, p. 495 ; Juris-Data n° 020187 et sur l'ordonnance, voir notamment **F. OLIVIER** et **E. BARBRY**, « *À propos de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 9 juin 1998 (Lefebure c. Lacambre et autres)* », RLDI, août-sept. 1998, p.1-3. Voir aussi : TGI Paris, 3^e ch., 13 juil. 2007, *C.Carion et Nord-Ouest Production c. SA Dailymotion*, PI, janv. 2008, pp.116 et s., p.116

¹⁸⁵ En ce sens, **A. ROBIN**, « *Droit de l'Internet* », préc.

442. L'évolution de moyens de communication redéfinit les prérogatives de l'utilisateur. Il peut prendre la place d'un simple récepteur, d'un participant voire d'un communicant. Toutefois, tout acte participatif ou expressif relatif à l'œuvre trouve sa limite dans le respect des droits de l'artiste. L'alliance de l'utilisateur et de l'intermédiaire de diffusion pousse vers l'extension des droits d'user des œuvres reçues. L'extension des devoirs de l'utilisateur est un parallèle inéluctable à celle de ces droits. L'utilisateur, loin d'être conscient des devoirs qui lui incombent, recherche une utilisation maximale des œuvres. De ce fait, il met à mal son alliance avec l'intermédiaire. C'est pourquoi ce dernier est enclin à se prémunir contre les utilisations abusives des œuvres dont il à la charge. Dès lors, l'impact et la légitimité de ces restrictions doit être étudié.

II. La restriction de l'utilisation

443. Tout droit d'utiliser une œuvre génère le risque d'abuser de son exercice. L'évolution flagrante des facultés de contournement des utilisations licites pousse à rechercher les modes les plus efficaces de restrictions. Or, cette protection ne saurait entacher l'usage normal de l'œuvre. Une absence de protection, quant à elle, élargit les facultés de l'utilisateur, voire lui confère un pouvoir trop important. Alors, cette lutte contre les réceptions illicites d'œuvres laisse envisager deux mesures qui tendent à la restriction de leur utilisation : les mesures techniques de protection contre l'utilisation abusive(A), la condamnation des moyens abusifs d'utilisation (B).

A/ Les protections préalables à l'utilisation de l'oeuvre

444. Les intermédiaires de diffusion ont recherché la protection la plus efficace. Cette quête se solde par une protection en amont qui limite d'emblée les possibilités techniques d'utilisation des œuvres. Ces mesures techniques de protection, malgré leur impopularité, ont été validées par la directive communautaire du 22 mai 2001. Cette directive a été transposée en droit interne par la Loi du 1^{er} août 2006¹⁸⁶. Ces mesures sont destinées « à empêcher ou à limiter les

¹⁸⁶ L. n° 2006-961 du 1^{er} août 2006. Ces dispositions se retrouvent aux articles L.331-5 et suivants au sein de la section II (Mesures techniques de protection et d'information) du Chapitre premier (dispositions générales) du Titre troisième (Procédures et sanctions) du Code de la Propriété Intellectuelle. Notons qu'une telle réglementation existe aux Etats-Unis au sein du *Digital Millenium Copyright Act* de 1998.

utilisations non autorisées par les titulaires »¹⁸⁷ des droits sur l'œuvre. Derrière l'apparente simplicité de ces mesures et leur reconnaissance législative récente, l'hypothèse de conflit avec le droit d'utiliser l'œuvre n'est pas éludé, d'où l'existence d'une Autorité de régulation des mesures techniques¹⁸⁸. Il apparaît que ces mesures de protection semblent déjà ne plus s'accorder aux pratiques et attentes actuelles.

Les nombreuses actions intentées par des individus, à l'appui d'associations de consommateurs ont relevé la défaillance d'un tel système. Ces mesures ne font pas toujours que limiter l'usage ; elles le rendent parfois impossible. Plus qu'une restriction à l'utilisation de l'œuvre, c'est le droit à la réception né de l'acquisition du support de l'œuvre qui est atteint. La mesure de protection peut créer un conflit entre le respect des droits d'auteur et la liberté du récepteur. Ce conflit doit conduire à la sanction de la mesure technique. En effet, la mesure ne peut être considérée comme adéquate car elle touche à la substance même du droit de recevoir. Elle rend impossible la réception de l'œuvre acquise. La résolution du conflit doit tourner à l'avantage du consommateur¹⁸⁹. Le juge aurait pu porter une attention comparable lorsqu'il est question de l'utilisateur. Il semble pourtant plus hésitant sur la question.

445. Dans la célèbre affaire concernant du film *Mulholland Drive*, le DVD mis en vente était assorti d'une protection technique qui empêchait la copie. Toutefois, les utilisateurs n'étaient pas informés de cette limite à l'utilisation du DVD. Le juge a pourtant reconnu la validité de cette mesure malgré l'absence d'information sur la mise en place de ce système¹⁹⁰. Le juge se fonde sur l'impossibilité à agir de l'utilisateur sur le fondement de la copie privée. En effet, l'utilisateur ne peut ici prétendre à un droit, la copie n'étant qu'une exception. De manière plus critiquable, le juge affirme que l'individu n'a pas à être tenu informé des prérogatives qui lui sont conférées sur l'utilisation de l'œuvre¹⁹¹. Cette solution, prise sous l'angle de l'utilisation, entre en contradiction avec les actions fondées sur le droit de la consommation. Cette solution a été remise en cause par la Loi du 1^{er} août 2006. Cette dernière oblige les exploitants à porter à la

¹⁸⁷ Article L.331-5 du code de la propriété intellectuelle

¹⁸⁸ Cette Autorité a été instituée par un décret n°2007-510 du 4 avril 2007. Ainsi, toute personne peut saisir l'Autorité en raison d'un contentieux relatif à une mesure technique (Article L.331-13 du CPI)

¹⁸⁹ Voir : **E. PIERRAT**, *La guerre des copyrights*, Fayard, 2006, pp.141 et s. Les actions aboutissant a minima à une obligation d'information sur l'hypothèse d'impossible utilisation de l'œuvre.

¹⁹⁰ C.Cass., 1^{ère} Civ., 19 juin 2008, op.cit., **C. CARON**, « Affaire « Mulholland drive » : épilogue définitif ! », CCE sept.2008, comm.102, pp.38 et s.

¹⁹¹ Les juges ont estimé que l'absence d'information claire et précise sur la présence d'une mesure technique interdisant la copie n'était pas condamnable, « l'impossibilité de réaliser une copie privée d'un disque DVD sur lequel est reproduite l'œuvre ne constituait pas une caractéristique essentielle » *Ibid.* Tout du moins, le juge, en estimant que la possibilité de recourir à la copie privée ne relevait pas « des caractéristique essentielles » du support de l'œuvre au sens de l'article L.111-1 du code de la consommation¹⁹¹ a affirmé que l'exercice de la copie privée ne relevait de l'usage normal de l'œuvre.

connaissance de l'utilisateur la mise en œuvre d'une mesure technique de protection¹⁹². Cette solution est plus acceptable pour l'utilisateur, mais est-elle suffisante ?

446. La solution initialement envisagée par la loi sur les mesures techniques, pouvant être étendue à l'ensemble des supports¹⁹³, était de laisser subsister au maximum « *le bénéfice des exceptions* »¹⁹⁴. Le but est clairement de restreindre l'utilisation de l'œuvre, non d'accorder à l'utilisateur un socle de protection. Alors, la légalisation des mesures techniques de protection sous couvert d'information fait apparaître un nouveau problème : son aspect contradictoire avec les nouvelles exigences d'interopérabilité. En effet, il est très vite apparu, en pratique, que la possibilité d'effectuer une copie privée sous-tend la question de l'interopérabilité. La suppression des supports physiques y contribue. La copie privée réside désormais dans le transfert de données d'un appareil à un autre. Or, le droit à l'interopérabilité permet « *à des interfaces logiques de programmes, comme par exemple des systèmes de lecture, de communiquer entre elles par le biais d'échanges d'informations et d'utilisation mutuelle des informations échangées* »¹⁹⁵. Il ne peut être rendu effectif si l'information est en elle-même bloquée. La mesure de protection attachée au support affecte pleinement le droit à l'interopérabilité, celle-ci empêchant le transfert de l'œuvre sur un autre système de lecture.

447. Face à ces contradictions, les mesures techniques seraient qualifiées de faux problème. De nombreux exploitants annoncent leur abandon. Il en serait donc fini des mesures qui empêchent de détacher l'œuvre de son support pour la transférer sur les matériels de nouvelle génération. Pourtant, la problématique ressurgit sur les supports numériques. Certaines mesures paraissent justifiées en raison des conditions même de l'utilisation de l'œuvre¹⁹⁶. Toutefois, il existe une diversité des protections existantes¹⁹⁷ émanant des différents fournisseurs de contenus. Pour un même type de produits, tels que la musique, l'utilisation est restreinte à raison du

¹⁹² Article L.331-12 du CPI issu de la Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006

¹⁹³ Voir en ce sens, **A. LUCAS** et **P. SIRINELLI**, « *Exceptions de copie privée et mesures techniques de protection* », note sous CA Versailles, 3^e ch., 15 avril 2005, *Marc et UFC-Que choisir c. Société EMI Music France*, et CA Paris, 4^e ch. B, 22 avril 2005, *Perquin et UFC-Que choisir c. Société Universal Pictures Vidéo France et autres*, PI, juil. 2005, pp.340 et s.

¹⁹⁴ Voir **T. MAILLARD**, « *La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français* », LP 2004, n°208, II, pp.8 et s., p.12

¹⁹⁵ **J.-M. BRUGUIERE** « *Le droit à l'interopérabilité* », CCE fév. 2007, étude n°3, pp.8 et s., p.8

¹⁹⁶ On peut prendre ici l'exemple des DVD-D (disposable), aussi appelés DVD jetables qui ont une durée de vie limitée. Ceux-ci s'altèrent au bout d'environ huit heures après le début de l'utilisation, rendant l'œuvre illisible. Ce procédé est notamment utilisé pour la location DVD pour remettre à distance un support physique à l'utilisateur qui ne pourra, à terme, le conserver. Cette technique ne semble poser aucun problème en raison de la vocation locative de l'engagement pris entre le diffuseur et l'utilisateur.

¹⁹⁷ DRM Apple Fait Play, Dm Windows media, format Attrac

matériel utilisé et de la provenance de l'œuvre téléchargée. L'absence latente d'interopérabilité causée par les mesures de protection a été un temps considérée comme sans incidence suffisamment importante sur l'utilisation de l'œuvre. Cette interprétation s'effectue bien souvent sans considération des pratiques actuelles.

448. Le Conseil de la concurrence, en 2004, estimait que la gravure de CD était une pratique beaucoup plus courante que le transfert sur baladeur numérique¹⁹⁸. Nous pouvons en douter. En 2008, le Conseil de la concurrence a fait une nouvelle approche. Il a critiqué les mesures de protection empêchant l'interopérabilité au regard des nouvelles pratiques, telles que le transfert des fichiers sur les baladeurs numériques et sur les téléphones multimédia¹⁹⁹. Le Conseil de la concurrence dénonce alors, quoique de manière implicite, l'inadaptation des mesures techniques de protection aux attentes des utilisateurs. Cette critique à l'encontre des mesures de protection montre la rapide évolution de l'utilisation des œuvres. On voit ainsi que l'adaptation de la conception de l'usage normal de l'œuvre est nécessaire. L'usage normal semble évoquer, désormais, la possibilité de transférer l'œuvre sur les différents matériels aux fonctionnalités similaires. La disparition progressive des supports physiques conduit à un dilemme. Le choix oscille entre risque de limitation dans l'utilisation des œuvres et reconnaissance d'une copie privée d'un genre nouveau. La restriction de l'utilisation aux appareils compatibles avec un format donné et la protection apposée sur l'œuvre créerait un recul sur l'étendue de l'utilisation de l'œuvre²⁰⁰. L'effet pervers des mesures de protection est bien connu. L'utilisateur sera tenté

¹⁹⁸ Le Conseil de la concurrence a estimé que « *les principaux usages de la musique téléchargée sont, aujourd'hui, l'écoute sur l'ordinateur (relié, le cas échéant, à des hauts-parleurs externes), le stockage et la gestion de la musique sur l'ordinateur, notamment la création de compilations personnelles, et la gravure de CD, qui peuvent ensuite être écoutés sur un baladeur CD, un autoradio ou une chaîne de salon compatibles MP3. Ces usages sont majoritaires aujourd'hui, loin devant le transfert sur baladeurs numériques* ». (Conseil de la concurrence, 04-D-54, 9 nov. 2004, §76) Pourtant, le recours au baladeur numérique n'était pas une pratique rare. De plus, le conseil de la Concurrence aurait pu envisager que la pratique se développe. En effet, environ 37 millions de baladeurs numériques ont été vendus dans le monde en 2004, puis 140 millions en 2005. Ces chiffres mettent en évidence que l'analyse du Conseil semble bien loin de la réalité de la pratique. (source : <http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39345079,00.htm>)

¹⁹⁹ Le Conseil de la concurrence a relevé que « *la musique achetée sur iTunes Music Store est protégée par le dispositif de gestion des droits numériques (DRM) propriétaire d'Apple, FairPlay* ». Ensuite, il montre que « *la musique achetée sur l'iTunes Store (avec DRM) ne peut être transférée sur un autre smartphone fonctionnant sous un autre système d'exploitation. Ainsi, les coûts de changement spécifiques au marché des télécommunications sont aggravés par les coûts de changement propres aux smartphones, liés à l'absence d'interopérabilité des systèmes d'exploitation qui a pour conséquence que les consommateurs ne peuvent changer de marque de smartphone sans perdre leur bibliothèque musicale ou les applications qu'ils ont pu acheter.* » Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones. Cette restriction apparaît d'autant plus préjudiciable pour le récepteur en raison de la rémunération pour copie privée prévu sur les téléphones mobiles multimédia en vertu de l'article L.311-5 du code de la propriété intellectuelle. Voir : **L.COSTES**, « *Les téléphones mobiles multimédia désormais taxés* », RLDI, avril 2008, p.21, n°1132

²⁰⁰ Un support physique tel que le CD ou la cassette audio permettait à l'utilisateur de lire l'œuvre indifféremment sur une platine de salon, un autoradio, un baladeur dédié ou encore pour le CD un ordinateur. Pour ce qui est d'une

de braver l'interdit pour acquérir une œuvre de manière illicite car cette dernière sera vierge de toute protection et plus largement utilisable.

449. Le développement des œuvres dans l'environnement numérique, attendu comme une évolution de leurs acquisitions crée le risque d'une minoration de leurs usages légaux. Les mesures de protection diverses, confinant la copie privée à l'état d'exception, voire de privilège, sont des obstacles à l'interopérabilité attendue par les utilisateurs. Le droit à l'interopérabilité, à l'échelle des œuvres, démontre que les tentatives de protection des droits d'auteur aboutissent le plus souvent à l'échec et, *a minima*, au mécontentement des utilisateurs. Seule une utilisation étendue de l'œuvre légalement acquise ferait prospérer l'alliance du récepteur et du diffuseur dans un cadre légal stable. De trop fortes restrictions poussent bien souvent l'individu à rechercher une utilisation conforme à ses attentes de manière alternative, et bien souvent dans l'illicéité.

B/ La sanction de l'utilisation abusive de l'oeuvre

450. Aller au-delà de la simple réception sans acquérir l'œuvre, cela semble difficile pour le récepteur. Les titulaires des droits d'auteur se prémunissent contre toute utilisation abusive du mode de communication qu'il met à la disposition du public. Ils souhaitent ainsi assurer la pérennité de leur entreprise sans s'attirer les foudres des auteurs qui verraient leurs créations sous-protégées. L'intermédiaire a donc l'obligation de protéger les œuvres qu'il exploite contre les utilisations abusives des récepteurs. Cette obligation, surtout d'ordre technique, empêche principalement que l'activité de réception ne puisse constituer un mode d'acquisition illicite. Elle s'envisage dans deux cas essentiels : lorsque l'intermédiaire propose l'acquisition illicite de l'œuvre au récepteur ou lorsqu'il la facilite par la mise en place d'une infrastructure permettant de la réaliser²⁰¹.

451. Tout d'abord, la protection des droits d'auteur empêche formellement l'intermédiaire de fournir un service qui aboutit à l'acquisition illicite de l'œuvre. Malgré cette interdiction, les

œuvre sous format numérique, les mêmes types d'utilisation nécessite impérativement un transfert du contenu vers le matériel désiré. Par conséquent, l'utilisation équivalente de l'œuvre sous format numérique impose la multiplication des copies privées pour une utilisation similaire à un CD.

²⁰¹ Voir sur ce point : **V.-L. BENABOU**, note sous Cour de District de New York, 22 mars 2007 et Cour d'Appel des Etats-Unis, 2nd Circuit, 4 août 2008, PI, janv.2009, pp.70 et s.

nouvelles technologies laissent entrevoir des cas complexes. Les affaires *Cablevision*²⁰² et *Wizzgo*²⁰³ serviront d'exemple. Les intermédiaires en cause proposaient le service « *de stocker des programmes sur un serveur distant de manière à pouvoir les recevoir au moment où le (récepteur) le souhaite* »²⁰⁴, voire de les stocker directement sur un disque dur. Ce système de magnétoscopes en ligne implique que les enregistrements effectués puissent être conservés pour une durée indéterminée par l'utilisateur²⁰⁵. Le prestataire de service, par son rôle actif, réalise la copie d'une œuvre sur ordre de l'utilisateur et lui délivre le contenu copié²⁰⁶. Ces intermédiaires fondent leur activité économique²⁰⁷ sur la création de copies privées destinées à l'usage de ses clients. Cette exploitation commerciale de la copie exclut son caractère privé. Elle revêt donc le caractère de constitutif d'acte de contrefaçon²⁰⁸. Ce mode, qui concurrence « *les moyens économiques par lesquels les détenteurs de droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre* »²⁰⁹ est donc un mode d'acquisition illicite d'œuvres audiovisuelles. Comme le souligne le Professeur Derieux à propos de l'affaire *Wizzgo*, « *dans la pratique dénoncée, le juge des référés voit une activité qui élude toute rétribution des droits de propriété intellectuelle* »²¹⁰. Ainsi, une telle pratique, même si elle a pour objectif d'étendre le droit individuel à la réception, apparaît comme en flagrante contradiction avec la protection des droits d'auteur telle qu'interprétée par la Cour EDH dans l'arrêt *Balan*²¹¹.

452. Ensuite, le problème est plus complexe lorsque l'intermédiaire de diffusion possède une infrastructure qui permet à l'utilisateur d'acquérir illicitement l'œuvre. L'utilisateur use alors

²⁰² Cour du District de New York, 22 mars 2007 et Cour d'Appel des Etats-Unis, 2nd Circuit, 4 août 2008, *Ibid.*

²⁰³ TGI Paris, réf., 6 août 2008, *M6 Web et autres c. Wizzgo*, note **A. GALLEGO** et **C. BERNAULT**, « *Magnétoscope en ligne et droit d'auteur : plaidoyer pour la théorie de l'évolution* », RLDI oct.2008, pp.8 et s. et **J.-M. BRUGUIERE**, PI oct.2008, pp.427 et s.

²⁰⁴ **V.-L. BENABOU**, PI, janv.2009, préc.

²⁰⁵ Concernant *Cablevision*, le programme reste sur un serveur, tandis que pour *Wizzgo*, le contenu téléchargé arrive en définitive sur le disque dur de l'utilisateur.

²⁰⁶ En ce sens, *Ibid.*, dans le même sens, **L. COSTES** « *Magnétoscope numérique en ligne : nouvelle condamnation de la société wizzgo pour contrefaçon* », note sous TGI Paris, 25 nov. 2008, *Sté Wizzgo c. Sté Métropole Télévisions et a.*, n° 08/13347, RLDI déc. 2008, pp.20-22

²⁰⁷ Les prestataires de services sont rétribués soit par un système d'abonnement à la charge du client (*Cablevision*), soit par les revenus publicitaire attachés au site (*Wizzgo*).

²⁰⁸ Le prestataire de service ne peut ici faire jouer le cas de la reproduction transitoire, celle-ci étant librement conservable par l'utilisateur.

²⁰⁹ **A. GALLEGO** et **C. BERNAULT**, « *Magnétoscope en ligne et droit d'auteur : plaidoyer pour la théorie de l'évolution* », préc.

²¹⁰ Il rappelle que les exceptions sont « *d'interprétation stricte* ». Il considère que le service « *qui permet la réalisation, par son utilisateur, d'une copie est illicite quel que soit le montage technologique ; qu'il est interdit de créer et s'approprier une richesse économique à partir d'un service de copie d'oeuvres ou de programmes audiovisuels qui se soustrait à la rémunération des titulaires* » de droits ; et que « *le service offert par la société Wizzgo est manifestement illicite* ». **E. DERIEUX**, « *Limites des exceptions pour copie provisoires et privées* », JCP G., sept.2008, act.541

²¹¹ Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008

de moyen détourné pour conserver l'œuvre. Les sites d'écoutes de musique en ligne impliquent nécessairement la reproduction provisoire de l'œuvre pour être réceptionnée. Cette technique permet à l'utilisateur de récupérer les données, de manière illicite, pour conserver l'œuvre. Il fait ainsi échec au caractère provisoire de la reproduction²¹². Cette hypothèse pose la question de l'étendue de protection contre l'utilisation abusive que doit effectuer l'intermédiaire. La réalisation d'un équilibre doit, tout en permettant l'utilisation du site, garantir de manière efficace les droits de l'artiste. Cependant, l'équilibre ne saurait commander une obligation excessive à la charge de l'intermédiaire réduisant l'intérêt de son entreprise. Dans un premier temps, il est nécessaire que l'intermédiaire de diffusion informe du caractère illicite de l'acte en cause. Cette seule information à l'attention de l'utilisateur n'est pas suffisante en raison de son efficacité limitée. L'ensemble des avertissements apposés par le service de diffusion à l'attention de l'utilisateur pourrait être stigmatisé et perçu comme dérisoire²¹³ dans son impact. L'engagement de la responsabilité de l'utilisateur pour contrefaçon est aussi possible. Toutefois, s'en tenir aux seules condamnations isolées de certains infracteurs n'a que peu d'effets. Elles sanctionnent trop peu d'utilisateurs et ne permettent pas de mettre fin aux pratiques illicites de masse. Alors, un manque de protection contre l'acquisition illicite des fichiers met à mal la pérennité du système²¹⁴.

453. L'équilibre doit donc se trouver ailleurs. La protection des droits de l'artiste doit intervenir dans le conditionnement du rapport contractuel entre l'intermédiaire et le récepteur. Ce conditionnement revient à deux mesures qui dissuaderaient le récepteur de récupérer illicitement les œuvres.

454. La première mesure est d'ordre technique. Le site prestataire de service doit mettre en œuvre une protection tendant à éliminer ou limiter la récupération illicite d'œuvres. Les mesures

²¹² La possibilité de télécharger les chansons sur ces sites nécessite bien souvent l'ajout de programmes supplémentaire tels que *DownloadHelper* pour le système de navigation Firefox, *Freecorder*, *Dysnomia*, *Freezer* et de nombreux autres. A noter que certains de ces logiciels ne permettent déjà plus la récupération des fichiers en raison de la nouvelle protection mise en place par ses sites.

²¹³ On peut prendre l'exemple des développeurs de logiciels rendant possible le téléchargement sur les sites d'écoutes gratuites. Ceux-ci appellent leur création Proof of Concept (preuve de concept), à savoir un logiciel qui n'a que vocation à démontrer les failles de la protection mise en œuvre, assorti du rappel d'interdiction du téléchargement illicite. Pourtant, les développeurs laissent leurs logiciels accessibles à tous et sont largement utilisés.

²¹⁴ Si la protection contre la récupération illicite des œuvres n'est pas suffisante, les auteurs, forts de leur droit exclusifs, refuseront de laisser leurs œuvres apparaître sur ces moyens de communication. De même les exploitants refuseront de contracter avec ces intermédiaires de diffusions en vue d'y faire apparaître leur catalogue. La faible offre faite au récepteur sera cause de l'insuccès du site et ne générera plus assez de revenus publicitaires pour être viable économiquement.

techniques de protection²¹⁵ prendraient ici la forme d'un devoir de l'intermédiaire de diffusion. En effet, elles assurent le respect des droits d'auteur en limitant l'usage de l'œuvre à sa vocation initiale : l'usage sur le site. Le recours aux mesures techniques est ici nécessaire pour cantonner de manière effective le droit de l'utilisateur à la seule réception. *A contrario*, la protection des droits d'auteur sur de tels services serait illusoire. Toutefois, la technologie est toujours faillible et par essence perfectible. L'impossibilité de trouver une protection absolue contre l'utilisation abusive du moyen de réception ne peut entraîner qu'une obligation de moyen à la charge de l'intermédiaire. Le devoir de protection contre les utilisations abusives ne peut que s'en tenir aux mesures raisonnablement attendues pour assurer l'exigence de la juste rétribution des titulaires de droit. En effet, l'idée d'une obligation positive à la charge de l'intermédiaire doit être évaluée avec prudence et ne doit pas relever du « *fardeau insupportable ou excessif* »²¹⁶. Peggy Ducoulombier, l'explique en affirmant que la jurisprudence de la Cour EDH révélerait « *une priorité de respecter les droits de l'homme sur l'obligation de les protéger* »²¹⁷. Dès lors, l'obligation pour l'intermédiaire de protéger les droits de l'artiste ne peut être trop étendue car elle risque d'attenter à l'obligation de respecter le droit de recevoir un message artistique. Alors, lorsque l'obligation de protection atteint sa limite, le recours à la sanction de l'utilisateur fautif devient nécessaire.

455. La deuxième mesure résulte du blocage de l'accès au service à l'utilisateur fautif. On trouve, de manière quasi-systématique, l'existence d'une clause prévoyant la suspension de l'accès aux services en cas de récupération illicite d'œuvres dans les conditions d'utilisation liant le diffuseur et l'utilisateur²¹⁸. Bien que l'initiative de la communication revienne à l'intermédiaire, cette clause est une ingérence dans le droit à la réception de l'utilisateur. L'opposabilité de la CEDH jusque dans les rapports contractuels, en vertu de l'arrêt *Pla et*

²¹⁵ Site jiwa.fm « 12. MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION : JIWA informe l'Utilisateur ou le Visiteur que les Services d'écoute de musique en ligne accessibles sur le Site sont protégés par des mesures techniques de protection destinées à empêcher ou limiter autant que possible toute reproduction ou représentation illicite des Tracks. JIWA rappelle qu'il est interdit d'utiliser tout dispositif technique permettant de copier ou reproduire les Tracks diffusés au travers des Services JIWA, et ce sur quelque support que ce soit et à quelque fin que ce soit. JIWA informe l'Utilisateur ou le Visiteur que : le fait de porter sciemment atteinte à une mesure technique de protection l'expose, par application des dispositions de l'article L. 335-4-1 du Code de la Propriété Intellectuelle au paiement d'une amende de 3750 euros... », Voir de même, les dispositions des conditions générales d'utilisation particulièrement détaillées du site Deezer « <http://www.deezer.com/legal/conditions-generales-utilisation.php> »

²¹⁶ Expression utilisée en matière d'obligation positives à la charge de l'Etat au sein de l'arrêt Cour EDH, *Appleby et autres c. Royaume Uni*, 06 mai 2003. Cette expression transposée aux devoirs de l'intermédiaire s'explique en raison du fardeau économique ou de la difficulté technique de la mise en place de la protection la plus efficace.

²¹⁷ P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit., p.515, n°899

²¹⁸ Jiwa prévu en termes généraux au point 17 des conditions générales d'utilisation.

Puncernau, commande l'analyse de la nécessité de cette ingérence²¹⁹. La légitimité de la restriction du droit individuel de réception tient à la protection générale des droits d'autrui en vertu du paragraphe 2 de l'article 10. De manière plus précise, l'éviction des utilisateurs fraudeurs protège principalement les droits de l'artiste au sens de l'article 1 Protocole 1. Elle protège aussi les intérêts économiques de l'intermédiaire sous l'égide du même article et permet de pérenniser le service dans le temps. Elle a donc pour effet de garantir la liberté de réception des autres utilisateurs sous l'angle de l'article 10. Le poids des intérêts convergents justifie la sanction de l'exclusion de l'utilisateur fautif.

456. Néanmoins, le caractère intemporel de la restriction de cette sanction est critiquable. La Cour EDH a établi que les sanctions touchant à la liberté d'expression ne se justifiaient que par leur limitation dans le temps²²⁰. Les juges strasbourgeois, dans l'affaire *Müller*, n'ont pas vu de violation de l'article 10 dans la confiscation des toiles litigieuses en ce « *qu'elles n'étaient pas illimitées mais indéterminées dans le temps* »²²¹. Même si cette affirmation se rattache principalement aux actes de censure provenant des autorités, l'effet horizontal de la Convention²²² envisagerait une extension aux rapports interindividuels nés de l'exercice de la liberté artistique. Dès lors, l'intemporalité de la sanction pourrait être considérée comme disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi. Cette restriction touchant l'accès à un moyen de communication en raison d'une atteinte aux droits d'auteur, elle peut être rapprochée du débat sur la suspension de l'abonnement Internet par les autorités prévue par la loi HADOPI II. La légitimité de la sanction de la coupure Internet tient à son caractère proportionné, car limité dans le temps²²³. En effet, le Conseil constitutionnel a mis en avant qu'une telle sanction, susceptible d'attenter au droit à la liberté de réception, devait faire l'objet d'une attention particulière de sa durée en fonction « *des circonstances et (de) la gravité de l'infraction* »²²⁴. La sanction de l'impossible accès au seul service, pour un type d'infraction similaire à celle prévue par la loi HADOPI II, est moins étendue que celle de la coupure de l'accès Internet quant à la capacité de réception. L'étendue limitée de la sanction au seul service en cause lui laisse une marge d'appréciation quant à l'étalement dans le temps de la suspension. Néanmoins, la mise en

²¹⁹ Cour EDH, *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juil. 2004

²²⁰ En ce sens, Cour EDH, *Sunday Times (n°2) c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991

²²¹ Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, §43

²²² L'effet horizontal des dispositions de la Convention peut se comprendre comme l'applicabilité de la Convention aux rapports interindividuels. Voir plus précisément, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op.cit., p.29

²²³ Cf. *supra*, n°370 et s.

²²⁴ Article L.335-7-2 du Code de la propriété intellectuelle

balance du droit à la réception impose que la suspension ne puisse pas être illimitée dans sa durée.

457. Les deux cas présentés mettent en avant que les apparentes restrictions au droit à l'utilisation des œuvres sont favorables à la pérennisation du droit individuel à la réception des messages artistiques dans le monde du numérique. Il apparaît, dans un premier temps, la volonté de ne pas voir l'intermédiaire ou l'utilisateur « *s'approprier une richesse économique* »²²⁵ ou culturelle en se soustrayant à la rémunération des titulaires des droits d'auteur. Dans un second temps, la lutte contre les utilisations abusives des messages vient protéger la diversité des modes de réception par leur préservation économique. Elle évite ainsi que l'utilisateur mette à mal les modes de diffusion existants et freine l'essor de nouveaux moyens de communication à l'image de la *Catch up TV*²²⁶.

458. L'alliance entre le récepteur et l'intermédiaire de diffusion ne peut pas toujours prospérer. D'un côté l'intermédiaire a l'ambition d'attirer un plus grand nombre de récepteurs. Il leur offre alors de nouvelles prérogatives dans l'accès et l'utilisation de l'œuvre. De l'autre côté, le récepteur essaie de tirer un maximum de profit de l'alliance au risque d'en abuser consciemment. Cependant, les prérogatives de l'utilisateur se différencient nettement en fonction de la vocation acquisitive ou réceptive de la communication. Le recul des acquisitions de supports d'œuvres ont engendré une forte montée en puissance des modes de réception libre. Alors, la protection des droits de l'artiste ne peut être oubliée en route. Elle se transforme. Elle devient une charge pour l'intermédiaire de diffusion. C'est à lui qu'incombe de faire face aux tentations irresponsables des utilisateurs. L'alliance trouve sa faiblesse dans le fait que chaque associé ne puisse retirer l'ensemble des bénéfices qu'ils en attendaient. Cette faiblesse se comprend aisément car l'équilibre de la liberté artistique ne peut se réaliser qu'à trois. Cet équilibre réside dans le respect mutuel que doivent le récepteur et l'intermédiaire à l'auteur et dont, tous deux se seraient passés.

²²⁵ TGI Paris, réf., 6 août 2008, *M6 Web et autres c. Wizzgo*, préc.

²²⁶ La *catch up tv* (télévision de rattrapage) est en plein essor. Ainsi, une chaîne de télévision crée un site sur lequel les programmes antérieurement diffusés sont accessibles aux utilisateurs pour être vus ou revus. Ce système permet une rémunération supplémentaire des titulaires de droit par les profits tirés de la publicité sur les sites. La possibilité d'acquiescer par le biais d'un magnétoscope numérique on line une œuvre exploitée par un service de catch up TV crée un manque à gagner injustifié pour les titulaires de droits. De plus, elle ne permettra pas au service de prospérer et de survivre économiquement à long terme.

Conclusion du Chapitre 2

459. L'artiste reste et doit rester l'acteur essentiel de la liberté artistique. Le récepteur qui s'y associe parfaitement lorsqu'il est amateur d'art peut devenir un danger lorsqu'il est consommateur. Le consommateur d'art préfère, quant à lui, s'associer avec l'intermédiaire de diffusion, voire essaie d'en profiter. L'exacerbation de ce rapport tripartite démontre plusieurs enjeux dans son analyse. En faisant la part belle au droit individuel à la réception du message artistique, elle met en avant l'objectif d'une double satisfaction du récepteur. Cette satisfaction est, tout d'abord, celle de l'amateur qui recherche à travers l'œuvre une satisfaction personnelle à travers un échange intime et émotionnel. L'intermédiaire doit se démarquer par sa transparence. Ensuite, cette satisfaction est celle du consommateur, de l'utilisateur, qui recherche un usage des œuvres conforme aux attentes contemporaines d'une réception sans entraves. Il convoite une utilisation, étendue, prolongée, mobile, des œuvres qu'il affectionne et une capacité de découverte d'œuvres nouvelles que les intermédiaires s'efforcent de lui offrir. Toutefois, consciente que chaque avancée technologique crée de nouveaux risques, cette quête de satisfaction ne peut que se doubler d'une responsabilisation croissante du récepteur.

460. L'évolution du droit de recevoir ne peut se faire sans le respect accordé aux autres acteurs de la liberté. La part active du récepteur et son influence sur l'ensemble du domaine artistique est indéniable et doit être maîtrisée. En effet, le récepteur étant le dernier maillon de la chaîne artistique, tout abus de sa part génère la dégradation des conditions d'existence de ses prédécesseurs. L'abus du récepteur se retournera, à long terme, contre lui, qu'il soit en place d'amateur ou de consommateur. D'ailleurs, cette double condition du récepteur doit être particulièrement prise en compte et être équilibrée. En effet, toute préférence pour l'un des deux est susceptible de porter préjudice à son *alter ego*. C'est donc par une prise en compte maîtrisée des deux facettes du récepteur dans les rapports tripartites que la liberté artistique peut trouver son équilibre.

Conclusion du Titre 2

461. L'hostilité à l'émergence du droit individuel à la réception se comprend par le risque de sa trop grande extension. L'omnipotence du récepteur dans ses rapports à autrui crée un risque de saper tout le travail des autres acteurs. Ainsi, la difficulté majeure de ces rapports ancrés dans la liberté artistique revient à la définition de l'intérêt du récepteur. Cette définition implique une vision à long terme de l'exercice du droit de réception pour en assurer sa durabilité. La protection de ce droit implique que l'on ne puisse accéder à toutes les volontés du récepteur, voire qu'on les restreigne. En effet, si le droit individuel à la réception est appelé dans les conflits, c'est en vue, bien évidemment, de garantir ce droit, mais aussi d'assurer un équilibre de la liberté artistique. Le récepteur n'est que l'un des acteurs de l'échange artistique. Ce n'est que par le respect premier des droits de l'auteur sur sa création et sur sa communication que la volonté de réception devient un appui à l'artiste. C'est aussi par le respect de l'artiste et de son œuvre que le diffuseur peut tendre à favoriser l'échange artistique. L'immixtion du droit individuel à la réception dans l'ensemble de ses rapports à autrui est essentielle à l'analyse des conflits de droits. Toutefois, il ne doit tendre qu'à une analyse plus précise de la mise en balance des intérêts. Il doit être un outil qui révèle et protège les points de convergence entre ces acteurs autour d'un objet principal : le message artistique.

Conclusion de la Partie 1

462. Les possibilités offertes au récepteur ne cessent de s'accroître. Ce pouvoir de fait laisse place à une hostilité quant à la reconnaissance de prérogatives à son profit. Il est constamment mis en exergue qu'une trop grande liberté laissée à la volonté individuelle du récepteur emporte, soit sa sous-protection, soit une érosion des droits d'autrui. L'importance sociale du récepteur serait de nature à consacrer son omnipotence par l'affirmation explicite de droits individuels étendus. Dès lors, le déséquilibre créé entre les différents acteurs ruinerait l'ensemble de la liberté artistique. Pourtant, l'affirmation du droit individuel à la réception offre une conception contemporaine de la liberté artistique. La reconnaissance d'une autonomie de la volonté du récepteur favorise à la fois sa liberté et sa protection. En effet, la formalisation de la liberté de choix protège le rapport intime entre le récepteur et le message artistique par l'assurance d'une volonté d'échange. Elle isole ce rapport intime de ceux qui ne veulent pas, ou qui ne peuvent pas se prêter à l'activité. Elle est alors à même de protéger ceux qui s'opposent ou s'indiffèrent du message artistique contre sa réception forcée.

463. Si cette liberté de choix offre une protection au récepteur c'est aussi par l'affirmation de ses limites. Ainsi, la seule volonté individuelle ne peut, à elle seule, donner droit à la réception. La volonté individuelle est le lien entre le message et le récepteur qui crée le rapport d'échange ; ces limites ne peuvent provenir que d'éléments internes au rapport, à savoir le message ou le récepteur. L'autonomie de la volonté ne peut prospérer car, soit le contenu du message la rend indifférente, soit le récepteur ne possède pas, ou trop peu, la faculté de le choisir. Le droit individuel à la réception ne peut se défaire pleinement d'autrui. Dès lors, ce droit doit être conditionné par le rapport qu'il possède avec les autres acteurs de la liberté artistique. La liberté de réception est un droit qui naît de l'exercice premier de la liberté d'expression artistique. Ainsi, le droit à la réception ne peut valablement s'exercer que par le respect de l'exercice de la liberté de communication du message.

464. La prise en compte du récepteur individuel, que ce soit au sein de rapports bipartites ou tripartites, conduit à revoir les prérogatives de l'ensemble des acteurs. Cette redéfinition a pour but l'optimisation de l'échange artistique. Cet objectif ne peut alors se réaliser pleinement que s'il s'effectue au profit de tous, la limite se trouvant dans la réception et l'utilisation antiéconomique de l'œuvre, préjudiciable, à long terme, à l'ensemble de la liberté artistique.

Cette conception isolée du récepteur ne peut refléter l'ensemble du droit à la réception. L'artiste a pour vocation de délivrer un message à la société dans son ensemble. Le récepteur ne peut toujours être considéré sans les autres. Le droit à la liberté de recevoir implique inévitablement qu'il soit étudié à l'égard de sa dimension sociale.

PARTIE II. LA DIMENSION COLLECTIVE DE LA LIBERTE DE RECEVOIR UN MESSAGE ARTISTIQUE

465. La liberté d'expression artistique est une liberté éminemment sociale en raison de la diversité de ses acteurs. La chanson française de variété, qu'on l'aime ou qu'on l'exècre, peut servir à résumer ce qu'est la dimension collective du droit de recevoir. La première chanson de l'artiste Grégoire, fer de lance du site *My Major Company*²²⁷, intitulée *Toi + Moi*, en dévoile une partie. C'est alors « *toi plus moi, plus tous ceux qui le veulent, plus lui, plus elle, plus tous ceux qui sont seuls* »²²⁸, voire ceux qui ne le sont pas. *Moi*, l'artiste, *Toi* le récepteur, et tous ceux qui désirent recevoir le message tels que *Lui* et *Elle*. C'est tous ceux qui écoutent cette chanson seuls, à partir d'un compact disc, d'un fichier numérique, ou qui ne sont pas les seuls car ils ont allumé leur poste de radio ou leur télévision. C'est aussi ceux qui sont ensemble, regroupés à l'occasion d'un concert. Néanmoins, la dimension collective peut prendre l'allure d'un divorce entre l'artiste et les récepteurs. Non plus *Toi + moi*, mais comme le chante Charles Aznavour, « *toi contre moi, c'est un combat, on se menace, on se bat, aidés par nos avocats* »²²⁹. On y voit tous ceux qui ne veulent pas recevoir et qui vont à l'encontre de l'artiste. Ce peut être aussi l'artiste qui s'oppose aux récepteurs lorsqu'ils font de l'échange artistique un *Toi sans Moi*, où l'artiste est méprisé.

466. Le droit à la liberté de recevoir un message artistique ne peut donc se satisfaire de la seule appréhension de la volonté isolée de l'individu²³⁰. Les volontés, parfois s'accordent,

²²⁷ Cf. *supra*, n°317 et s.

²²⁸ GREGOIRE, *Toi + Moi*, extrait de l'album *Toi + Moi*, 2008, My Major Company

²²⁹ C. AZNAVOUR, *Toi contre moi*, extrait de l'album *Embrasse-moi*, 1986, Trema

²³⁰ Decoq a affirmé de manière générale que « *dans son essence, comme dans son activité, la personne humaine forme une entité libre, autonome, soustraite à l'emprise juridique des autres hommes. Sa volonté de se préserver de toute atteinte est, par elle-même, respectable. (...) Dès qu'on passe au point de vue dynamique, qu'on voit les*

souvent s'affrontent. L'exercice du droit à la liberté individuelle de recevoir un message artistique ne saurait donc conduire à « (l') indifférence du sort d'autrui »²³¹. « L'idée de protéger les particuliers contre leurs semblables, et non pas contre la seule puissance publique, correspond au besoin de notre époque »²³². Alors, l'étendue du droit à la liberté de recevoir doit prendre en compte le pluralisme de sensibilités des récepteurs (Titre 1). Toutefois, la question de la réception en matière artistique ne fait pas qu'opposer les récepteurs entre eux. Elle peut les regrouper en vue de défendre l'intérêt commun du public (Titre 2).

hommes vivre en société, cette position n'est plus tenable ». **A. DECOCQ**, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse, Paris, 1957

²³¹ **M. FABRE-MAGNAN**, « *Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale* », D. 2008, n°1, Chronique pp.31 et s., p.32

²³² **M.-A. EISSEN**, « *La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour* », dans *René Cassin Amicorum discipulorumque Liber*, Paris, Pedone, 1971, Tome 3, *Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, p.151

Titre 1 : Le pluralisme de sensibilités des récepteurs

467. La réception de messages artistiques émane principalement du désir. Tout individu n'est pas sensible aux mêmes images, sons, mots et idées. Les individus ne ressentent donc pas les mêmes émotions face à un même message. Il est d'ailleurs préférable qu'une œuvre produise des effets différents sur ses récepteurs. En effet, la seule façon pour les récepteurs de parvenir à la même émotion serait de n'en ressentir aucune. L'art qui ne procure aucun sentiment, soit n'est pas de l'art, soit n'a aucune raison d'être. Alors, si les émotions diffèrent, les réactions aussi. De cette différence naît le conflit. La mise en perspective du message artistique dans la dimension collective du droit à liberté de réception le rend source d'oppositions. La liberté étudiée a donc une protection à géométrie variable car elle oppose inévitablement deux catégories d'individus : les individus désireux de recevoir et les opposants au message.

La Cour EDH a reconnu que « *des tensions risquent d'apparaître lorsqu'une communauté se divise, mais c'est là l'une des conséquences du pluralisme. Le rôle des autorités en pareilles circonstances ne consiste pas à éliminer la cause des tensions en supprimant le pluralisme, mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres* »²³³. Si le pluralisme ne doit pas être supprimé, mais préservé, le droit de recevoir un message artistique doit rester le principe. Le pluralisme des idées et opinions implique principalement la diffusion de messages artistiques pour chaque sensibilité et non une diffusion convenable pour toutes les sensibilités. Toutefois, supposer que ce pluralisme ne puisse jouer qu'au profit du droit de recevoir revient à le nier. Respecter les sensibilités plurielles, c'est exiger que le droit de recevoir s'accommode de limites. Ainsi, nous verrons que le pluralisme des sensibilités peut être à la fois moteur du droit de recevoir (Chapitre 1) et source de restrictions (Chapitre 2).

²³³ Cour EDH, *Association des citoyens Radko et Paunkovski c. L'ex-République yougoslave de Macédoine*, 15 janv. 2009, §65

Chapitre 1 : Le pluralisme de sensibilités amplificateur du droit individuel de recevoir

468. Conserver le droit de recevoir un message artistique comme principe ne peut aller sans le respect mutuel des différentes sensibilités. La liberté de recevoir doit tendre à ce que les individus de sensibilités différentes se tolèrent, et non s'affrontent. Si l'on peut parfois forcer quelque peu la tolérance et l'esprit d'ouverture, on ne peut les violenter. Le respect des sensibilités plurielles implique deux idées : la tolérance et le ménagement. Bien que pour l'individu désireux de recevoir, tout se justifie par le sacrosaint droit à la liberté d'expression, l'implication de l'opposant tend à rechercher où se situe un devoir de tolérance et un droit d'être ménagé. L'idée que chaque sensibilité, quoique non définissable, puisse recevoir un message qui lui convient ne doit pas conduire à le voir imposé à tous. Dans un premier temps, le respect du pluralisme implique la tolérance. En effet, le message doit pouvoir être reçu par l'ensemble de la société en raison de l'intérêt de sa réception (Section 1). Toutefois, l'opposant au message peut aussi être ménagé par des conditions de diffusion destinées à le protéger et l'exclure du public (Section 2).

Section 1 : Le pluralisme de sensibilités respecté au nom de l'intérêt de la réception

469. L'opposition entre les individus qui souhaitent voir se propager un message artistique et ceux qui ne le souhaitent pas revient à la mise en balance d'intérêts *a priori* personnels. Les opposants au message étant souvent les plus déterminés, les tentatives de restrictions ne manquent pas. Or, le pluralisme des sensibilités, emportant *de facto* l'existence d'opposants, appelle à la prudence et à la tolérance. La réception du message artistique ne revêt pas un intérêt purement personnel, mais relève, parfois, de l'intérêt général de la société à laisser se propager le contenu (§1). Cette qualification conduit à relativiser inévitablement le droit à la non réception (§2).

§1. L'intérêt de la réception de messages plurielles

470. La réception du message artistique est une activité principalement personnelle et fondée sur le désir. Relégué parfois au rang de divertissement, ou simplement considéré dans ses excès, le message artistique peine à être vu comme relevant d'un intérêt particulier pour la société. La Cour EDH a classiquement marqué son hostilité à laisser s'immiscer l'art dans le débat d'intérêt général et à reconnaître concrètement l'intérêt de la réception du message artistique. Or, la valorisation contemporaine de la liberté artistique a entraîné un mouvement de reconnaissance de l'intérêt de la réception (I). Cette reconnaissance est aussi entreprise par la Cour EDH, mais non menée à terme (II).

I. Une reconnaissance dispersée

471. Le message artistique n'est pas que de l'esthétisme. Il peut relever de thèmes divers et s'immiscer dans des questions d'intérêt général. Or, cette reconnaissance sporadique est

prioritairement sociale (I). Néanmoins, certaines juridictions ont mis en avant l'intérêt de la réception de manière isolée (II).

A/ Une valorisation sociale

472. L'artiste ne se limite pas à la simple performance esthétique mais, peut « attirer l'attention sur les problèmes du siècle » ou encore s'inscrire dans un registre « dénonciateur »²³⁴. L'artiste est alors à même d'apporter sa contribution sur des questions d'intérêt général, lui conférant une fonction nécessaire dans la société démocratique. Que l'artiste s'investisse dans un débat intéressant la société est une chose. Toutefois, l'intérêt de cet investissement pour l'artiste n'est pas que l'accomplissement d'un acte personnel. L'intérêt primordial est que les individus reçoivent le message afin de se saisir du débat auquel l'artiste participe. Ainsi, le pluralisme des sensibilités ne doit pas faire échec à la réception du message ; il doit l'encourager pour que ce message reçu soit relayé, accepté ou combattu. Certains exemples démontrent l'intérêt social de la réception du message artistique.

473. L'exemple classique, voire convenu, est celui du roman *Les fleurs du mal* de Charles Baudelaire. Cette œuvre, longtemps condamnée, avait fait l'objet d'une réhabilitation. Ensuite, elle a été reconnue pour son intérêt par son intégration dans le programme scolaire de Première dans les études secondaires²³⁵. Néanmoins, cet exemple ne brille pas par son évidence en raison du passage du temps qui a fait ressurgir l'intérêt de l'œuvre. Toutefois, les intrusions contemporaines des artistes dans des questions d'intérêt général ne manquent pas. Ils sont parfois les créateurs de débats sur des questions qu'une part de la société avait occultées. Le film *Indigènes*²³⁶ s'intéresse aux soldats issus de colonies françaises qui constituaient une part importante de l'armée française lors de la Seconde Guerre mondiale. Cette œuvre avait pour vocation de mettre sur le devant de la scène médiatique l'histoire de ces soldats oubliés par le pays pour lequel ils avaient combattu. Informant le public sur une question historique, la diffusion du message a entraîné une réaction positive du gouvernement à l'égard des soldats en question²³⁷. Le film *4 mois, 3 semaines et 2 jours*²³⁸, palme d'or du Festival de Cannes 2007,

²³⁴ C. LEBRUN, in Encyclopaedia Universalis, Corpus 18, Encyclopaedia Universalis, Paris, 1995, p.711

²³⁵ Les Fleurs du mal, se trouvait dans le programme scolaire de première, notamment, lors de l'année 2000-2001.

²³⁶ *Indigènes*, de Rachid Bouchareb, sortie dans les salles françaises le 27 septembre 2006.

²³⁷ Le jour de la présentation du film dans les salles de cinéma françaises, le gouvernement a annoncé que les 80 000 anciens combattants de l'Empire français encore vivants percevront les mêmes retraites que les soldats français. Source Wikipedia

possède un intérêt certain socialement reconnu. Cette œuvre, évoquant la Roumanie sous Ceausescu, traite du sujet de l'avortement. Elle a soulevé de nombreuses critiques²³⁹. Malgré des vertus pédagogiques reconnues, notamment par des enseignants²⁴⁰, le Ministre de l'éducation nationale a alors estimé que le film était « *potentiellement choquant et déstabilisant pour des élèves ayant entre 11 et 18 ans* »²⁴¹. Toutefois, l'intérêt de la réception du message artistique par la jeunesse l'a emporté sur la volonté de restriction du Ministre. Le 25 juillet 2007, sur avis du Ministre de la Culture, le Ministre de l'Éducation nationale a décidé que le film, classé tout public, serait communiqué en DVD pédagogique dans les collèges et lycées²⁴².

474. L'insertion de l'artiste dans un débat social n'est pas la chasse gardée des écrivains et des cinéastes. Les artistes musicaux, composant des œuvres généralement plus courtes, mais aussi plus directes, ne sont pas en reste. Peter Gabriel fût l'un des premiers à traiter, en musique, de la question de l'Apartheid dans sa chanson *Biko*²⁴³. De nombreux artistes ont emboîté le pas, faisant de Stephen Bantu Biko un symbole de la lutte anti-apartheid. De nombreux artistes ont ainsi pu sensibiliser et informer le monde sur la question avec un impact que peu d'autres vecteurs d'informations auraient pu avoir²⁴⁴. De même, Sting a reçu la médaille Gabriela-Mistral par Soledad Alvear, Ministre chilienne des affaires étrangères pour avoir porté à la

²³⁸ *4 mois, 3 semaines, 2 jours*, de Cristian Mungiu, sortie dans les salles françaises le 29 août 2007. Ce film a reçu la Palme d'or ainsi que le prix de l'Éducation nationale lors du 60^{ème} Festival de Cannes.

²³⁹ En France, des associations anti-avortement, tel que « Choisir la vie », et certaines personnes comme la Ministre Christine Boutin, ont voulu interdire le DVD pédagogique promis par le prix de l'Éducation Nationale que le film avait reçu lors du Festival de Cannes. Le Vatican s'est montré très indigné lors de la sortie du film: « *A présent que le recours excessif aux scènes de sexe a épuisé le potentiel d'attraction (du public), un nouveau coup bas est infligé à la dignité du spectateur, avec ce film récompensé par la Palme d'Or : un signal dramatique d'un retour à la barbarie, individuel comme collectif, de nos consciences (...). On parle avec désinvolture de fœtus comme s'il s'agissait de choses, d'objets, et non pas d'êtres humains, appelés à la vie puis martyrisés, trucidés et jetés à la poubelle* », Source Wikipedia

²⁴⁰ Le film a reçu, lors du 60^{ème} Festival de Cannes, le prix de l'éducation nationale par un jury composé de professionnels du cinéma, d'enseignants et d'élèves. Ce prix est remis au film d'un grand intérêt pédagogique et artistique.

²⁴¹ Déclaration de N.Boudot, chef de cabinet de X.Darcos, Ministre de la culture. Source AFP.

²⁴² « *Pas de censure pour la palme d'or* », Communiqué de l'Observatoire de la liberté d'expression en matière de création, 25 juillet 2007,

²⁴³ Cette chanson décrit la vie et la mort de Stephen Bantu Biko, militant sud-africain et figure de la lutte anti-apartheid. La chanson relate ses conditions de détentions ainsi que sa mort brutale rattachée aux actes des forces de l'ordre. Cette chanson se trouve sur l'album Peter Gabriel 3 sorti en 1980.

²⁴⁴ De nombreux artistes ont, dans leurs chansons, rendu hommage à Stephen Biko où encore le film *Le cri de la liberté* de Richard Attenborough (1987). Ce n'est pourtant qu'à la fin des années 1990 que la police finira par confesser le meurtre de Biko à la Commission vérité et réconciliation qui avait pour vocation de recenser toute les violations des droits de l'homme lors de l'Apartheid. Pourtant, la justice sud-africaine, le 7 octobre 2003, décida de ne pas poursuivre les 5 policiers impliqués dans la mort de Stephen Biko pour manque de preuve et absence de témoins. De nombreux artistes perpétuent encore sa mémoire au sein de différentes œuvres. Par exemple, on peut trouver une chanson intitulée *Biko* au sein de l'album *Intimacy* (2008) du groupe Bloc Party. De plus, une statue à son effigie lui rend hommage dans le centre de la ville d'East London en Afrique du sud.

connaissance du monde la tragédie des disparus du régime Pinochet par la chanson *They dance alone*²⁴⁵.

475. Enfin, l'exemple de la chanson *Glad to be Gay* de Tom Robinson, est particulièrement évocateur. Prônant le droit à l'homosexualité, cette œuvre, écrite pour la *London Gay Pride* de 1976 a fait l'objet d'une censure radiophonique²⁴⁶. Une interdiction de diffusion pouvait apparaître logique en 1976, époque à laquelle l'homosexualité était encore considérée comme un délit sexuel au Royaume-Uni. Entre restriction de la chanson fondée sur la prévention des infractions en matière pénale et protection dans le cadre du débat d'intérêt général, il n'y aurait qu'une infime frontière particulièrement difficile à discerner. L

La remise en cause de la pénalisation de l'homosexualité par la Cour EDH, dans l'arrêt *Dudgeon*²⁴⁷ est intervenue seulement cinq années après la parution de cette chanson. Toutefois, l'artiste n'avait pas à attendre la condamnation de la Cour EDH pour s'exprimer sur ce sujet. Le débat sur l'homosexualité se situait en amont de toute condamnation du Royaume-Uni. Ce serait plutôt à la Cour EDH de s'emparer des débats révélés par l'artiste. En effet, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a présenté l'artiste comme « *un visionnaire d'avenir, un homme dont l'engagement est plus grand, dont la sensibilité est plus développée et dont l'imagination s'étend d'une façon plus permanente à l'ensemble de ses problèmes et à l'ensemble des impulsions qu'il perçoit de la société dans laquelle il vit et des projections qu'il désire apporter vers la société à construire* »²⁴⁸. Si l'artiste est un précurseur, l'arrêt *Dudgeon* portait en lui la preuve que Tom Robinson s'était engagé dans un débat d'intérêt général nécessaire à la société démocratique, voire un militantisme en faveur des droits de l'homme.

476. Le message de l'artiste peut donc être une description sensible de sujets importants, teintée d'un engagement, d'une position exacerbée par une vive émotion que son art a la volonté de transmettre. Il peut être une pure imagination, de ce que la société pourrait être, devrait être, ou pourrait devenir. L'artiste s'accapare sans complexe les plus purs désirs et les plus bas instincts de l'homme. Il les met en lumière pour porter à la connaissance du public des sujets avec un regard différent ou des problèmes encore non traités. L'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe a milité en faveur de cette conception de l'artiste. Son analyse des

²⁴⁵ *They dance alone*, extrait de l'album *Nothing like the sun* de Sting, 1987. Voir <http://sting.alfabank.com/news/6/>

²⁴⁶ Elle a notamment censuré expressément par la BBC Radio 1. Source : <http://www.tomrobinson.com/pages/biog.htm> et <http://gayinfo.tripod.com/gladtobegay.html>

²⁴⁷ Cour EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981.

²⁴⁸ « *Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne* » Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 Septembre 1973, Exposé des motifs par M. KARASEK §17, p.12

« déceptions et (des) espoirs de la société (...) lui confère une fonction qui est nécessaire à la société ». L'UNESCO a aussi mis en avant cette fonction bénéfique à la société de l'artiste²⁴⁹ : « l'art a un rôle important à jouer dans l'éducation et [...] par leurs œuvres les artistes peuvent exercer une influence sur la conception que la population tout entière et, plus particulièrement, la jeunesse, peut avoir du monde »²⁵⁰.

477. L'artiste ne peut influencer la population qu'à la condition qu'elle soit susceptible de recevoir son message. Reconnaître l'intérêt de la réception du message artistique, c'est admettre que « les arts consolident et enrichissent la liberté » quand les artistes s'expriment « sur l'évolution de la société dans laquelle ils vivent, même si leurs opinions sont critiques vis-à-vis du système en place »²⁵¹. Cette reconnaissance sociale de l'intérêt que peut revêtir la réception du message artistique trouve un écho dans la jurisprudence. Provenant de juridictions diverses, isolées, cette valorisation apparaît comme un mouvement général en faveur du respect du pluralisme en matière de réception.

B/ Des reconnaissances juridiques diverses

478. Les juridictions nationales ont tiré de nombreux enseignements de la jurisprudence de la Cour EDH ; peut-être plus que le juge strasbourgeois d'ailleurs. Les juges internes ont rapidement mis en application les principes longtemps restés à l'état de vœux pieux dans la jurisprudence européenne. Ils ont ainsi dégagé l'idée forte qu'un message artistique puisse être « d'intérêt public »²⁵². Trois décisions ont affirmé l'intérêt de la libre circulation de messages artistiques relevant du débat d'intérêt général²⁵³, que les sujets soient traités par le biais de

²⁴⁹ La déclaration de l'Unesco sur les conditions de l'artiste affirme la pleine conscience « de la contribution que l'art et les artistes apportent à une meilleure qualité de vie, au développement de la société et au progrès de la tolérance, de la justice et de la paix dans le monde ». Déclaration finale relative aux conditions de l'artiste, UNESCO, 20 juin 1997.

²⁵⁰ Voir la recommandation de l'UNESCO du 27 octobre 1980, ainsi que sa Déclaration finale du 20 juin 1997, relatives à la condition de l'artiste

²⁵¹ « Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne » Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 Septembre 1973, préc.

²⁵² « Le principe fondamental de la liberté d'expression autorise toute opération artistique, notamment la caricature, pour transmettre un message d'intérêt public ». CA Paris, 1^{ère} ch. A, C.N.T.C. c. Philip Morris et autres, 28 janv. 1992

²⁵³ C.Cass. Ch. Crim., AGRIF c. S. July, 2 mai 2007; CA Paris, 11^e Ch., Section A, P.Val et Sté Edition rotatives c. Union des Organisations Islamiques de France, 12 mars 2008; C.Cass., Ch. Crim., 14 fév. 2006, Affaire dite de *La sainte capote*. Au sein de cette dernière affaire il n'est pas expressément fait mention du débat d'intérêt général. Néanmoins, la Cour estime que la représentation en cause « s'inscrivait dans le cadre d'une libre polémique politique ».

l'humour²⁵⁴, de la provocation²⁵⁵, de la grossièreté et du scandale²⁵⁶. Malgré le rapport étroit qu'entretenaient les messages avec la morale et la religion, les juges ont systématiquement rappelé que « *les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite* »²⁵⁷. Alors, l'intérêt du message ne pouvait imposer « *l'obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui* »²⁵⁸. À la différence de la tendance classique d'autolimitation de la Cour EDH en la matière, les juges internes ont fait œuvre d'une attitude dynamique pour justifier de la libre communication du message²⁵⁹. Ils se sont plus largement penchés sur la recherche d'un intérêt à la réception que sur l'existence et l'ampleur d'une opposition²⁶⁰. Le message artistique, quoique sous une forme « *singulière* », a « *fait sa place à la différence des points de vue* »²⁶¹ dans le respect du pluralisme des sensibilités. Cette conception offre ainsi une lecture contemporaine du droit de recevoir un message artistique à la lumière des « *principes de pluralisme et de tolérance qui s'imposent particulièrement à une époque caractérisée par la coexistence de nombreuses croyances et confessions au sein d'une même nation* »²⁶².

479. Une analyse similaire de l'intérêt de la réception du message artistique se retrouve auprès de juridictions étrangères. Les juges sud-africains ont été saisis en raison de la diffusion d'une chanson hautement critique sur les rapports entre communautés indiennes et zoulous²⁶³. Les juges ont relevé que la forme artistique utilisée était de nature à rehausser l'effet des termes utilisés dans la chanson, notamment sur l'accusation faite à la communauté indienne d'oppresser

²⁵⁴ C.Cass., 14 fév. 2006, n°05-81932

²⁵⁵ C.Cass. Ch. Crim., 2 mai 2007, préc. ; CA Paris, 11^e Ch., Section A, 12 mars 2008, préc.

²⁵⁶ C.Cass. Ch. Crim., 2 mai 2007, préc.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Notamment, Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §49 ; Cour EDH, *I.A. c. Turquie*, 13 sept. 2005

²⁵⁹ Sur l'étude des attitudes d'autolimitation et d'activisme au sein de la jurisprudence de la Cour EDH, Voir **M. OETHEIMER**, thèse, op.cit., pp.37 et s.

²⁶⁰ Il est à noter que les juges restent prudents lorsqu'ils recherchent l'intérêt du message en cause. Ces derniers recherchent un bénéfice que l'on peut qualifier d'objectif à la réception du message. Ils ne sauraient se fonder sur la seule « *appétence du public* » envers un type de message qui serait guidée par la curiosité, le voyeurisme et non par la recherche d'informations, d'idées et d'opinions en vue de son épanouissement. TGI Paris, *Murielle Bolle c. France Télévision Interactive, Studio International et autres*, 10 fév. 2006, LP n°232 juin 2006, III, pp.126-127

²⁶¹ C.Cass., Ch. Crim., 2 mai 2007, préc.

²⁶² CA Paris, 12 mars 2008, préc.

²⁶³ « *N (...) wrote a song highly critical of the political and economic influence of the country's Indian community (who constituted less than 2.6% of the population), and the fact that they were humiliating and oppressing the indigenous Zulu population who were better treated by the Whites under Apartheid. The song was broadcast by a local radio station in KwaZulu-Natal province* » (Traduction personnelle : N. a écrit une chanson hautement critique sur l'influence politique et économique de la communauté indienne au sein du pays (qui constitue 2,6% de la population), et le fait qu'elle humiliait et oppressait la population indigènes Zoulou qui était mieux traitée par les blancs sous l'Apartheid. La chanson a été diffusée par une station de radio locale dans la province de KwaZulu-Natal.) Complaint Broadcasting Commission of South Africa, 20 juin 2002, Human Rights Commission of South Africa v. SABC.

les zoulous²⁶⁴. Cet élément peut encore aujourd'hui constituer « *un manque de prudence dans la forme et dans l'expression* »²⁶⁵ condamnable au sens de la Cour EDH. Or, c'est en s'inspirant expressément de l'arrêt *Jersild* de la juridiction strasbourgeoise²⁶⁶ que les juges sud-africains ont fait primer la capacité de la chanson à informer les auditeurs sur la possible nature incendiaire de ses paroles²⁶⁷.

480. En Australie, l'organe de classification des films cinématographiques est revenu sur la restriction à l'accessibilité du film *La dernière tentation du Christ* après l'appel de la société *United International Picture*. L'organe de classification a estimé que, bien que le film puisse offenser certains chrétiens, l'existence d'une société pluraliste composée de croyances différentes justifiait la libre circulation du film²⁶⁸. Dans cette affaire, l'intérêt de la réception du message artistique devait primer sur ses effets potentiellement néfastes sur autrui et ce, en raison de la tolérance qu'impose le respect du pluralisme.

481. La Cour Suprême indienne a également effectué une interprétation progressiste de l'intérêt de la réception du message artistique. Elle s'est opposée à l'interdiction du film *Bandit Queen*, malgré le caractère choquant de scènes de nudité, de sexe et de violence²⁶⁹. Une restriction aurait pu être motivée par un manque de prudence ou de modération de l'artiste pour traiter des conditions sociales du pays. Or, selon les juges, les scènes litigieuses n'avaient pas pour objectif de réveiller les bas instincts du spectateur. Au contraire, ces scènes étaient perçues

²⁶⁴ “Art can soften or increase the effect of speech; it all depends on the nature and content of the speech and how it is conveyed. Whilst the melody and singing of the song are quite striking, the problem remains that when the words accuse Indians in a sweeping manner of oppression, they are pronounced through the medium of song. Even if the song was intended to be merely satirical, this is not borne out by the material. In fact, the medium is likely to enhance the effect of the words on those who are targeted.” (Traduction personnelle : L'art peut adoucir ou augmenter les effets de l'expression. Cela dépend de la nature et du contenu de l'expression et comment elle est suggérée. Si la mélodie et le chant de la chanson frappent, le problème reste lorsque les paroles accusent des Indiens d'une large oppression ; elles sont prononcées au moyen de la chanson. Même si la chanson a été destinée à être simplement satirique, cette intention n'est pas soutenue par le matériel. En fait, le moyen va probablement accroître l'effet des mots sur ceux qui sont visés) *Ibid*.

²⁶⁵ Cour EDH, *Brunet Lecomte et Lyon Mag c. France*, 6 mai 2010

²⁶⁶ Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994

²⁶⁷ “However, given that the song was broadcast by a bona fide current affairs programme in order to inform listeners for a discussion in the public interest negated the possible inflammatory nature of the song (*Jersild v Denmark (1994) 19 EHRR I applied*).” (Traduction personnelle: La chanson a été diffusée au sein d'un programme pour informer les auditeurs sur la discussion, dans l'intérêt du public, niant le possible effet incendiaire de la chanson en raison de sa nature). *Complaint Broadcasting Commission of South Africa, 20 juin 2002, Human Rights Commission of South Africa v. SABC*.

²⁶⁸ Film Censorship Board Decision, *The Last Temptation of Christ*, OFLC and Films Board of Review - Report on Activities 1988-89

²⁶⁹ Supreme Court of India, *Bobby Art International v. Om Pal Singh Hoon and Ors*, 1er mai 1996.

comme nécessaires pour illustrer l'enfer social existant et les conséquences qu'il implique²⁷⁰. L'existence de ces scènes ne retirait pas le caractère sérieux du film et l'intérêt pour le public de le recevoir. Plus encore, elle devenait une forme de contribution au débat par la description crue d'une réalité destinée à frapper l'individu. L'attitude des juges indiens se rapproche de celle de la Cour Suprême du Canada lorsqu'elle se penche sur « *le critère des besoins internes* » ou autrement dit « *le moyen de défense fondé sur la valeur artistique* »²⁷¹. Ce critère permet une analyse du message en fonction de sa nature artistique pour offrir à l'artiste « *une certaine liberté pour produire une œuvre* » sur le sujet qu'il traite. De ce critère, il ressort que les passages d'une œuvre « *qui contreviennent en soi aux normes sociales, ne seraient pas considérés(s) comme indu(s) s'il (sont) requis pour traiter d'un thème sérieusement* »²⁷².

482. Enfin, l'arrêt de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme relatif à l'interdiction de diffusion du film *La dernière tentation du Christ* au Chili a particulièrement valorisé l'intérêt de la réception du message artistique. Les requérants avaient invoqué tant l'intérêt de recevoir à des fins professionnelles et académiques, que l'intérêt privé de recevoir des éléments essentiels pour se former une opinion²⁷³. La Cour s'est ralliée aux différents témoignages des requérants pour constater la violation de la liberté d'expression résidant dans l'impossible réception du film en cause. Selon la Cour, le respect du pluralisme imposait alors que le développement des opinions

²⁷⁰ "No film that extols or encourages a social evil is permissible but a film that illustrates the consequences of a social evil necessarily must show that social evil. The scenes of nudity and rape and use of expletives in the film, permitted by the Tribunal, were in aid of the theme of the film showing the psychological and physical effect of rape and violence on a village child." (Traduction personnelle: Aucun film qui vante ou encourage un mal social n'est permis, mais un film qui illustre les conséquences d'un mal social doit nécessairement montrer ce mal social. Les scènes de nudité, le viol et l'utilisation d'explétifs dans le film, permis par le Tribunal, étaient au profit du thème du film montrant l'effet psychologique et physique de viol et la violence sur un enfant du village) *Ibid.*

²⁷¹ Voir en ce sens, Cour Suprême du Canada, *R. c. Butler*, [1992], R.C.S. 1-452, p.37, Cour Suprême du Canada, *Brodie c. La Reine*, [1962], R.C.S. 681, Cour d'Appel du Manitoba, *R. c. Odeon Morton Theaters LTD*, [1974], 16 C.C.C. (2d) 185.

²⁷² *Ibid.* p.38

²⁷³ "The fact that the film was prohibited caused him serious harm, due to his academic activities and his professional interests in freedom of expression, because he now gives classes on freedom of expression in the School of Journalism of the University of Chile and is in contact with academics in other countries. He was prejudiced as an individual, because he was prevented from having access to an artistic film with an apparently religious content. Consequently, he was deprived of the possibility of having elements of judgment, forming an opinion and having access to information that was relevant to him. Lastly, as he is not a Catholic, he considers that his freedom of conscience was violated, because a group of people of a specific religion attempted to impose their own vision about what others may see" (Traduction personnelle : Le fait que le film ait été interdit lui a causé un dommage sérieux, en raison de ses activités universitaires et ses intérêts professionnels dans la liberté d'expression, parce qu'il donne maintenant des cours sur la liberté d'expression à l'École de Journalisme de l'Université du Chili et est en contact avec des universitaires dans d'autres pays. Il lui a été porté préjudice comme un individu, parce qu'il a été empêché d'avoir accès à un film artistique avec un contenu apparemment religieux. Par conséquent, il a été privé de la possibilité d'avoir les éléments de jugement, de se former un avis et d'avoir l'accès aux informations qui lui étaient appropriées. Finalement, comme il n'est pas un Catholique, il considère que sa liberté de conscience a été violée, parce qu'un groupe de personnes d'une religion spécifique a essayé d'imposer sa vision propre de ce que d'autres peuvent voir) CIDH, *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 fév. 2001, série C 73

puisse se faire, non sur des manquements, mais sur la diversité des arguments communiqués²⁷⁴ à la société. Tant au regard de la dimension individuelle que collective de la liberté d'expression²⁷⁵, les juges ont estimé que l'impossibilité d'accéder au film *La dernière tentation du Christ* constituait une violation du droit à la réception.

483. La polémique et l'opposition au message sont inévitables. Elles viennent d'une diversité de sensibilité accrue dans les sociétés démocratiques. Alors, l'intérêt de la réception ne peut être l'intérêt de tous. Toutefois, la sensibilité d'une fraction de la population, qui peut parfois tourner à l'excès²⁷⁶, « *ne saurait rendre indisponible dans l'espace public la représentation* »²⁷⁷ d'un message susceptible d'intéresser une part du public. Certains juges ont donc effectué une interprétation dynamique de la liberté d'expression pour faire la part belle au respect du pluralisme. Ce dernier a imposé, de manière générale, de rechercher positivement les éléments justifiant l'intérêt de la réception pour une partie du public, malgré l'opposition qui lui est inhérente. Il apparaît que l'intérêt de la réception du message artistique sur des sujets d'intérêt général impliquerait une tolérance des opposants. L'idée se profile aussi que le message, de part sa nature artistique, serait une forme spécifique de contribution au débat. Les juges n'ont alors pas hésité à laisser se propager dans les débats des idées qui « *heurtent choquent ou*

²⁷⁴ “ *The second reason was that he had been a student representative, since the University he attended was public and tolerant, open to different ideas and expressions, and this prompted him to become part of a remedy for protection to prevent censorship of the exhibition of the film. The judgment that prohibited the exhibition of the film caused him a moral prejudice and impaired his intellectual development, because, owing to the censorship that was imposed, he was prevented from having access to information that was fundamental in order to be able to form an opinion based on solid arguments and not on prejudices.*” (Traduction personnelle: La deuxième raison était qu'il avait été un représentant d'étudiant. L'Université où il se trouvait était publique et tolérante, ouverte aux idées différentes et aux expressions et cela l'a incité à devenir la partie d'un remède à la protection pour empêcher la censure de l'exposition du film. Le jugement qui a interdit l'exposition du film lui a causé un préjudice moral et a détérioré son développement intellectuel, parce que, par suite de la censure qui a été imposée, il a été empêché d'avoir accès aux informations qui étaient fondamentales pour être capable de former un avis basé sur des arguments solides et non sur des préjugés) *Ibid.*

²⁷⁵ “*Consequently, freedom of expression has an individual and a social dimension: Regarding the second dimension of the right embodied in Article 13 of the Convention, the social element, it is necessary to indicate that freedom of expression is a way of exchanging ideas and information between persons; it includes the right to try and communicate one's point of view to others, but it also implies everyone's right to know opinions, reports and news. For the ordinary citizen, the knowledge of other people's opinions and information is as important as the right to impart their own* ”. (Traduction personnelle : Par conséquent, la liberté d'expression a une dimension individuelle et une dimension sociale : Quant à la deuxième dimension du droit inscrit à l'Article 13 de la Convention, l'élément social, il est nécessaire d'indiquer que la liberté d'expression est une façon d'échanger des idées et des informations entre personnes; elle inclut le droit d'essayer de communiquer son point de vue à d'autres, mais elle implique aussi le droit de chacun de connaître des opinions, des rapports et des nouvelles. Pour le citoyen ordinaire, la connaissance des opinions des autres personnes et des informations est aussi importante que le droit de communiquer les leurs) *Ibid.*

²⁷⁶ En ce sens voir, C.Cass. Ch. Crim., 14 fév. 2006, préc.

²⁷⁷ *Ibid.*

inquiètent »²⁷⁸. La Cour EDH, pourtant fondatrice des idées développées par ces juges, est restée plus timorée à l'égard du message artistique.

II. Une reconnaissance progressive par la Cour EDH

484. La Cour EDH a longtemps eu du mal à appréhender la forme artistique lorsqu'il s'agissait d'y voir un contenu de nature à intéresser le public. Sa conception de l'intérêt général en la matière imposait plus largement de ne blesser personne afin de contenter le plus grand nombre. On aurait alors pu se résigner à ne pas rechercher l'intérêt général d'un message dont la nature implique de fortes oppositions. Or, l'artiste apporte une contribution au débat d'idée à sa manière et son message mérite d'être reçu. La valorisation classique de l'expression en sujet d'intérêt général par la Cour EDH est un premier pas dans la reconnaissance d'un intérêt à la réception du message artistique (A). Toutefois, cette qualification trouve rapidement ses limites. Elle nécessiterait une approche de l'intérêt de la réception du message artistique spécifique à sa nature (B).

A/ Un intérêt de la réception classiquement soumis à la qualification de sujet d'intérêt général

485. Il est traditionnellement admis que la liberté d'expression représente, dans la société démocratique, « *l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* »²⁷⁹. Cette liberté impose alors le recours aux notions de pluralisme, de tolérance et d'esprit d'ouverture²⁸⁰. Ces notions, qui suggèrent qu'une « *fraction de la population* »²⁸¹ puisse être choquée par un message ou opposée à sa diffusion, appelle à une « *interprétation étroite* »²⁸² des restrictions. Or, cette interprétation de principe reste largement soumise à une analyse du contenu du message et au rôle que l'on prête à ceux qui s'expriment²⁸³. Le respect du pluralisme

²⁷⁸ Par exemple : Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §49 ; Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009, §22, §19

²⁷⁹ Cour EDH, *Aguilera Jimenez et a. c. Espagne*, 08 déc. 2009, §22

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Voir notamment, Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 déc. 1976., §49

²⁸² Voir notamment, Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, §61

²⁸³ La Cour a pour habitude de souligner « *d'emblée le rôle éminent de la presse dans une société démocratique, un rôle de « chien de garde* » » (voir Cour EDH, *Kydonis c. Grèce*, 2 avril 2009, §28). Ainsi, elle accorde une place

participe à conférer « un niveau élevé de la protection du droit à la liberté d'expression »²⁸⁴ et une « grande tolérance » « de la masse des citoyens »²⁸⁵ pour les sujets d'intérêt général²⁸⁶. Bien que la Cour n'entende pas faire de liste exhaustive de ces sujets²⁸⁷, ils présupposent un message « de nature à intéresser le public »²⁸⁸, à l'informer, et non à satisfaire l'individu isolé.

486. Principalement liée au rôle de la presse, la qualification de sujet d'intérêt général a fait l'objet d'extensions par la Cour EDH. Tout d'abord, la Cour n'a pas entendu limiter cette qualification aux seuls journalistes. En effet, les ONG²⁸⁹ et « les petits groupes militants », même « non officiels »²⁹⁰ ont pu bénéficier d'un niveau de protection élevé lorsqu'ils s'immisciaient dans le débat d'intérêt général. La fonction de l'individu qui use de sa liberté d'expression n'est plus une condition de la qualification de sujet d'intérêt général, mais elle la présume seulement. Ensuite, la Cour a offert une conception extensive du public visé par le sujet d'intérêt général dans. Dans l'arrêt *Azevedo*²⁹¹, elle a considéré que le message en question pouvait s'y rattacher même s'il avait « trait à un domaine spécialisé » et que le public s'y intéressant s'en trouvait inévitablement réduit²⁹². Ainsi, cette notion serait sujette à la contextualisation et pourrait ne toucher qu'un public spécifique, tel que le public artistique. Elle s'inscrirait dans « la promotion d'une pluralité »²⁹³ qui exige la propagation du message et ce, malgré l'opposition existante.

essentielle à la presse en ce qu'elle participe au « bon fonctionnement d'une démocratie politique » (Voir notamment Cour EDH, *Sürek c. Turquie*, 08 juil. 1999, §55). Ce rôle se distingue par exemple de la publicité par communication audiovisuelle qui peut justifier des restrictions particulières. En ce sens, voir, Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003, §75)

²⁸⁴ En ce sens, Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 fév. 2005 ; Cour EDH (Gde Ch.), *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007

²⁸⁵ Notamment, Cour EDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, 27 mai 2004.

²⁸⁶ 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 et du débat politique – dans lequel la liberté d'expression revêt la plus haute importance – ou des questions d'intérêt général ». Cour EDH (Gde Ch.), *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., §46 ; Voir de même Cour EDH, *Brasillier c. France*, 11 avril 2006, §41.

²⁸⁷ Voir en ce sens, Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, préc., §89

²⁸⁸ Cour EDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, préc.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ « Le Gouvernement fait remarquer que les requérants ne sont pas des journalistes, et ne devraient par conséquent pas bénéficier du niveau élevé de protection accordé à la presse au titre de l'article 10. La Cour considère cependant que, dans une société démocratique, même des petits groupes militants non officiels, comme *London Greenpeace*, doivent pouvoir mener leurs activités de manière effective et qu'il existe un net intérêt général à autoriser de tels groupes et les particuliers en dehors du courant dominant à contribuer au débat public par la diffusion d'informations et d'opinions sur des sujets d'intérêt général comme la santé et l'environnement ». Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, préc., §89

²⁹¹ Cour EDH, *Azevedo c. Portugal*, 27 mars 2008

²⁹² En effet, la publication portait sur l'analyse historique et symbolique d'un monument de la ville de Castelo Branco qui venait remettre en cause une analyse antérieure. *Ibid.* §§31 et 32.

²⁹³ **J. RINGELHEIM**, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p.410

487. Le bénéfice d'une protection élevée en matière artistique a pourtant été plus difficile à percevoir. Dans un premier temps, la Cour a donné une « *conception étroite* »²⁹⁴ de la liberté artistique. La protection de l'intérêt général résidait dans la protection d'autrui contre la communication de messages artistiques qui « *ne contribuent à aucun débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain* »²⁹⁵. Cette position critiquée²⁹⁶ s'opposait au principe de la Cour selon lequel « *ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique* »²⁹⁷. Si cette position de principe laissait pourtant une place à l'artiste dans le débat d'intérêt général, la réception du message artistique fût reléguée à l'état de loisir personnel d'un intérêt résiduel pour la société démocratique. L'artiste peut s'exprimer sur des thèmes qui provoquent le débat. Or, cette qualification a traditionnellement eu pour effet de restreindre sa liberté par la négation de sa qualité d'artiste. À s'immiscer dans le débat, l'artiste semblait devoir agir comme un professionnel de l'information²⁹⁸, éludant alors toute spécificité artistique de son travail²⁹⁹. La tendance dégagée était que, soit l'artiste ne contribuait pas au débat d'idée, soit l'intérêt du contenu de son message emportait son analyse selon les canons de la liberté journalistique³⁰⁰. L'intérêt reconnu du contenu du message conduisait alors à son analyse à la lumière du droit du public à l'information. La présentation d'un tel message sous forme artistique devenait contestable.

²⁹⁴ P. TAVERNIER, « *L'art et la Cour Européenne des droits de l'homme* », *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. 1537-1550, p.1543

²⁹⁵ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, §49

²⁹⁶ En ce sens, voir l'opinion dissidente des juges PALM, PEKKANEN et MAKARCZYCK au sein de l'arrêt *Otto-Preminger Institut* (§ 3) ainsi que P. WASCHMANN, « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme* », Note sous l'arrêt Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, RUDH, 1994, p.441 et s.

²⁹⁷ Voir notamment, Cour EDH, *Müller c. Suisse*, Op.cit., §33 ; Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999, §49 ; Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007, §26. En ce sens, Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., §47

²⁹⁸ On peut voir l'exemple de l'arrêt *Ruokanen* imposant des exigences de plus en plus strictes au professionnel de l'information, notamment face à la diffamation et à la présomption d'innocence. Cour EDH, *Ruokanen c. Finlande*, 6 avril 2010

²⁹⁹ La Cour a qualifié un roman comme s'inscrivant dans un débat d'intérêt général. Cependant, cette qualification a emporté une analyse des propos à l'aune de la jurisprudence relative à la liberté de la presse et au travail de journaliste. En l'espèce, la décision peut, tout de même, se justifier en raison de rapport étroit avec la réalité et la personne de Jean-Marie Le Pen, expressément cité dans le livre. (Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc.). La Cour a, de même, estimé que le sujet de la caricature au sein de l'arrêt *Leroy* relevé du débat d'intérêt général. En l'espèce, le caricaturiste s'exprimant par voie de presse, il aurait du agir conformément aux devoirs et responsabilités des journalistes. (Cour EDH, *Leroy c. France*, 2 oct. 2008)

³⁰⁰ Voir en ce sens, Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, Op.cit. et Cour EDH, *Leroy c. France*, Op.cit. Dans cette dernière affaire l'analyse sous l'angle de la liberté de la presse se justifie par la communication du dessin satirique au sein d'un journal d'information. Cependant, la nature artistique du dessin s'en trouve particulièrement éludée. De même, Cour EDH, *Leroy c. France*, 2 oct. 2010

488. La Cour EDH a enfin ouvert la voix de la possible contribution de l'artiste au débat d'intérêt général dans l'arrêt *Alves Da Silva*, du 20 octobre 2009³⁰¹. En l'espèce, une personne avait fabriqué un guignol représentant le maire de sa ville pour défiler avec lors du Carnaval. Cette représentation satirique du maire le montrait comme exerçant certaines activités financières illicites. La Cour a affirmé que « *les interventions satiriques sur des sujets de société (...) peuvent elles aussi jouer un rôle très important dans le libre débat des questions d'intérêt général* »³⁰². La Cour s'est inscrite dans la droite ligne de l'extension de la notion de sujet d'intérêt général en y incluant la forme satirique. Cette affirmation permet d'envisager que l'artiste puisse s'insérer dans le débat d'intérêt général. Cependant, le juge de strasbourg laisse encore planer un doute sur la place laissée à l'artiste, et ce pour deux raisons. En premier lieu, la Cour ne considère pas explicitement le travail artistique comme susceptible de s'intégrer au débat. Elle n'a pas rattaché la matière artistique au libre débat des questions d'intérêt général, mais la seule satire.

Les juges, dans l'arrêt *Société de Conception de presse et d'édition et Ponson*, avaient déjà affirmé le droit de recourir à la satire au profit du journaliste³⁰³. Le juge Power, dans son opinion dissidente sur l'arrêt *Aguilera Jimenez*, du 8 décembre 2009, a par la suite affirmé que la satire pouvait aussi être effectuée au sein des relations de travail³⁰⁴. Le doute persiste alors sur la question de savoir si la satire se perçoit comme intégrée à l'expression artistique ou si elle devient un élément autonome d'intégration au débat d'intérêt général. En second lieu, le rattachement entre la satire et le libre débat opéré par la Cour, en l'affaire *Alves Da Silva*, n'était qu'indirect. Au lieu d'estimer que l'artiste s'exprime sur une question d'intérêt général, comme elle peut le faire pour le journaliste, elle a affirmé qu'il le faisait sur des sujets de société, lui conférant un rôle dans ce libre débat. L'artiste ne s'intègre peut être pas totalement au débat et son rôle n'est qu'indirect. L'assertion de la Cour doit pourtant se comprendre comme l'idée que l'artiste est susceptible de s'immiscer sur le terrain des questions d'intérêt général, sans pour autant, en faire pour lui, une mission génératrice de devoirs.

³⁰¹ Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009. En l'espèce, « *après avoir fabriqué un guignol en plâtre, censé représenter le maire, le requérant l'avait installé dans sa camionnette, accompagné d'une pancarte portant l'inscription « Entreprises Set-Narba », soit une anagramme du nom du maire, et d'un sac bleu (image évoquant, au Portugal, des sommes illicites non comptabilisées officiellement). Ensuite, les 22 et 24 février 2004, profitant des défilés de carnaval ayant lieu ces mêmes jours, le requérant avait circulé dans toute la ville de Mortágua avec sa camionnette* », pour effectuer des interventions satiriques. (§7)

³⁰² *Ibid.*, §29

³⁰³ Cour EDH, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, 05 mars 2009, relatif, en partie, à un photomontage satirique sur la question du tabac. La Cour n'a, pourtant, pas vu ici de violation à l'article 10 en raison d'une satire qui ne donnait pas, en l'espèce, d'image négative du tabac. (§61)

³⁰⁴ Cour EDH *Aguilera Jimenez et a. c. Espagne*, 8 déc. 2009, opinion dissidente du juge Power. Arrêt confirmé en grande chambre : Cour EDH, Gde Ch., *Palomo Sanchez et a. c. Espagne*, 12 sept. 2011

489. Le respect du pluralisme laisse donc une large place au débat sur des questions d'intérêt général. On peut généraliser la pensée de Julie Ringheleim en affirmant que la capacité des individus à prendre de la distance par rapport à une opinion, à la questionner, à en remettre en cause certains aspects et éventuellement à s'en détacher, dépend avant tout de l'existence d'un espace public de discussion libre et ouvert, où les idées peuvent être soumises au débat et à la critique³⁰⁵. La double extension de la qualification de sujet d'intérêt général imposerait d'y inclure le travail de l'artiste, le contenu de son message et sa façon de le traiter. Or, l'attitude de la Cour n'est encore que peu profitable à la réception du message artistique. La Cour effectue une forte extension de la notion de sujet d'intérêt général sans jamais vraiment la nommer. En outre, la recherche de l'intérêt du message à travers son contenu souffre de défauts. Elle hiérarchise l'intérêt des messages au lieu de valoriser les spécificités de chacun d'eux. Par conséquent, elle ne tire pas toutes les conséquences de la spécificité artistique tout en vidant la notion de débat d'intérêt général de sa substance.

B/ Un intérêt de la réception à détacher de la qualification de sujet d'intérêt général

490. La qualification du message artistique, en tant que sujet d'intérêt général, peut offrir un niveau élevé de protection de l'exercice de la liberté d'expression artistique. Or, le recours à la notion de sujet d'intérêt général est limité, dans sa portée et dans ses effets. Elle ne tient pas pleinement compte dans l'intérêt spécifique de la réception des messages artistiques (1). Cet intérêt spécifique, s'il était reconnu, constituerait une garantie du respect du pluralisme des sensibilités (2).

1) Les limites de la qualification de sujet d'intérêt général du message artistique

491. Lorsqu'il s'invite dans le débat, l'artiste ne remplit pas le même rôle que le journaliste. L'utilisation de la forme artistique ne possède pas les mêmes effets sur le public que l'expression

³⁰⁵ Julie Ringelheim affirme que « la capacité des individus à prendre de la distance par rapport à une culture ou une religion, à la questionner, à en remettre en cause certains aspects et éventuellement à s'en détacher, dépend avant tout de l'existence d'un espace public de discussion libre et ouvert, où doctrines et traditions puissent être soumises au débat et à la critique. » **J. RINGELHEIM**, Thèse, op.cit., p.410

journalistique. Dans l'arrêt de la Cour EDH *Alves Da Silva*³⁰⁶, les juges ont relevé le « rôle très important » que « les interventions satiriques »³⁰⁷ pouvaient jouer sur les débats d'intérêt général. Ce rôle joué par le message dans le débat d'intérêt général se déduit de la forme satirique de l'expression. Alors, traiter d'un sujet d'intérêt général par la forme artistique confère un rôle spécifique à l'artiste dans le débat³⁰⁸.

492. L'immixtion de l'artiste dans le débat ne peut donc s'analyser à la lumière des *dictum* rattachés aux devoirs et responsabilités des divers « chien(s) de garde »³⁰⁹ de la démocratie. En effet, l'individu classiquement placé dans le débat d'intérêt général doit se limiter « à une certaine dose de provocation ou d'exagération »³¹⁰ tout en faisant preuve « d'une certaine prudence dans la forme et l'expression »³¹¹. Cette limitation se comprend par l'objectif de fournir « des informations exactes et dignes de crédit »³¹² au public. Or, l'artiste emploie, quant à lui, une forme d'expression de nature « à provoquer et à susciter l'agitation »³¹³. Son message ne tend pas principalement à informer le public de manière précise sur le sujet qu'il traite, mais de jouer avec les faits pour créer une réaction propice à la réflexion. Pour la plupart du temps, l'artiste ne fait pas partie de ceux qui informent le public en lui fournissant « un compte rendu objectif et équilibré »³¹⁴ d'un problème. Il est un porte-parole d'une part de l'opinion publique en émettant un « jugement de valeurs » et des « critiques très sévères », parfois « au ton polémique voire agressif »³¹⁵ et « à la mesure de l'émotion et de l'indignation suscitée »³¹⁶ par le sujet traité. Ainsi, la contribution de l'artiste au débat pourrait résulter de la seule provocation ou exagération³¹⁷, peut être serait-ce cette provocation qui créerait le débat. L'intrusion de l'artiste

³⁰⁶ Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, préc.

³⁰⁷ *Ibid.*, §29

³⁰⁸ On peut voir une interprétation différente de l'utilisation de la satire en matière de journalisme dans l'arrêt Cour EDH, *Société de conception de presse et Ponson c. France*, 05 mars 2009. Le contexte de l'expression par voie de presse emporterait une analyse plus stricte de l'expression satirique.

³⁰⁹ Notamment, Cour EDH, *Thorgeir Thorgeison c. Islande*, 25 juin 1992, §63

³¹⁰ Notamment Cour EDH, *Leroy c. France*, préc., §45

³¹¹ Cour EDH, *Brunet Lecomte et Lyon Mag c. France*, 6 mai 2010, §44

³¹² *Ibid.*, §42

³¹³ Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, préc., §33

³¹⁴ Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, préc., §31 et Cour EDH, *Bergens Tidende c. Norvège*, 2 mai 2000, §57.

³¹⁵ Voir en ce sens, Cour EDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 fév. 1997, §48

³¹⁶ Cour EDH, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., §48 ; Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, opinion partiellement dissidente commune des juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Sikuta

³¹⁷ On peut penser à la forme humoristique qui a pour crédo la provocation et l'exagération. Par exemple, le canular du 25 septembre 1985 où les télévisions et la France entière peuvent assister au mariage de Coluche et de Thierry Le Luron, « pour le meilleur et pour le rire » a été considéré comme particulièrement provocant. Cette parodie du très médiatisé mariage d'Yves Mourousi s'inscrit dans le débat sur le mariage homosexuel, voire sur l'acceptation de l'homosexualité en France, seulement dépénalisée trois ans auparavant. Pour autre exemple, *La cage aux folles* est à l'origine une pièce de théâtre de Jean Marie Poiret représentée pour la première fois le 1^{er} février 1973. Elle fut adaptée au cinéma en 1978. Cette œuvre qui expose l'homosexualité d'une manière grotesquement exagérée a,

dans le débat prend alors tout son sens parce qu'il peut dépasser la dose de provocation accordée aux journalistes.

493. Le recours à la notion de sujet d'intérêt général est limité ; l'appliquer à l'ensemble des messages supposerait une analyse parfois défavorable à l'artiste. La conception de l'intérêt de la réception de la Cour EDH tranche avec celle, plus ouverte, du droit de l'Union européenne. Ce dernier ne développe pas une conception de la liberté de recevoir fondée sur l'intérêt général des contenus, mais sur leur pluralité. Plutôt que de protéger les messages qui intéressent l'ensemble de la population, l'Union européenne souhaite avant tout protéger l'ensemble des messages qui intéressent une part de la population. La liberté de recevoir semble donc se construire autour de la notion de pluralisme. Tout d'abord, « *le respect du pluralisme des médias* » est consacré par l'article 11§2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne³¹⁸. La Directive Services de médias audiovisuels commande son respect dans toute l'Union³¹⁹. Ensuite cette directive souligne que « *le pluralisme de l'information devrait être un principe fondamental de l'Union* »³²⁰. L'union estime « *essentiel de promouvoir le pluralisme dans la production et la programmation des informations dans l'Union* »³²¹. L'idée de production, donc de création, laisse envisager une notion extensive de l'information. Rattachée aux médias audiovisuels, elle peut ainsi comprendre des messages de toutes sortes, qu'ils soient publicitaires, artistiques ou divertissants. La liberté des arts est « *déduit[e] en premier lieu des libertés de pensée et d'expression* »³²². Ce rattachement à l'article 11 de la Charte implique alors que la liberté des arts et leur pluralisme doivent être respectés. Le message artistique ne doit pas être protégé dès lors qu'il intéresse l'ensemble de la société, mais parce qu'il peut en intéresser une part.

494. La notion de débat d'intérêt général s'est développée autour de la liberté d'information. Or, les rôles du journaliste et de l'artiste sont sensiblement différents. La nécessaire prudence dans le traitement de l'information d'un côté, le droit de provoquer la réaction de l'autre, ne sauraient entraîner la même analyse de l'intérêt de la réception de l'expression. Une analyse similaire aboutirait, soit à imposer à l'artiste des devoirs inconciliables avec sa liberté, soit à

quoiqu'il en soit, aidé à l'acceptation de l'homosexualité en France à travers l'humour à l'heure où la tolérance à l'égard de cette orientation sexuelle était très faible.

³¹⁸ « *La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés* » Article 11§2, Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 10/12/2007

³¹⁹ Directive du Parlement européen et du Conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010, (12)

³²⁰ *Ibid.* (34)

³²¹ *Ibid.*, (48)

³²² 2007/C 303/02, J.O. de l'Union européenne, 14 déc. 2007, vol.50

revenir sur le développement de la déontologie journalistique³²³. Tout message de l'artiste ne peut directement relever du sujet d'intérêt général tel que conçu par la Cour EDH. L'intérêt de sa réception ne doit pas pour autant être éludée car il réside dans le respect du pluralisme des sensibilités.

2) L'autonomie de l'intérêt de la réception du message artistique

495. L'artiste peut être porteur d'un message que certains considéreront comme une pure provocation, une offense³²⁴ ou ayant un caractère choquant. À considérer que le message reçoive l'une de ses qualifications, sa communication n'est pas pour autant remise en cause. Il faut que le propos soit « gratuit »³²⁵ ou perçu comme « une violation malveillante de l'esprit d'ouverture »³²⁶. Le caractère offensant de l'expression n'enlève pas tout intérêt à la réception. Alors il ne suffit pas de s'attacher au seul degré d'atteinte que subissent les opposants au message pour justifier de la restriction. Cette atteinte est à contrebalancer par la recherche positive d'un intérêt à la réception pour d'autres. Le message artistique se propose à un public composé de sensibilités plurielles. Puisque l'art ne saurait flatter la seule position dominante, l'opposition y est inhérente à l'instar du débat. « *L'éclatement de la société* »³²⁷ ne peut constituer un écueil de nature à empêcher les « *opinions et (...) informations de tous ordres de circuler librement* »³²⁸. Rattaché à la libre expression, le pluralisme « *serait issu du rejet des croyances en un ensemble unique de valeurs. Il prendrait vie dans un contexte de tolérance des idées car l'objet de la discussion ne porterait pas sur le fait de savoir qui a raison et qui a tort, mais jusqu'à quel point les opinions peuvent être admises afin de ne pas nuire à l'existence même du dialogue* »³²⁹. Le recours au pluralisme ne peut donc laisser affirmer l'intérêt de la

³²³ En ce sens, Cour EDH, *Brunet-Lecomte et Tanant c. France*, 08 oct. 2009, §56. Voir aussi : **L. FRANCOIS**, « *La déontologie journalistique dans la jurisprudence de la CEDH* », LP, n°255, oct. 2008, II, p.148-151

³²⁴ En ce sens : Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 21 sept. 1994

³²⁵ Voir en ce sens, Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, voir de même Cour EDH, *Gündüz c. Turquie*, 04 déc. 2003

³²⁶ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.

³²⁷ La Professeure de Bellescize explique l'éclatement de la société explique la propension contemporaine à multiplier les délits d'opinions. « *La protection des minorités et des intérêts communautaires* » ainsi que la tendance du législateur à la « *normalisation des comportements* » expliquent les tentations de restrictions à la liberté d'expression. **D. DE BELLESCIZE**, « *Délits d'opinion et liberté d'expression* », D. 2006, p.1476-1477

³²⁸ Cour EDH, *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 fév. 1998, §42

³²⁹ **P. MUZNY**, « *Approches théoriques du pluralisme* », pp.14 et s., p.21, dans, **M. LEVINET** (sous la direction de), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruylant, 2010

réception d'un message artistique lorsqu'il va dans le sens de la majorité bienséante³³⁰ ou de souscrire à sa restriction quand les seuls opposants se manifestent.

496. Dans l'arrêt *Müller*, les juges avaient admis la censure d'œuvres de nature à heurter « *la décence sexuelle de personnes douées de sensibilité normale* »³³¹. À supposer qu'il existe encore une sensibilité normale définissable –ce qui est fort contestable³³²– la restriction morale qui en résulte est-elle justifiable ? Une réponse positive paraît dangereuse. Une œuvre, malgré son caractère moralement contestable, peut couvrir un intérêt pour certains, commandant sa libre circulation³³³. La référence au critère de normalité tend à nier la diversité. Et de la différence à l'anormalité il n'y a qu'un pas. L'analyse de l'intérêt de la réception doit passer par une mise en exergue du pluralisme de sensibilités et non par une conception subjective de la normalité dans la société ; c'est le rôle de la société démocratique que de garantir le pluralisme des idées, des opinions, voire des comportements.

497. La CJUE, dans un arrêt du 13 décembre 2007, est allée dans ce sens dans le cadre de la protection du caractère pluraliste de l'offre télévisuelle. Elle a souligné le besoin de privilégier les mesures qui s'insèrent « *dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder, dans le secteur de l'audiovisuel, la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, linguistiques, religieuses et philosophiques* »³³⁴. La CJUE met ainsi en avant la nécessité de concevoir le droit de recevoir à la lumière du pluralisme des sensibilités³³⁵. Le maintien du pluralisme étant « *lié au droit fondamental à la liberté d'expression* »³³⁶,

³³⁰ On peut, ici, prendre l'exemple de la chanson *Fils de France* de Damien Saez, qui incitait la jeunesse à aller voter à l'aube du deuxième tour des élections présidentielles de 2002 où le choix se portait entre Jacques Chirac et Jean-Marie Le Pen. Cette chanson, encensée en son temps pour son rôle citoyen, avait pour vocation d'appeler au vote contre les « *20% pour l'horreur, 20% pour la peur* » représentant évidemment « *l'ennemi* »³³⁰ Jean-Marie Le Pen. Cette chanson n'a subi aucune restriction et a même été diffusée sur différentes radios. Une telle chanson était susceptible d'aller à l'encontre des opinions d'environ 20% des votants en France. Une même chanson, si elle avait touché un autre candidat – on peut penser à Nicolas Sarkozy ou Ségolène Royal lors de l'élection de 2007- qui ne possède pas l'image de Jean Marie Le Pen, aurait elle participé au débat public ? L'opinion, serait plus largement choquée par cette immixtion artistique. Les juges, en cas d'action auraient alors pu restreindre toute diffusion de cette propagande électorale parallèle. Pourtant, la logique voudrait que les artistes s'immisçant dans le débat politique de la sorte, puissent le faire à l'égard de l'ensemble des candidats.

³³¹ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc., §36

³³² Il suffit de regarder la jurisprudence de la Cour EDH pour voir les différences d'orientations et de pratiques sexuelles admises pour s'en convaincre. Voir en ce sens, Cour EDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, Cour EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 fév. 1997 ; Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005

³³³ Dans le cas contraire, la publication des faits de l'arrêt *K.A. et A.D.* ne deviendrait elle pas condamnable ? Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc.

³³⁴ CJCE, *United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), Wolu TV ASBL C. Etat Belge*, 13 déc. 2007, C-250/06, §42

³³⁵ Ce besoin a été rappelé dans l'arrêt du TPI CE, *TV2 Danmark A/S c. Commission*, 22 oct. 2008, T317/04

³³⁶ *Ibid.*, §44

l'analyse du message impose donc la recherche d'un équilibre entre les opposants aux messages et ceux qui ont un intérêt à le recevoir.

498. L'arrêt de la Cour EDH *Akdas*³³⁷ s'inscrit dans cette alliance de l'intérêt de la réception et du respect du pluralisme des sensibilités. En l'espèce, le Gouvernement turque s'est fondé sur la protection de la morale pour interdire la publication de la traduction du livre *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire³³⁸. La Cour EDH, rappelant l'impossibilité de trouver une notion uniforme de la morale en raison de sa variation dans le temps, a affirmé « *le caractère relatif des conceptions morales dans l'espace juridique européen* »³³⁹. Elle a ensuite estimé que « *la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen* »³⁴⁰. On pourrait penser que la constatation de la violation de l'article 10 revient à l'idée d'un consensus européen sur la publication du livre. Ainsi, la publication licite de l'œuvre aurait été subordonnée à son acceptation par la morale dominante donc, par la majorité de la population. Or, la solution posée par la Cour semble aller plus loin. Elle rompt avec l'idée de morale dominante. Elle minimise son impact pour offrir une nouvelle interprétation de la liberté de réception du message artistique. En effet, elle fait primer l'intérêt de la réception sur son opposition née de la protection de la morale. En l'espèce, les juges ont analysé la conception morale invoquée par le Gouvernement à la lumière des autres conceptions de l'espace juridique européen. Si la diversité des conceptions morales peut exister dans un même pays³⁴¹, elle s'affirme avec plus de force dans l'espace européen. Alors, sans affirmer explicitement que la protection de la morale est une restriction qui appelle « *une interprétation étroite* »³⁴², la Cour EDH a réduit la marge nationale des États en la matière. En effet, même si la Cour reconnaît l'existence de spécificités nationales, elle a privilégié la diversité des conceptions morales sur leurs « *singularité[s]* »³⁴³ pour juger du droit à la réception. Ainsi, les juges européens ont mis à l'honneur la garantie du pluralisme des idées et des opinions en matière artistique en garantissant le droit à la réception.

³³⁷ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

³³⁸ Selon les autorités, cette œuvre comportait « *des scènes de rapports sexuels crues, avec diverses pratiques telles que le sadomasochisme, le vampirisme, la pédophilie* » *Ibid.* §6

³³⁹ *Ibid.* §29

³⁴⁰ *Ibid.* §30

³⁴¹ *Ibid.* §27

³⁴² Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979

³⁴³ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, préc., §30

499. Si le droit de recevoir a primé en l'espèce, c'était aussi en raison de l'intérêt que certains pouvaient porter au message artistique. La Cour EDH a relevé plusieurs éléments démontrant l'intérêt que pouvait susciter l'œuvre et son accueil favorable par le public. Un premier élément résidait dans la large diffusion du message artistique dans l'espace européen. L'œuvre avait en effet été publiée, tant sur papier que sur internet, dans différents pays et dans plusieurs langues³⁴⁴. Un autre élément tenait à une consécration objective de l'intérêt que l'œuvre portait en elle. La Cour a relevé que le roman était entré dans la Pléiade en 1993, collection majeure de la littérature française, censée réunir « *des éditions de référence des plus grandes œuvres du patrimoine littéraire et philosophique français et étranger* »³⁴⁵. La Cour a ainsi qualifié cette œuvre comme « *figurant dans le patrimoine littéraire européen* »³⁴⁶. Le livre litigieux était alors de nature à intéresser le public dans l'ensemble de l'espace européen. La Cour tire donc toutes les conséquences du respect du pluralisme des sensibilités. Elle semble considérer que, dans un même pays, les conceptions morales sont inévitablement différentes. En effet, des individus qui n'avaient pas accès à l'œuvre dans leur langue pourraient avoir une conception de la morale similaire à d'autres, qui eux y ont accès, ou tout du moins qui ne l'empêcherait pas. Ainsi, la Cour a estimé que la protection d'une des conceptions morale existante dans l'espace européen ne pouvait restreindre « *l'accès du public d'une langue donnée* »³⁴⁷ à l'œuvre. Partant, si la Cour ne fait pas voler en éclat la notion de morale, elle s'inscrit dans l'idée que l'éclatement de la société impose que les exigences liées à la protection de la morale soient amoindries au profit de la garantie d'un libre échange sur la diversité de ses conceptions.

500. Cette nouvelle conception de l'intérêt de la réception du message artistique affirme le caractère spécifique de sa fonction dans la société et le protège. Cette rénovation, entreprise dans l'arrêt *Akdas*³⁴⁸, se rapproche de l'exceptionnalisme américain sur la protection de la liberté d'expression. Aux États-Unis, la théorie du « *marché des idées* »³⁴⁹ laisse une large place au pluralisme. Comme le résume le juge Hand, « *les bonnes conclusions sont plus susceptibles d'être récoltées à partir d'une multitude de langues (tongues) que par une quelconque sorte de*

³⁴⁴ *Ibid.* §29

³⁴⁵ www.gallimard.com

³⁴⁶ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, préc., §30

³⁴⁷ *Ibid.* §30

³⁴⁸ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

³⁴⁹ Voir : T. HOCHMANN, « *L'exceptionnelle protection de la liberté d'expression aux États-Unis* », dans, *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, sous la direction de L. HENNEBEL, A. VAN WAEYENBERGE, Dalloz, 2009, pp.149 et s., p.153

sélection autoritaire »³⁵⁰. Ainsi, le respect du pluralisme des sensibilités s'effectue prioritairement en laissant les différentes sensibilités recevoir des messages susceptibles de les intéresser et avoir connaissance de ceux intéressant autrui. Cette consécration de l'autonomie de l'intérêt de recevoir un message artistique n'est pas sans rappeler la conception de la liberté d'expression selon Milton. Il estimait que « *le bien et le mal grandissent de concert et qu'ils ont de telles ressemblances qu'à écarter l'un, l'on retirerait aussi à l'homme la possibilité de connaître l'autre* ». Ainsi, il « *est nécessaire de se confronter au vice pour se former à la vertu* »³⁵¹. L'artiste doit donc pouvoir travestir, parodier et commenter le monde pour servir l'objectif qu'il vise³⁵², que ce soit informer, faire réfléchir ou faire réagir le public. La réaction peut aller jusqu'au rejet de l'œuvre, d'une opinion exprimée ou d'un acte qui y est exposé par une part du public. La réprobation sociale et morale d'un message artistique est alors plus profitable au pluralisme que sa censure, car de l'opposition naît le débat. Comme a pu le souligner Nicolas Jones-Gorlin, auteur du livre *Rose Bonbon*, l'artiste vient « *donner forme, par le recours explicite à la fiction, à son univers imaginaire* »³⁵³ pour « *explorer des thèmes douloureux pour mieux informer et sensibiliser les consciences* »³⁵⁴. Cette capacité de l'art à aborder les thèmes douloureux ou à montrer les hommes et leurs opinions dans les formes les plus déplaisantes³⁵⁵ ne doit pas faire l'objet d'une censure lorsqu'elle agit comme un « *refus d'expliquer* »³⁵⁶. Ainsi, la réception de messages artistiques, même dans certaines formes les plus déplaisantes, favorisent les débats et discussions de la société démocratique. L'interprétation dynamique que commande la position de l'art en société doit « *laisser à l'homme se forger ses propres opinions* » et c'est « *pour cette raison [qu']il ne faut en écarter aucune* »³⁵⁷.

Le respect du pluralisme des sensibilités tend à ne plus condamner les œuvres en raison de l'opposition qui en résulte, mais de rechercher positivement l'intérêt qu'elles suscitent. La mise en avant de l'intérêt de la réception oblige à relativiser le droit de ne pas recevoir un message artistique.

³⁵⁰ Expression du juge Hand dans l'arrêt *United States v. Associated Press*, 52F Supp. 362 (1943), p.372, dans **T. HOCHMANN**, « *L'exceptionnelle protection de la liberté d'expression aux États-Unis* », préc. p.155

³⁵¹ La pensée de J.Milton issue d'*Areopagitica* a été rappelé notamment dans : **S. BENALCAZAR**, « *La liberté d'expression, la démocratie et la CEDH* », Droit de la famille, sept.2006, pp.7 et s.

³⁵² Voir en ce sens Cour EDH, *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 fév. 1998, §45

³⁵³ **M.-F. DELHOSTE**, « *Liberté d'expression et moralité publique : la pérennité d'un discours* », RDP, n°3, 2003, p.879 et s., p.892 propos repris de N. Jones-Gorlin

³⁵⁴ **M.-F. DELHOSTE**, « *Liberté d'expression et moralité publique : la pérennité d'un discours* », préc., p.892

³⁵⁵ **J.J. AILLAGON** a affirmé que « *l'art et la culture sont là pour explorer sans mièvrerie, sans lâcheté et sans complaisance les méandres de l'âme humaine et les ressorts de la société* », *Ibid.*, p.894

³⁵⁶ **M.-F. DELHOSTE**, « *Liberté d'expression et moralité publique : la pérennité d'un discours* », préc. p.892, propos repris de N. JONES-GORLIN

³⁵⁷ **S. BENALCAZAR**, « *La liberté d'expression, la démocratie et la CEDH* », préc., p.7

§2. La relativisation du droit de ne pas recevoir

501. La liberté de recevoir un message artistique impose souvent le choix manichéen entre libre circulation et censure du message. Or, tant que le message n'est pas en lui-même condamnable, le pluralisme impose sa libre diffusion. La relativisation du droit de ne pas recevoir est nécessaire pour conserver le droit à la réception comme principe. Ainsi, c'est dans la recherche d'équilibre entre les intérêts divergents que la relativisation doit s'opérer. Cette confrontation des intérêts découle de deux conflits connexes qui naissent soit des conditions de diffusion, soit du contenu du message. Elle porte donc sur les territoires d'expression (I) et sur les idées véhiculées par le message (II).

I. Une guerre de territoires

502. La socialisation de la liberté d'expression artistique renvoie à l'idée que les récepteurs volontaires ne sont pas toujours les seuls à être confrontés au message. Les tiers peuvent subir les effets de la communication au public. Ainsi, les territoires d'expression utilisés, pour toucher une part du public, peuvent être la cause d'un préjudice pour les tiers. Ces derniers, en réaction, chercheront à faire respecter leur volonté d'échapper au message. Les tiers sont alors enclins à restreindre la réception par autrui en remettant en cause l'utilisation du territoire d'expression. Il est alors nécessaire d'étudier la confrontation des intérêts quant à l'utilisation des territoires d'expression (A), pour l'adapter au domaine artistique (B).

A/ La confrontation des intérêts sur l'utilisation des territoires d'expression

503. La question de l'opposition inhérente à l'utilisation des territoires d'expression en société relève de l'article 10 de la CEDH³⁵⁸. Néanmoins, lorsqu'il est fait appel au droit de ne pas recevoir un message artistique, il est tout aussi judicieux de faire écho aux développements relatifs à la plus collective des libertés, à savoir la liberté de réunion³⁵⁹ protégée à l'article 11 de

³⁵⁸ Toutefois, la majeure partie des cas relève de l'opposition entre la volonté d'expression de l'artiste et la volonté de restriction d'une part des individus en raison de la seule existence du message.

³⁵⁹ La liberté de réunion pacifique est particulièrement importante en ce qu'elle permet la participation et le rassemblement des individus notamment en vue d'un échange collectif des idées et opinions. Elle vaut tant pour les

la CEDH³⁶⁰. En effet, la jurisprudence qui y est relative a mis en opposition, d'une part les individus souhaitant participer à la réunion ou manifestation, et ceux qui s'y opposent afin de ne pas en subir les effets. Elle présente ainsi une forte analogie avec le droit de ne pas recevoir un message artistique projeté dans la dimension collective de la liberté artistique.

504. Depuis l'arrêt *Plattform*³⁶¹, il est de principe que la liberté de réunion pacifique « *ne s'accommode pas d'un simple devoir de non-ingérence de l'Etat* »³⁶². Le droit à la liberté de réunion trouve aussi une protection dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 12 de la Charte, fidèle à l'esprit de la CEDH, reprend pour critère le caractère pacifique de la réunion. L'importance cruciale de la liberté de réunion impose alors la protection des manifestations licites même lorsqu'elles peuvent « *heurter ou mécontenter des éléments hostiles* ». L'État est donc susceptible de prendre des mesures positives pour faire respecter la liberté de réunion, « *au besoin jusque dans les relations interindividuelles* ». Le non participant lésé est alors astreint à faire œuvre de tolérance à l'égard de la manifestation. Plus encore, il serait dans la position d'opposant que « *le droit de contre manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester* »³⁶³. Alors, bien que l'individu ne soit pas dénué de toute capacité d'action dans son rôle d'opposant, ses agissements ne sauraient faire obstacle au droit pour autrui de se réunir pacifiquement. Ces principes, qui posent les fondements de l'équilibre social de cette liberté collective, font une place de choix au principe de la libre réunion par la relativisation des atteintes subies par les tiers.

505. Si ces principes sont ici posés, c'est qu'ils vont servir de modèles pour appréhender la socialisation du droit à la liberté de recevoir un message artistique. Ces principes œuvrent pour le même but, à savoir la garantie du libre échange des idées et opinions sur la place publique. En effet, la Cour a affirmé que « *malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, l'article 11 doit (...) s'envisager aussi à la lumière de l'article 10. La protection des opinions personnelles, assurée par l'article 10, compte parmi les objectifs de la liberté de réunion* »³⁶⁴. La Cour, en montrant sa faveur pour les principes du paragraphe premier de

réunions privées que les réunions sur la voie publique. Voir en ce sens, Cour EDH, *Ezelin c. France*, 26 avril 1991, §37

³⁶⁰ Voir aussi l'article 21 du PIDCP, l'article 15 du PIDES qui reconnaissent à chacun le droit à la libre réunion ainsi que le droit à chacun de participer à la vie culturelle

³⁶¹ Cour EDH, *Plattform « ärzte für das leben » c. Autriche*, 21 juin 1988

³⁶² *Ibid.*, §32

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Voir Cour EDH, *Ezelin c. France*, préc., §37 ; Cour EDH, *Barraco c. France*, 5 mars 2009

l'article 10, fait de l'espace public un terrain d'expression. En outre, la Cour a mis en balance les restrictions à la liberté de réunion avec les impératifs « *d'une libre expression par la parole, le geste ou même le silence, des opinions de personnes réunies dans la rue ou en d'autres lieux publics* »³⁶⁵, voire privés³⁶⁶. Cette conception extensive des agissements relatifs à la réunion pacifique³⁶⁷ englobe de nombreuses activités artistiques lorsqu'elles deviennent un événement social réunissant les individus autour de l'œuvre pour sa contemplation³⁶⁸.

506. La mise en perspective de l'individu en société limite le droit de ne pas recevoir. En effet, la place qu'occupe l'individu en société est par essence source de relativisation de sa liberté de choix. Il peut alors subir les désagréments de l'utilisation par autrui des territoires d'expression. Ainsi, l'allégation d'une atteinte au droit de ne pas recevoir doit se confronter au droit d'utiliser le territoire d'expression, protégé par l'intérêt qu'il représente pour la société démocratique. La communication publique du message artistique, aboutissant à la scission du public potentiel entre les individus désireux de recevoir le message et leurs opposants, conduit à une dichotomie similaire aux conflits nés de la liberté de réunion. Cette confrontation d'intérêts met en évidence le besoin de sauvegarder la fonction essentielle de lieu d'échange de la place publique. Les multiples facettes de l'art font que certains modes d'expression le laisse trôner sur la place publique. Ainsi, cette guerre de territoires qui sévit en matière artistique nécessite une analyse à l'aune de ces principes.

B/ L'utilisation des territoires d'expression à des fins artistiques

507. Certains outils de communication sont nécessairement conçus comme des territoires d'expression. Leur développement grandissant et leur accessibilité en font des parties intégrante de la place publique. Bien que virtuellement, l'individu s'y déplace et se confronte à des idées et

³⁶⁵ Cour EDH, *Ezelin c. France*, préc., §52

³⁶⁶ En ce sens, **J. ANDRIANTSIMBAZOVINA**, « *La liberté d'organiser une réunion pacifique* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., p.649

³⁶⁷ Le « *sit in* » est considéré comme une réunion pacifique.

³⁶⁸ La réunion implique que les individus se retrouvent pour former un groupe, qualifiable ici de public. Ainsi, lorsque l'œuvre est représentée ou exposée à un ensemble d'individus rassemblés pour l'occasion de la communication, il y a réunion pacifique. Le théâtre, le cinéma, les expositions publiques, les concerts sont notamment concernés. Les performances et les activités artistiques ayant lieu sur la voie publique (théâtre de rue et autres) relèvent aussi de cette hypothèse. L'affichage public d'œuvres pourrait aussi être intégré car il s'expose en société à la vue d'un ensemble indéterminé d'individus qualifiable de public (Cependant, on peut opposer l'absence de volonté de réunion de la part des individus composant le public). En effet, la liberté de réunion pacifique la manifestation n'a pas l'obligation de faire l'objet d'une déclaration préalable formelle pour profiter d'une protection. En ce sens, Cour EDH, *Barraco c. France*, préc. ; Cour EDH, *Cissé c. France*, 9 avril 2002, §50

des messages de toutes sortes. Selon la Directive du 10 mars 2010 de l'Union européenne, les services de médias audiovisuels doivent garantir un accès au « *grand public* » dans le but de l'informer, le divertir ou l'éduquer, voire, rechercher à s'adresser à « *un public international* »³⁶⁹. L'Union européenne, consciente de l'influence qu'exercent ces médias sur la manière dont le public se forme une opinion, souligne à plusieurs reprises l'importance de la sauvegarde de la diversité culturelle et du pluralisme des médias. Promouvoir le pluralisme aux endroits où se croisent les sensibilités diverses crée inévitablement la confrontation des points de vues. Les outils de communications sont *de facto* des territoires d'expression ; ils offrent notamment le droit au public de se divertir et de s'éduquer. Ils laissent ainsi une place à l'artiste. D'autres terrains, telle que la rue, ne sont pas prédestinés à la communication. La question de leur utilisation par l'artiste se pose.

508. La légitimité de l'utilisation d'un territoire d'expression dépend principalement du conflit existant entre la part des individus désireux de participer à l'échange et leurs opposants. À l'exception de la protection du droit au respect de la vie privée, l'invocation du droit individuel de ne pas recevoir semble *a priori* peu efficace. Toutefois, lorsque l'utilisation du territoire d'expression risque d'attenter à la tranquillité publique, le libre échange trouve sa limite. La Directive européenne 2010/13/UE le confirme. Elle prévoit explicitement des limites à la liberté de réception, dans l'article 3, au nom de l'ordre public et de la sécurité publique³⁷⁰. Les circonstances de l'utilisation du territoire doivent alors garantir le caractère pacifique de l'échange³⁷¹. Partant, le raisonnement de la Cour EDH relatif à la libre réunion est à étendre au pan social de la liberté artistique, non sans aménagements.

509. L'affaire de la Cour EDH, *Ulusoy*³⁷², a apporté plusieurs précisions. Cette affaire relative à la représentation d'une pièce de théâtre a mis en avant un premier particularisme. Nonobstant la spécificité de la représentation théâtrale assimilable à une réunion pacifique³⁷³, la Cour a affirmé que celle-ci « *doit être examinée à la lumière de la liberté artistique* »³⁷⁴ fondée sur l'article 10 de la CEDH. Auparavant, la Cour EDH n'avait pas évacué l'hypothèse d'un

³⁶⁹ Directive 2010/13/UE, Services de médias audiovisuels, 10 mars 2010, (75) et article 1

³⁷⁰ *Ibid.*, article 3

³⁷¹ La liberté de réunion a pour critère le caractère pacifique de la manifestation pour être licite.

³⁷² Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007

³⁷³ La représentation théâtrale pourrait être une réunion pacifique. En effet, il implique le rassemblement des individus composant le public avec les artistes. Dès lors, l'échange des idées est effectué collectivement par le rassemblement des personnes physiques. Les artistes utilisent, ainsi « le geste et la parole » tandis que le public attentif use le silence pour que l'échange ait lieu. Voir en ce sens, Cour EDH, *Ezelin c. France*, préc.

³⁷⁴ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., §42

recours à l'article 11 lorsqu'elle affirmait que « *dans le contexte de l'article 11, (...) le pluralisme repose (...) sur la reconnaissance et le respect véritable de la diversité et de la dynamique (...) des idées et concepts artistiques* »³⁷⁵. Néanmoins, les juges ont érigé, dans l'affaire *Ulusoy*, l'article 10 en *lex specialis* du domaine artistique. Cette affirmation se comprend en raison de la spécificité de l'échange artistique. Le rapport entre l'artiste et le public est constitué d'un acte d'expression dans un sens et la contemplation dans l'autre. La place de choix laissée à l'artiste fait que cette réunion d'individus³⁷⁶ s'inscrit dans l'exercice des libertés de recevoir et de communiquer des idées et informations de l'article 10. Néanmoins, cette mise sous l'égide de l'article 10 n'empêche aucunement l'appréhension de la liberté artistique sous sa dimension collective en fonction des développements nés de l'article 11, car ils garantissent un objectif commun.

510. Quant à l'analyse de la restriction, la Cour confronte les effets de la communication de l'œuvre sur le corps social. Elle a relevé, dans l'arrêt *Ulusoy*, que la tenue de la représentation théâtrale n'était pas de nature à troubler l'ordre public³⁷⁷. Les juges, par une référence explicite à l'arrêt *Stankov* relatif à la liberté de réunion, ont exclu la validité de la restriction à la liberté artistique en raison de l'absence d'un « *impact potentiel néfaste* »³⁷⁸ de la représentation. À l'instar de la réunion pacifique, les juges doivent conditionner l'utilisation du territoire d'expression au caractère pacifique de la représentation et de ses conséquences, en dehors de toute référence au contenu. Ainsi, l'utilisation des territoires d'expression ne saurait être interdite que lorsque les autorités publiques ne sont pas en mesure d'assurer le maintien de l'ordre public face aux effets néfastes de l'exercice de la liberté artistique. Une atteinte née de l'utilisation du territoire devient la source d'une restriction seulement lorsque son impact atteint un « *seuil minimum de gravité* »³⁷⁹ pour l'individu ou crée un risque suffisamment établi pour la collectivité.

³⁷⁵ Cour EDH, *Gorzelik c. Pologne*, 17 fév. 2004

³⁷⁶ La jurisprudence de la Cour EDH affirme que l'article 10 protège ceux qui « *créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art* ». Ainsi, le vocable large utilisé, tendant regroupé l'ensemble des modes de diffusion de l'art est de nature à regrouper l'ensemble des communications artistiques sous l'angle de l'article 10. La Cour a pu estimer que « *l'interdiction opposée à une troupe de théâtre de jouer une pièce constitue une ingérence dans la liberté d'expression des membres de cette troupe* ». Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., §29 et §42 ; Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988

³⁷⁷ CEDH, *Ulusoy c. Turquie*, Op.cit., §49

³⁷⁸ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., §53 citant l'arrêt Cour EDH, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, 2 oct. 2001, §100

³⁷⁹ Cour EDH, *Young James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981

511. L'évolution de la liberté artistique fait de la place publique un territoire de réception. Toutefois, l'intrusion de l'art en société ne saurait s'analyser sans prise en considération du contenu des messages. En effet, une œuvre esthétiquement accueillie et non sujette à la polémique ne voit pas sa place dans la société remise en cause. Or, la volonté des individus de faire respecter leur droit à la non réception s'affirme avec plus de force lorsque le contenu est l'objet de la critique.

II. Une guerre d'idées

512. L'article 10 de la CEDH fait de la libre circulation des idées le principe. La liberté artistique ne dérogerait pas à la règle, et ce malgré les idées que les messages peuvent contenir. Toutefois, ce principe ne saurait justifier l'absence de protection des tiers hostiles au contenu du message. Ainsi, l'affrontement entre les individus désireux de recevoir un message et leurs opposants doit tourner, par principe, en faveur du droit de recevoir (A). Cependant, la recherche d'un équilibre ordonne une résurgence du droit de ne pas recevoir dans la dimension collective. (B)

A/ Une primauté du droit de recevoir un message artistique

513. L'exercice de la liberté artistique a pour vocation « *l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte* »³⁸⁰. Le caractère public de la communication implique « *qu'un État (puisse) légitimement estimer nécessaire de prendre des mesures visant à réprimer la communication d'informations et idées incompatibles avec* »³⁸¹ le reste de la Convention EDH. Une analyse classique de la restriction se fait donc sur le terrain des droits d'autrui pour protéger les individus qui n'ont pas fait le choix de la réception et qui, pourtant, en subissent les conséquences. La protection des droits d'autrui intervient plus largement sur les « *domaines susceptibles d'offenser les convictions personnelles intimes* »³⁸². Notons que si la Cour EDH, dans l'arrêt *Akdas*³⁸³, a procédé à l'érosion des exigences liées à la

³⁸⁰ Voir notamment, Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc., §27

³⁸¹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, §47

³⁸² Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003, §62

³⁸³ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

protection de la morale, elle ne remet pas en cause la légitimité du but poursuivi³⁸⁴ et accorde toujours « *une certaine marge d'appréciation aux États en la matière* »³⁸⁵. Si la Charte des droits fondamentaux ne prévoit explicitement aucune restriction à la liberté d'expression, l'Union européenne offre une conception des restrictions analogues à la Cour EDH. La Directive du 10 mars 2010 relative aux services de médias audiovisuels prévoit comme limite à la liberté de réception « *notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine* »³⁸⁶. Elle offre ainsi une liste non exhaustive des atteintes aux droits d'autrui.

514. La Cour EDH a gradué la nécessité de prévenir des conséquences néfastes du message artistique. La lecture de la jurisprudence laisse apparaître des critères d'évaluation des conditions de diffusion du message. Ainsi, l'expression doit être « *suffisamment « publique »* »³⁸⁷ pour qu'elle puisse atteindre autrui. À l'inverse, l'utilisation du moyen qui n'offre pas une « *communication de masse* » du message est une « *limite notable à [son] impact potentiel* »³⁸⁸. Une distinction est alors à faire entre l'impact indirect d'une œuvre sur les tiers en fonction de son accessibilité et l'impact direct né de sa réception forcée. L'impact indirect d'une œuvre né de la seule connaissance de l'existence du message par les tiers ne saurait conduire à la mise en jeu du droit de ne pas recevoir. Seule la confrontation directe avec l'œuvre, constituant « *un acte d'intrusion* », « *hors de toute manifestation de volonté* »³⁸⁹ relève du droit de ne pas recevoir. Ainsi, l'analyse est à porter sur les seuls effets nés de la réception afin de ne pas limiter indument la liberté de réception.

515. La divergence des positions qui crée le conflit naît avant tout de la perception et de l'interprétation du message litigieux. La jurisprudence interne, notamment dans une affaire relative à l'affiche d'un film communiqué publiquement³⁹⁰, l'a mis en lumière. Les juges ont dégagé deux interprétations distinctes du message en cause propres à chaque intérêt en présence. Ils ont fait une « *lecture ouverte* » de l'affiche, l'inscrivant dans le débat d'intérêt général, ainsi

³⁸⁴ *Ibid.*, §24

³⁸⁵ *Ibid.*, §29

³⁸⁶ Directive 2010/13/UE, Services de médias audiovisuels, 10 mars 2010, article 3

³⁸⁷ Cor EDH, *Murphy c. Irlande*, préc., §54

³⁸⁸ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §52

³⁸⁹ TGI Paris, réf., 10 mars 2005, *Association Croyances et Libertés c. Sté M.-F. Girbaud et a.*, P. MALAURIE, « Une affiche publicitaire parodiant un des fondement du christianisme ne constitue pas une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », JCP G, 2007, II, 10041. Voir aussi : TGI Paris, réf., 23 oct. 1984, *Ave Maria* : Gaz. Pal. 1984, 2, p. 727, confirmé par CA Paris, 26 oct. 1984, *ibid.*, 1984, 2, p. 728

³⁹⁰ TGI Paris, réf., 21 févr. 2002, *Assoc. Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) c/ Sté Renn Production et a.*

qu'une « *lecture fermée* »³⁹¹ où la perception constituait une atteinte pour « *toute une population* »³⁹². Ces deux lectures étaient envisageables pour les récepteurs car elles constituent le reflet du pluralisme des sensibilités. Ce n'est alors que par une analyse contextuelle³⁹³, quoique quelque peu surabondante, que le juge a fait primer l'intérêt de la réception en raison du débat suscité sur la restriction née de l'atteinte. La solution retenue par les juges a donc laissé primer le droit de recevoir. Elle laisse ainsi « *l'œuvre (...) libre et entière, autonome, face à la libre critique, laquelle peut être débattue, et n'est jamais sans appel* »³⁹⁴. En effet, la lecture fermée, même si elle pouvait « *scandaliser les sentiments religieux de toute une population* »³⁹⁵, ne saurait priver autrui du droit de recevoir le message artistique.

Agnès Tricoire³⁹⁶ a critiqué le raisonnement des juges. Selon l'auteure, ils auraient jugé de la légitimité de l'affiche en fonction de leur propre perception subjective. En effet, les juges, plutôt que d'admettre l'existence des deux interprétations dégagées, auraient estimé que la seule lecture ouverte était admissible. Cette critique est d'autant plus logique que les juges se servent du pluralisme des sensibilités pour le nier. Alors, si les juges venaient à prendre parti pour la lecture fermée, elle aboutirait à une restriction de la communication de l'œuvre³⁹⁷, comme l'aurait souhaité le Professeur Malaurie³⁹⁸. Ce dernier, favorable à une lecture fermée de l'affiche, a exposé son mépris pour cette technique d'interprétation. La prise de parti de l'auteur, dès l'interprétation du sens du message, implique sa restriction quitte à créer un raccourci dangereux entre pratiques artistiques et antisémitisme. Partant, la diversité des opinions nées de la perception de l'affiche démontre les dangers de la simple prise de parti sur le sens de l'œuvre. Une interprétation du message peut difficilement être privilégiée à d'autres ; cette technique risquerait de verser dans la subjectivité perpétuelle. Le pluralisme des idées et des opinions doit laisser coexister les différentes interprétations au profit du débat qu'elles suscitent.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ L'analyse de l'affiche a notamment été effectuée en fonction du film qu'elle annonçait.

³⁹⁴ **A. TRICOIRE**, « *Interprétation du sens de l'affiche d'un film par le juge* », LP n°192, juin 2002, III, p.105-108, p.106

³⁹⁵ TGI Paris, réf., 21 févr. 2002, *Assoc. Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) c/ Sté Renn Production et a.*

³⁹⁶ **A. TRICOIRE**, « *Interprétation du sens de l'affiche d'un film par le juge* », LP n°192, juin 2002, III, p.105-108, p.106

³⁹⁷ Le Cour avait énoncé, dans l'affaire *Zana*, que lorsque des « *propos pourraient se prêter à plusieurs interprétations* » ou présenteraient une ambiguïté, il faut prendre en compte « *les circonstances de l'espèce* ». Dès lors, l'appréciation plus ou moins ouverte peut faire l'objet de modulation. Cour EDH, *Zana c. Turquie*, 25 nov. 1997

³⁹⁸ **P. MALAURIE**, « *L'affiche du film " Amen " représentant une " croix catholique prolongée d'une croix gammée " n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite* », JCP G., 2003, pp.728-730

516. Les notions de pluralisme et d'intérêt à la réception ressurgissent donc sur l'analyse du message en vue d'étendre sa liberté de circulation. Dans l'arrêt de la Cour EDH, *Tourkiki Enosi Xhanti*, les juges ont affirmé qu'aussi « *choquants et inacceptables que peuvent sembler certains points de vue ou termes utilisés (...); leur diffusion ne saurait automatiquement s'analyser en une menace pour l'ordre public (...). En effet, l'essence de la démocratie tient à sa capacité à résoudre des problèmes par un débat ouvert* »³⁹⁹. La Cour a estimé que l'ouverture sur le débat suscité par le message peut résoudre le conflit de façon plus démocratique que l'appel à la censure. La faveur pour le droit de recevoir se justifie avant tout par la capacité d'autorégulation⁴⁰⁰ d'une société plurielle. Ainsi, ce n'est pas seulement l'œuvre, mais ses différentes interprétations et le « *débat public* » qu'elles suscitent, qui est « *capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain* »⁴⁰¹.

517. Cette conception du pluralisme des sensibilités érige au plus haut point la libre communication des messages artistiques dans sa dimension collective. Cette liberté est imprégnée de l'intérêt général que revêt l'échange des idées de toutes sortes dans une société démocratique. Cependant, tout message artistique ne participe pas au débat. Affirmer le contraire revient à dévoyer le rôle de l'artiste au risque de lui imposer des devoirs qu'il n'a pas. Que le message suscite le débat ou non, les tiers hostiles au message doivent conserver leur rôle d'opposants.

B/ Une résurgence du droit de ne pas recevoir

518. Le débat public ou la réprobation sociale du message ne peuvent pas toujours suffire à réguler et le droit à la réception et son pendant négatif. La primauté de l'échange artistique ne doit pas aboutir à la négation du droit de ne pas recevoir mais à son aménagement. Elle imposerait la garantie du droit de s'opposer au message (1) ou, à défaut, la mise en balance inévitable des intérêts divergents (2).

³⁹⁹ Cour EDH, *Tourkiki Enosi Xhantis et autres c. Grèce*, 27 mars 2008, §56

⁴⁰⁰ Cette capacité d'autorégulation a été soulignée par le Professeur Sudre lorsqu'il évoque « *le principe de la démocratie apte à se défendre* » qui trouve à s'appliquer notamment en vue de protéger le pluralisme (Termes repris de l'arrêt Cour EDH, *Vogt c. Allemagne*, 26 sept. 1995, §59). **F. SUDRE**, « *Principe du pluralisme et Diversité selon la Cour européenne des droits de l'homme* », Actes du troisième colloque international des droits de l'homme, Diversité culturelle et droits de l'homme, Athènes, 2007, *Annuaire international des droits de l'homme*, III, 2008, Bruylant pp.287 et s.

⁴⁰¹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, §49

1) Le droit de s'opposer au message

519. La primauté du droit de recevoir un message artistique n'a pas pour objectif de nier le rôle de l'opposition. Si l'opposant est soumis à un devoir de tolérance, il doit avoir les moyens de faire reconnaître son état d'opposant et d'agir en tant que tel. Selon l'arrêt de la Cour EDH, *Plattform*⁴⁰², relatif à la liberté de manifestation, la communication publique d'une idée implique le droit pour les opposants de la combattre pacifiquement. Ce droit ne va pas, en principe, jusqu'à annihiler le droit à la réception d'autrui. En effet, la Cour a précisé qu'une expression « *risquant d'offenser les personnes opposées aux idées qu'elle entend défendre et exprimer* »⁴⁰³ ne saurait être interdite même en cas de « *risques* » de contre-expressions « *violentes* »⁴⁰⁴. Les opposants, porteurs d'une contre-expression, peuvent alors s'immiscer dans le débat et réagir sur le message. L'État devient régulateur du conflit. En effet, la preuve que le message risque de choquer ne peut suffire à ce que les autorités soient exonérées de « *satisfaire à l'obligation positive consistant à en assurer la libre* »⁴⁰⁵ communication⁴⁰⁶. La dimension collective de la liberté artistique commande donc d'opter pour les mesures les moins radicales afin de préserver le droit de recevoir. Ainsi, la garantie d'un droit d'opposition inhérent au débat démocratique intervient avant toute sanction du message artistique.

520. La première protection offerte à l'opposant apparaîtrait de manière préventive. Un droit d'opposition préventif à la réception de messages existe à travers les systèmes de filtrage en matière audiovisuelle et d'Internet. En effet, ces systèmes permettent aux individus de s'opposer individuellement à la réception d'un message potentiellement considéré comme néfaste. Ce droit est une garantie du droit de ne pas recevoir un message artistique sans pour autant qu'il attente au droit à la réception d'autrui. L'existence de ce droit d'opposition est confortée par l'Union européenne. Selon cette dernière, le développement des services de communication doit

⁴⁰² Dans cette affaire, on voit clairement l'existence du droit de contre manifester pour les opposants, à la condition que celui-ci n'aille pas jusqu'à « *paralyser le droit de manifester* ». Cour EDH, *Plattform « ärzte für das leben » c. Autriche*, 21 juin 1988

⁴⁰³ Cour EDH, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, 2 oct. 2001.

⁴⁰⁴ Cour EDH, *Öllinger c. Autriche*, 29 juin 2006. Il est à noter que cette assertion n'est pas sans rappeler l'ensemble de l'affaire, sur le plan international, de la publication des caricatures de Mahomet. La première publication, par le *Jyllands-Posten* avait entraîné de nombreuses manifestations d'opposition. Elles n'ont pas pour autant été interdites de diffusions par la suite. Voir sur ce point, notamment, **D. DE BELLESCIZE**, « *Délict d'opinion et liberté d'expression* », D. 2006, p.1476-1477

⁴⁰⁵ **M. LEVINET**, « *L'importance fondamentale de la liberté d'expression* », *Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.608

⁴⁰⁶ Voir en ce sens, **V.-L. BENABOU**, note sous CA Bruxelles, 14 juin 2007, PI n°28, 2008, pp.347 et s.

« encourager la protection des droits et libertés d'autrui »⁴⁰⁷. Pour ce faire les autorités nationales « devraient pouvoir produire et faire diffuser [...] des conseils et des moyens de protection contre les risques d'atteintes à la sécurité individuelle »⁴⁰⁸. Ainsi, les systèmes de filtrage s'inscrivent dans la protection de l'utilisateur des services de communication.

521. Ce système individuel se doublerait désormais d'un nouvel outil d'opposition postérieur à la connaissance ou à la réception du message : le droit d'alerte. Depuis le 6 janvier 2009 tout internaute peut effectuer un signalement des contenus sur Internet qu'il estime illicites⁴⁰⁹. Ce système, à l'origine initié pour lutter contre les seuls contenus illicites, pourrait être utilisé pour signaler les messages ayant choqué certains individus. Cette prérogative rappelle le cas de l'arrêt de la Cour EDH *Monnat*, relatif à une plainte déposée contre la diffusion d'un reportage télévisé⁴¹⁰. Selon la Cour, « le fait que quelques téléspectateurs mécontents ou surpris par l'émission ont déposé des plaintes à la suite de la diffusion du reportage ne constitue pas une raison suffisante, en soi, qui puisse justifier la prise de mesures »⁴¹¹. Alors, la mise en place d'un droit d'alerte ne constitue pas, en soi, une atteinte à l'article 10 de la CEDH. Il permet à l'opposant de faire part de son mécontentement à l'égard du message reçu. Toutefois, la prise de mesure qui en découle peut constituer « une espèce de censure tendant à (...) inciter »⁴¹² l'auteur à ne pas s'exprimer. L'alerte portée sur un message artistique qui n'apparaît pas comme « à ce point non équivoque »⁴¹³ pour être manifestement illicite ne doit pas conduire à sa censure. Le droit d'alerte doit servir à la prise de mesures respectueuses du droit de recevoir. Les mesures les moins intrusives seraient, par exemple, d'obliger le diffuseur à signaler les caractéristiques du contenu à la source du litige et/ou de restreindre les conditions de diffusion en vue de qualifier le consentement à la réception.

⁴⁰⁷ Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs

⁴⁰⁸ *Ibid.* (26)

⁴⁰⁹ Le site www.internet-signalement.gouv.fr a été mis en place dans le cadre du plan d'action du gouvernement contre la cybercriminalité. Voir **F. CHOPIN**, « Les politiques publiques de lutte contre la cybercriminalité », *AJDP*, mars 2009, pp.101 et s.

⁴¹⁰ Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006

⁴¹¹ *Ibid.*, §63

⁴¹² *Ibid.*, §70

⁴¹³ Cour EDH, *Leroy c. France*, 2 oct. 2008, §27

522. Le droit d'opposition au message artistique, n'est pas forcément néfaste à la liberté de recevoir. La Cour EDH, dans un arrêt *Cox* du 20 mai 2010⁴¹⁴, s'est dite consciente que les avis exprimés par un côté peuvent un jour ou l'autre offenser l'autre côté, mais qu'une société démocratique exige la tolérance et l'ouverture d'esprit face aux expressions controversées⁴¹⁵. Toutefois, cette tolérance envers ceux qui s'exprime doit aussi laisser place à l'opposition, à l'expression de vues et de contre vues sur un point donné⁴¹⁶. Ainsi, le droit de s'opposer à un message artistique à travers l'exercice de sa liberté d'expression est protégé par l'article 10.

Les garanties offertes aux opposants peuvent garantir leur reconnaissance, leur protection, sans nuire au droit de recevoir d'autrui⁴¹⁷. Ce n'est que si une telle protection s'avère inefficace qu'une restriction plus radicale se justifie. Toutefois, ces prérogatives ne sont pas transposables à l'ensemble des modes de communication. En l'absence de prérogatives spécifiques, seul le jeu de l'autorégulation par le débat est susceptible de lui offrir une reconnaissance. Toutefois, cette position n'est pas toujours tenable, ne serait-ce que par la difficulté de faire entendre sa position d'opposant. Elle impose un retour à la mise en balance classique des intérêts en jeu.

2) La mise en balance du droit de ne pas recevoir et de l'intérêt de la réception

523. Lorsqu'il s'agit d'assurer le libre échange des idées, l'État n'est astreint qu'à une obligation de moyen. L'impossibilité d'entrer en débat ou la véhémence de l'opposition peut alors créer un risque sérieux de menace à l'ordre public⁴¹⁸. Toutefois, le risque étant inhérent à toute expression artistique, il ne suffit pas pour caractériser une telle menace. Seul un risque avéré⁴¹⁹ constitue un « commencement de preuve »⁴²⁰ à la nécessité de la restriction. Ainsi, le risque invoqué doit être envisagé comme un préjudice suffisamment grave pour les récepteurs involontaires. De plus, l'existence d'un lien causal entre la communication publique et la menace alléguée est à exiger. Dès lors, cette caractérisation d'un préjudice se confronte à l'intérêt de la

⁴¹⁴ Cou EDH, *Cox c. Turquie*, 20 mai 2010

⁴¹⁵ « *The Court is aware that the opinions expressed on these issues by one side may sometime offend the other side but, as pointed out above, a democratic society requires tolerance and broadmindedness in the face of controversial expressions* ». *Ibid.*, §42

⁴¹⁶ *Ibid.*, §42

⁴¹⁷ Cette solution semble particulièrement respectueuse de l'arrêt *Plattform* qui pose les fondements de l'équilibre des intérêts divergents sur les territoires d'expressions. Cour EDH, *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Allemagne*, préc.

⁴¹⁸ Voir en ce sens : fondé sur l'article 10, Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007, §48 et sur l'article 11, Cour EDH, (déc.) *Gipsy council et a. c. Royaume-Uni*, 14 mai 2002

⁴¹⁹ Cf. *supra*, n°123

⁴²⁰ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., §49

réception pour autrui⁴²¹. Ce conflit né entre la volonté de réception et de non réception amène donc à « *module(r) la protection en fonction de l'objectif* »⁴²² du message.

524. Deux affaires françaises, déjà évoquées, permettent de cerner cette protection à géométrie variable. Dans l'affaire relative à l'affiche du film *Amen*⁴²³, une part du public, qui fût choquée par l'affiche, voyait une atteinte au sentiment religieux. Or, sa communication a été justifiée par le débat qu'elle ou le film suscitait. Cette affiche, accessoire du film, jouait le rôle d'avertissement préalable à la réception du film, garantissant une liberté de choix pour les récepteurs potentiels. Ainsi, le choc créé par l'affiche sur une part du public pouvait être perçu comme un préalable nécessaire à l'exercice du droit de ne pas recevoir le film en connaissance de cause. La restriction à la diffusion ne se justifiait pas. Au contraire, elle possédait un intérêt à la réception car elle participait à l'exercice du libre choix sur la réception du film.

525. Dans une deuxième affaire, une affiche publicitaire parodiant le tableau de *La Cène*⁴²⁴ était présentée « *dans un lieu de passage obligé pour le public* »⁴²⁵ en très grande dimension. La Cour de cassation, à la différence des juges de première instance, ne s'est pas penchée sur les conditions de la réception du message. Elle s'est contentée de juger, de manière lapidaire, le contenu de l'œuvre, analyse par essence approximative et contestable en raison de la diversité des perceptions. Elle a estimé que l'affiche litigieuse « *n'avait pas pour objectif d'outrager* » et ne pouvait alors constituer « *l'injure* »⁴²⁶. La Haute juridiction a ainsi éludé l'existence d'un préjudice né de la réception. Par conséquent, elle n'avait pas à rechercher un quelconque intérêt supérieur à la réception.

Plus que la solution c'est ici la méthode qui est douteuse. À la différence de la Cour EDH en matière publicitaire⁴²⁷, les juges internes, n'ont accordé aucun poids à la réalité de l'atteinte

⁴²¹ Voir en ce sens, Cour EDH, *Leroy c. France*, 02 oct. 2008, **L. FRANCOIS**, « *La liberté des caricaturistes de presse devant la Cour européenne des droits de l'homme* », RLDI, 2009, p.34 ; **B. NICAUD**, « *La Cour européenne des droits de l'homme face à la caricature de presse : à propos de l'arrêt Leroy contre France du 02 octobre 2008* », RTDH, oct.2009, pp.1109 et s.

⁴²² **J.-M. LEGER**, « *La pub nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances* », LP, n°221, 2005, II, pp.55 et s., p.56 note 3

⁴²³ TGI Paris, ord. réf., 21 févr. 2002, *Assoc. Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) c/ Sté Renn Production et a.*, Op.cit.

⁴²⁴ Voir **P. MALAURIE**, « *Caractère outrageant d'une affiche publicitaire qui constitue une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881* », JCP G., 2005, II 10109, note sous TGI Paris, ord. réf., 10 mars 2005, *Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté M.-F. Girbaud et a.* ; **P. MALAURIE**, « *Une affiche publicitaire parodiant un des fondement du christianisme ne constitue pas une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881* », JCP G., 2007, II, 10041, note sous, C.Cass. 1re civ., 14 nov. 2006, *Sté GIP c/ Assoc. Croyances et libertés et a.* ; Voir aussi **J.-M. LEGER**, « *La pub nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances* », LP, 2005, II, p.55

⁴²⁵ TGI Paris, réf., 10 mars 2005, préc.

⁴²⁶ C.Cass. 1e civ., 14 nov. 2006, *Sté GIP c/ Assoc. Croyances et libertés et a.*, préc.

⁴²⁷ Sur ce point, voir Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, §73

subie par une part du public. S'il apparaît que les messages artistiques ne contiennent pas, par essence, un contenu constitutif d'un préjudice pour le récepteur involontaire, cette idée était, en l'espèce, contestable. Alors, le juge aurait dû analyser la spécificité des conditions de diffusion. Le lieu choisi et la taille imposante de l'affiche n'offrait pas aux individus une « maîtrise de zapper le message » et, par conséquent, « d'éviter par (eux) même la confrontation »⁴²⁸ et ses effets. L'existence d'une réception contrainte aurait dû emporter la confrontation des intérêts divergents en présence⁴²⁹. Or, niant les diverses sensibilités composant le public, le juge n'a pas opté pour un examen de la proportionnalité entre l'atteinte subie par certains et l'intérêt de la réception pour d'autres en fonction de l'impact du message. Inévitablement, les juges délaissent la question du droit à la réception par le manque de justification d'un intérêt à la réception, difficilement décelable en l'espèce. Cette solution est marquée par sa fragilité. Elle laisse le droit de recevoir un message artistique à la merci du seul degré de préjudice subi par autrui.

526. Enfin, il est opportun de se pencher sur la sanction de l'atteinte au droit de ne pas recevoir. Le jeu de la proportionnalité exige une adéquation entre la restriction et l'objectif légitime poursuivi⁴³⁰. Si tant est que l'intérêt à la réception ne puisse primer, « *la mesure ordonnée (devrait avoir) pour seule fin de prévenir une confrontation inévitable et durable entre les consciences offensées et le message offensant* »⁴³¹. La mesure restrictive n'est donc adéquate qu'à raison de sa capacité à éviter la « *confrontation contestable* »⁴³² et à réparer l'atteinte proférée. Afin de ne pas empiéter indûment sur le droit de recevoir, ce n'est pas le message qui doit être directement sanctionné, mais sa place dans la société, à savoir sa communication à la vue de tous. Si la guerre d'idées sur la place publique ne peut toujours faire triompher la réception du message artistique, ce sont surtout les conditions de la réception qui sont à remettre en cause et non l'idée exposée. Partant, la protection du droit à la non réception, dans sa dimension collective, n'a pas vocation à anéantir le droit individuel de recevoir, celui-ci n'entrant pas dans l'objectif poursuivi par la restriction⁴³³.

⁴²⁸ **J.-M. LEGER**, « *La pub nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances* », préc.

⁴²⁹ La Cour de cassation, à la différence de juges de première instance, n'a pas relevée la contrainte de la réception.

⁴³⁰ En ce sens, Cour EDH, *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001 ; Cour EDH, *Worm c. Autriche*, 29 août 1997

⁴³¹ **J.-M. LEGER**, « *La pub nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances* », préc.

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ Les arrêts *Müller* et *Wingrove* de la Cour EDH témoignent de restrictions particulièrement plus étendues que le but légitime poursuivi. En effet, ces deux affaires ont légitimé des sanctions qui, au nom de la morale et de la protection des droits d'autrui, ne permettaient plus à l'individu isolé d'accéder à l'œuvre. Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988 et *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996

527. Le rassemblement des individus passe, *a priori*, pour une source inéluctable de restriction en raison des oppositions qu'il crée. Toutefois, l'analyse de la dimension collective relativise la divergence des points de vue en raison du pluralisme de sensibilités des récepteurs. Ce pluralisme, plutôt que d'être nié, est à mettre en exergue afin d'observer un contrôle minutieux des réels intérêts en présence. Admettant l'existence d'un intérêt de la réception du message artistique pour une part de la population, il œuvre en faveur du droit à la réception tout en assurant la reconnaissance et la protection des opposants. Ainsi, le pluralisme des sensibilités des récepteurs joue plus largement en faveur d'une représentation de l'ensemble des opinions dans le débat démocratique que d'une censure de certaines opinions, de peur qu'elles l'emportent sur les autres.

Une conception extensive du droit à la réception ne peut pas toujours être retenue. Les messages artistiques ne conduisent pas au débat démocratique. L'idée d'une ouverture du message artistique à l'ensemble de la société ne peut alors prospérer. Malgré l'existence d'un intérêt à la réception du message, il devient plus contestable de l'imposer à autrui. Alors, le respect du droit sous étude peut provenir d'une minoration de l'incidence de la dimension collective en raison du confinement de la réception.

Section 2 : Le pluralisme de sensibilités respecté grâce à l'existence d'un public déterminable

528. Tous les messages artistiques n'empruntent pas le même support. Le peintre utilise le plus souvent une toile ou, désormais un mur, voire un wagon⁴³⁴. L'artiste musical joue sur scène, dans la rue, et fixe sa musique dans un album sur un support physique ou numérisé. Le tatoueur, quant à lui, crée sur la peau d'une personne qui, au préalable, a choisi l'œuvre qu'il souhaitait. Le point commun à ces exemples, serait que chacune de ces œuvres pourrait désormais se retrouver sur Internet. Néanmoins, chaque message artistique n'a pas la même vocation. L'artiste peut rechercher le succès et dévoiler son œuvre au grand public ou créer un message personnel qui reste intimiste. Soit l'art se déploie, soit il reste confiné. Cette différence implique que les différents messages ne sont pas reçus par les mêmes personnes. On peut ainsi se demander si l'on peut en dire plus sur sa peau que sur la toile. La réponse pourrait être négative car le message artistique est destiné au public, indifféremment de ses conditions de diffusion.

529. Dire que tout œuvre s'adresse au même public est erroné. L'art est par essence question de sensibilité et de goûts personnels. La légitimité de la réception d'un message revient à l'adéquation entre le message artistique et la sensibilité de celui qui le reçoit. Tout individu possède ainsi un libre choix quant à ce qu'il peut se faire tatouer sur le corps ; le tatoué est alors le support et le récepteur privilégié de l'œuvre. Cette adéquation, dans la dimension purement individuelle du droit de recevoir, n'est qu'une question de volonté personnelle. Or, tout message qui se dessine sur un corps n'est pas forcément admissible sur Internet, moyen de communication de masse par excellence. En effet, dans la dimension collective, le pluralisme des sensibilités ne peut conduire à certifier l'existence de cette adéquation. Le support utilisé et les conditions de la diffusion influent alors sur l'impact du message artistique. Nier cette différence revient, soit à estimer que tous les tatouages existants pourraient légitimement recouvrir les murs et le pavé, soit à soumettre un tatouage à son approbation par autrui. La dimension collective n'intervient donc pas toujours avec la même force dans le droit à la liberté de recevoir un message. Un confinement de la réception est porteur de liberté car il réduit l'impact réel du

⁴³⁴ CA Paris, 11^e ch. A, 27 septembre 2006, *SNCF c. SARL Graffiti ! Productions et a.*, note: **B. GLEIZE**, « *Images de wagons tagués: la preuve du trouble anormal n'est pas rapportée* », LP n°240, Avril 2007, III, pp.84 et s.

message. Le message peut, par ces conditions de diffusions, être dirigé vers les individus désireux de le recevoir. Ce repli sur soi de l'exercice du droit de recevoir vient protéger ceux qui ne souhaitent pas être confrontés au message. L'existence d'une dimension collective n'aboutit pas inéluctablement à opter pour une conception globalisante du public. Il est alors possible d'établir une présomption d'adéquation entre le message artistique et le public qu'il vise (§1). Cette présomption serait établie à travers des critères objectifs (§2).

§1. La détermination par présomption d'adéquation entre le message et son public

530. Il est fastidieux, voire impossible, de rechercher le consentement de chaque individu pour toute réception de messages artistiques. Cependant, on ne peut en déduire que tout individu est un récepteur potentiel de tout message. À la différence du public de l'information, le public du message artistique est guidé dans ses choix par le désir personnel de recevoir. Alors, si le récepteur se tourne vers des messages censés lui correspondre, c'est en fonction des éléments qui sont à sa portée pour effectuer un choix. Bien qu'on ne puisse rechercher quelle personne a effectivement reçu un message, ou va le recevoir, tant le contenu du message que ses modalités de diffusion offrent la possibilité de déterminer le public potentiellement touché (I). Cette recherche est le préalable nécessaire à une analyse *in concreto* de la liberté de recevoir le message artistique (II).

I. La caractérisation du public potentiel déterminable

531. La notion même de public est inévitablement variable. Elle peut s'étendre de l'individu isolé à l'ensemble des individus vivant en société. Ainsi, le fait que la communication du message artistique le rende publique n'élude pas l'hypothèse que l'œuvre ne touche qu'une « *fraction (non) quelconque de la population* »⁴³⁵. Une analyse de l'exercice d'une liberté s'effectue, par principe, par un raisonnement *in concreto* « à la lumière de l'ensemble de

⁴³⁵ Notamment, Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 déc. 1976 ; Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc., §33

l'affaire »⁴³⁶. Alors, une appréciation de l'exercice de la liberté de recevoir s'effectue au regard de « *la teneur* » de l'œuvre et « *du contexte* »⁴³⁷ de sa diffusion pour juger de son « *impact potentiel* »⁴³⁸. L'analyse du contexte de diffusion se ferait en amont de l'interprétation du contenu de l'œuvre⁴³⁹ pour dégager son impact réel. En effet, il ne sert à rien d'analyser le contenu d'un message avant de se demander qui le recevra. L'interprétation d'une expression litigieuse n'est pertinente qu'en fonction du public visé⁴⁴⁰ et non à l'égard d'un « *public en général* »⁴⁴¹. Une détermination plus ou moins précise d'un public s'effectue par l'analyse de l'ensemble des éléments influant sur l'accessibilité de l'œuvre. Ces éléments délimitent un public en cernant les individus susceptibles d'être atteints par le message. En effet, de nombreux éléments font office de barrière à l'accessibilité, comme l'interdiction, le conseil, ou le formalisme supposant le choix individuel. L'analyse de l'ensemble de ces éléments joue le rôle de présomption d'adéquation entre un message et son public. Cette présomption révèle deux aspects du public : un public restreint et un public spécifique.

532. Dans un premier temps, cette présomption d'adéquation apporte une délimitation quantitative. Elle caractérise un public potentiel par une analyse des modalités de diffusion qui définissent la place de l'œuvre dans la société. En ce sens, une délimitation géographique du public d'un message prend en compte l'hypothèse du « *caractère limité* »⁴⁴² de son impact. Dans cet espace, variablement déterminable, l'étendue d'un public fluctue aussi en fonction de l'accès libre⁴⁴³ ou conditionné à l'œuvre⁴⁴⁴. Ces éléments joueraient ainsi le rôle de curseur dans l'analyse quantitative du public. Ils permettraient de supposer qu'une œuvre est susceptible

⁴³⁶ Notamment, Cour EDH, *Müller c. Suisse*, Op.cit., §32; Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, Op.cit., §48 ; Cour EDH, *Lingens c. Autriche*, Op.cit., §40

⁴³⁷ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §40

⁴³⁸ *Ibid.*, §52

⁴³⁹ Voir en ce sens, Cour EDH, *Sürek n°1 c. Turquie*, 8 juil. 1999, Opinion dissidente commune au Mme Tulkens, M. Casadevall et Mme Greve ; Cour EDH, *Sürek et Ozdemir c. Turquie*, 8 juil. 1999, Opinion commune à Mmes Palm, Tulkens, MM Fischbach, Casadevall, Mme Greve

⁴⁴⁰ Cette position est approuvée par Agnès Tricoire qui affirme que « *la réception constitue l'œuvre* ». **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », note sous TGI Paris, 16 nov. 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel et a.*, LP avr. 2007, III, pp.72 et s. De même, « *l'intention humoristique se déduit d'après la perception par le public* ». **V.-L. BENABOU**, note sous CA Bruxelles, 14 juin 2007, *Propriété Intellectuelles*, juillet 2008, p.347

⁴⁴¹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, §56

⁴⁴² Cour EDH, *Leroy c. France*, 02 oct. 2008, §45

⁴⁴³ En ce sens, cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, §36, TGI Paris, réf., 10 mars 2005, *Association Croyances et Libertés c. Sté M.-F. Girbaud et a.*,

⁴⁴⁴ En ce sens, Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., opinions dissidentes ; Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc. (Arguments du requérant). TGI Paris, 22 mars 2007, *sté des habous et des lieux saints de l'islam et a. c/ Philippe V., sté Éditions*, CA Paris, 12 mars 2008, *P. Val et a. c. Union des organisations islamiques de France*. Voir aussi, **P. WASCHMANN**, « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme* », Note sous l'arrêt Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, RUDH, 1994, p.441 et s.

d'être reçue par le « *grand public* »⁴⁴⁵, tel que sur Internet, où une présomption d'adéquation serait difficile à trouver. Le public de l'œuvre peut aussi être restreint⁴⁴⁶ car le conditionnement de l'accès laisse présumer que seuls les récepteurs consentants ont exercé leur liberté. Le public peut encore se résumer à un unique récepteur, à l'image d'un tatoué qui serait le seul contemplateur de son esthétisation corporelle. Cependant, la Cour EDH peut sembler réticente à l'application de cette délimitation. Dans l'arrêt *I.A.*⁴⁴⁷, l'auteur d'un ouvrage de style romanesque a été condamné pour avoir blasphémé par voie de publication. La Cour EDH a conclu à l'absence de violation de l'article 10 de la CEDH. En l'espèce, le juge n'a pas retenu, dans son analyse, le fait que le livre n'ait été publié qu'à deux milles exemplaires. Se référant de nombreuses fois à l'arrêt *Otto-preminger Institut*⁴⁴⁸, le juge semble resté sur la qualification d'un public en général, non déterminé. Il a alors estimé implicitement que la faible publication ne conduisait pas à protéger les croyants contre les attaques injurieuses contenues dans le livre. Cette absence de détermination peut paraître, par principe, critiquable. Cependant et en l'espèce, le nombre réduit de récepteurs potentiels n'empêche aucunement qu'ils soient de sensibilités différentes. Les croyants peuvent être légitimement intégrés au public, ce qui le rend hétérogène et non spécifique.

533. Dans un second temps, l'analyse quantitative se double d'une analyse qualitative, définissant un public spécifique. Si tant est qu'un public spécifique atteint par l'œuvre puisse légitimer une restriction⁴⁴⁹, son adéquation avec l'œuvre influe sur l'interprétation des conséquences néfastes sur l'ordre public et sur autrui. L'analyse qualitative du public se fonde sur la spécificité du rapport entre le message et les récepteurs potentiellement intéressés. L'idée avait déjà été exposée, quoique sans résultat, lors du procès intenté contre l'éditeur Jean-Jacques Pauvert pour la publication des ouvrages du Marquis de Sade⁴⁵⁰. Une telle analyse avait tout autant été rejetée par la Cour EDH dans l'arrêt *Otto-Preminger Institut*⁴⁵¹. Or, le public du message artistique se distingue de celui de l'information. Ils sont tous deux hétérogènes car composés d'individus de sensibilités différentes. Seulement, les membres du public de l'information ont pour seul trait commun la volonté d'être informés sur les sujets d'intérêt

⁴⁴⁵ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc., §36

⁴⁴⁶ En ce sens, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §52. L'arrêt parle de « *public très restreint* ».

⁴⁴⁷ Cour EDH, *I.A. c. Turquie*, 13 septembre 2005

⁴⁴⁸ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.

⁴⁴⁹ On peut voir la prise en compte par le juge de l'incidence de la spécificité du public basque dans l'arrêt : Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

⁴⁵⁰ L'éditeur estimait qu'en raison du prix que les personnes devaient payer pour acquérir les ouvrages, « *les œuvres de Sade ne pouvaient pas y mettre la curiosité malsaine que vous craignez, mais une curiosité d'érudits* ». T.Corr. Paris, 15 déc. 1956, **J.-J. PAUVERT**, *L'affaire Sade*, dans **F. OST**, *Sade et la loi*, Odile Jacob, p.80

⁴⁵¹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.

général⁴⁵². L'intérêt est donc collectif. En revanche, le public du message artistique ne se conçoit pas comme assujéti à l'impératif de son information. Il s'analyse en termes de désirs et de choix individuels, non de besoin collectif.

Qu'ils proviennent notamment du contenu, de la forme ou de la vocation supposée, les éléments de caractérisation d'un public spécifique ne manquent pas. Tant le contenu de l'œuvre litigieuse que son contexte de publication conduit à la révélation d'un « *lectorat très spécifique* »⁴⁵³. Selon la Cour EDH, un message publiquement communiqué peut s'adresser à « *une minorité de lecteurs qui y sont sensibles* »⁴⁵⁴. Cette caractérisation différencie alors les supports que « *nul n'est obligé d'acheter ou de (recevoir), à la différence d'autres supports tels que des affiches exposées sur la voie publique* »⁴⁵⁵. Elle s'opère par la présomption de la capacité des récepteurs à exercer un choix. Il est alors permis de différencier un public supposé « *d'attention moyenne* »⁴⁵⁶ ou « *distrain* », de celui qui est « *effectif* » voire « *averti* »⁴⁵⁷.

534. La caractérisation d'un public potentiel déterminable permet de distinguer les individus susceptibles de percevoir le message de ceux qui sont protégés contre la réception. Elle emporte inévitablement des conséquences sur l'interprétation de la perception du message⁴⁵⁸, comme dans les arrêts *Müller*⁴⁵⁹, *Karatas*⁴⁶⁰ et *Murphy*⁴⁶¹. La détermination d'un public restreint et/ou

⁴⁵² Voir en ce sens, Cour EDH, *Leroy c. France*, 02 oct. 2008. Cette affaire relative à une caricature de presse démontre que, bien que le message soit de nature artistique, la vocation informative du support s'adressait à un public soucieux d'être informé. Dès lors, il ne fallait pas considérer ici que le public était celui de l'œuvre mais du journal d'information dans lequel se trouvait le dessin litigieux.

⁴⁵³ Cour EDH, *Azevedo c. Portugal*, 27 mars 2008, §32

⁴⁵⁴ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999. Il reste que, dans cette affaire, le raisonnement de la Cour pour parvenir à la caractérisation d'un public spécifique peut passer pour laconique et subjectif. En effet, elle tire sa délimitation du public de la simple forme de l'œuvre, à savoir le poème.

⁴⁵⁵ TGI Paris, 22 mars 2007, *sté des habous et des lieux saints de l'islam et a. c/ Philippe V., sté Éditions* ; Voir de même C.Cass. 2 mai 2007, *Agrif c. Serge July*,

⁴⁵⁶ Cette qualification a été retenue en matière publicitaire. Il a été considéré que le récepteur de la publicité était un consommateur d'attention moyenne. CA Paris, Ch. 4, Section A, 9 mars 2007, *SAS Challenger House c. Rodolphe Couhlois et SAS Quick France*, 06/05653

⁴⁵⁷ **K. FAVRO**, *Télespectateur et message audiovisuel : contribution à l'étude des droits du spectateur*, Thèse, Op.cit., p.26

⁴⁵⁸ La distinction entre les publics peut se trouver dès le choix média utilisé pour la réception. La Cour a affirmé la différence d'impact des médias au sein de l'arrêt *Jersild*. Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, Op.cit., §31

⁴⁵⁹ L'affaire *Müller* démontre implicitement cette hypothèse. En l'espèce, les toiles confisquées n'étaient plus accessibles qu'à « *un cercle restreint de spécialistes sérieux, susceptibles de s'intéresser, non pas à la représentation choquante du point de vue de la morale sexuelle, mais uniquement à l'aspect artistique ou culturel des œuvres* » (§14). La Cour EDH, en constatant la non violation de l'article 10 sur le point de la confiscation des toiles, affirme que c'est en raison de la non compatibilité du public avec l'œuvre que la restriction à la liberté d'expression de l'artiste est restreinte. En effet, la Cour estime que la mesure était appropriée en ce qu'elle permettait de « *prévenir que de telles toiles fussent encore exposées en public, sans précaution aucune* » (§43). Ainsi, la mise en œuvre de précautions destinées à rendre compatible l'exposition avec un public spécifique plus enclin à la bonne réception des œuvres ne serait plus alors condamnable. Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc.

⁴⁶⁰ En l'espèce, la Cour retient que le public est très restreint en raison de la nature particulière de la forme poétique. Elle en dégage une analyse du contenu à la lumière du public touché. Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, Op.cit., §52.

spécifique pour un message donné, offre une relativisation « *de l'impact des idées qui y sont exposées* »⁴⁶². Cette « *limite notable à (...) l'impact* »⁴⁶³ du message vient réduire le poids de la société sur l'appréciation de la restriction sollicitée par les opposants au message. Ce rééquilibrage contextuel de la dimension collective inhérente à la liberté artistique modifie considérablement la recherche d'un juste équilibre.

II. L'analyse *in concreto* de la liberté de recevoir

535. La mise en jeu d'une présomption d'adéquation influencerait sur l'analyse de la liberté de recevoir. En effet, délimiter un public potentiel d'un message modifie le conflit né de la dimension collective. Les masses qui s'opposent sur le terrain du droit de recevoir sont repérées. L'analyse contextuelle de l'œuvre précise « *l'impact potentiel néfaste* »⁴⁶⁴ de la diffusion du message⁴⁶⁵. Cette distinction conduit à revoir le rapport entre ce public et autrui. Elle rééquilibre la mise en balance des intérêts concurrents (A). Ce respect de la position de chacun d'eux dans la liberté de recevoir clarifie les droits et devoirs de l'ensemble des acteurs de la liberté artistique (B).

Une telle analyse du contenu a été retenue par les juges internes au sein de l'arrêt relatif à la chanson *La France* du groupe *Sniper*. Cependant, celle-ci le fait malheureusement sans référence au public. C.Cass. Ch. Crim., 23 janv. 2007, n° 06-858.329

⁴⁶¹ En l'espèce, la Cour relève le caractère publicitaire de l'expression. En ce sens le public de la publicité peut passer pour distrait ou ramener à l'idée de consommateur (En ce sens, voir l'arrêt très contestable à l'égard de la liberté d'expression : C.cass. Ch. Com., 30 janvier 2007, *Société Orangina c. Centre d'études et de documentation du sucre*, LP 2007, III, pp.147 et s.). La Cour note, tout de même, que l'on ne fait pas face « *aux mêmes sensibilités du public et aux mêmes problèmes de neutralité dans le cas des annonces à caractère religieux et dans le cas des publicités portant par exemple sur des services commerciaux, des marchandises ou autres produits* » (§77). En revanche, le caractère publicitaire emporte « *que le gouvernement pouvait légitimement penser que les citoyens irlandais seraient mécontents de voir des annonces portant sur de tels sujets diffusées chez eux et considérer que de telles annonces pourraient provoquer des troubles* » (§73). Il apparaît que le public de la publicité emporte une appréciation plus large des restrictions. Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, préc.

⁴⁶² Cour EDH, *Azevedo c. Portugal*, 27 mars 2008, §32

⁴⁶³ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999, §52

⁴⁶⁴ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., §53

⁴⁶⁵ Cette évolution est à mettre en parallèle avec l'arrêt *Wingrove*. En l'espèce le requérant a recherché les moyens de limiter la diffusion de son œuvre pour en sauver l'exploitation. Néanmoins, la Cour n'a pas tenu compte de ces arguments, sous couvert du caractère incontrôlable des moyens de communication, pour effectuer une analyse abstraite du message. Voir Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., §§62 et s.

A/ Un rééquilibrage des intérêts concurrents

536. Partant du postulat que « *la réception constitue l'œuvre* »⁴⁶⁶, la délimitation d'un public relativiserait les écueils liés au pluralisme des sensibilités. En effet, lorsque les opposants au message sont exclus du public potentiel, la prise en compte de leur intérêt s'effectue à partir de la qualification d'autrui au sens du paragraphe 2 de l'article 10⁴⁶⁷. Cette caractérisation conduit alors à mettre en opposition deux intérêts privés concurrents : celui du public potentiel et celui des opposants. Seulement, la détermination du public potentiel, par le jeu de la présomption, ne peut pas aboutir à une qualification empirique des individus touchés. Un certain flou existe à la frontière entre public potentiel et opposant. Il exige une prise en compte du degré de précision de la délimitation pour que l'on juge de l'exercice de la liberté. Un opposant au message peut se plaindre d'un manque de précautions dans la diffusion⁴⁶⁸ ou de l'existence du message sans que son intention réelle soit décelable. Or, ces deux hypothèses d'action se distinguent. Il est possible que la recherche d'un public potentiel débouche sur l'impossibilité d'établir une présomption d'adéquation suffisante entre le public et l'œuvre. L'interprétation du message et l'analyse de sa restriction ne sauraient donc se défaire du pluralisme des sensibilités, car public et opposants se confondent. Si le public et les opposants sont distingués, l'action des opposants ne porte que sur l'existence du message et les conséquences de sa présence dans la société. Ainsi, lorsque l'opposant est protégé contre la réception du message, « *la nécessité d'une action répressive prenant la forme d'une interdiction complète de l'exercice de la liberté d'expression ne peut être acceptée que si le comportement incriminé a un niveau tellement élevé d'insulte (...) qu'il perd pour lui-même le droit d'être toléré par la société* »⁴⁶⁹. La présomption d'adéquation peut faire primer l'intérêt personnel du récepteur sur la sensibilité d'autrui qui n'est pas soumis au message.

⁴⁶⁶ **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », note sous TGI Paris, 16 nov. 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel et a.*, LP avr. 2007, III, pp.72 et s., p.79

⁴⁶⁷ Notons que, dans la majeure partie des arrêts de la Cour EDH, l'opposant est intégré au sein du public et influe sur l'analyse en tant que récepteur potentiel même si, en fait, il ne sera pas amené à se soumettre à l'œuvre.

⁴⁶⁸ En ce sens, « *Le devoir et la responsabilité d'une personne cherchant à user de sa liberté d'expression doit être de limiter, autant que l'on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle la limite, l'offense que sa déclaration peut causer à autrui. Ce n'est que si elle omet de prendre les mesures nécessaires, ou si celles-ci s'avèrent insuffisantes, que l'Etat peut intervenir.* » Op.dissid. otto §7

⁴⁶⁹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc. Opinion dissidente commune des juges PALM, PEKKANEN et MAKARCZYCK, §7

537. Cette conception de l'atteinte à autrui implique une variation de la marge d'appréciation de l'État⁴⁷⁰ car « le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10§2 »⁴⁷¹. Selon la « doctrine classique » de la Cour EDH, une « certaine marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion »⁴⁷². Toutefois, cette assertion est à relativiser en raison de l'impossibilité « de dégager une notion uniforme de la morale ». « (L')époque caractérisée par une évolution profonde des opinions en la matière »⁴⁷³ privilégie, comme l'a confirmé, l'arrêt *Akdas*⁴⁷⁴, le respect de la diversité des conceptions morales sur les restrictions nées d'une conception morale donnée. Cette relativisation de la protection de la morale se renforce par le jeu de la présomption d'adéquation. Cette dernière peut démontrer que les individus, d'une conception morale donnée et susceptibles d'être choqués, sont protégés contre la réception du message. Les conditions de réception, tout en apportant satisfaction aux uns, protégeraient autrui dans le respect du pluralisme des sensibilités. Alors, plus le public potentiel est déterminable et restreint, plus il appelle à une interprétation étroite des restrictions. *A contrario*, une restriction à la libre réception fondée sur l'existence de l'œuvre malgré la protection contre la réception d'autrui, va à l'encontre du respect du pluralisme. En effet, si c'est la seule existence du message qui est remise en cause, la restriction se traduit comme la victoire d'une conception sur l'autre. Cette restriction accorde alors à un groupe d'individus d'une sensibilité spécifique la possibilité d'imposer sa propre conception à autrui⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ Sur la variation de l'étendue de la marge d'appréciation. **L. SERMET**, « *Le contrôle de la proportionnalité dans la convention européenne des droits de l'homme : présentation générale* » et **V. BERGER**, « *Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme* », Les Petites affiches, 05 mars 2009, numéro spécial, *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, pp.26 et s. et pp.40 et s. ; **F. TULKENS** et **L. DONNAY**, « *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?* », RSC 2006, pp.3 et s., p.15

⁴⁷¹ Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, §59

⁴⁷² Cour EDH, 4 déc. 2003, *Gündüz c. Turquie*, §37, in **F. TULKENS** et **L. DONNAY**, « *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?* », RSC 2006, pp.3 et s.

⁴⁷³ **M. LEVINET**, « *L'étendue de la liberté d'expression en matière artistique* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.629

⁴⁷⁴ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

⁴⁷⁵ La Cour semble s'associer, par sa solution, à la vision d'un des requérants qui affirme que : « *Lastly, as he is not a Catholic, he considers that his freedom of conscience was violated, because a group of people of a specific religion attempted to impose their own vision about what others may see* ». (Enfin, n'étant pas catholique, il considère (le requérant) que sa liberté de conscience a été violée car un groupe d'individu d'une religion spécifique a tenté d'imposer sa propre vision de ce que les autres pouvaient voir)/ CIDH, *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 fév. 2001, série C 73

Dans un sens analogue, la Professeure Benabou met en évidence que « *les juges n'ont pas à se prononcer sur ce qui relève, dans le domaine de l'art, du bon goût* » de toile d'un auteur qui aurait « *un public propre* ». **V.-L. BENABOU**, note sous CA Bruxelles, 14 juin 2007, PI, juillet 2008, p.348

La recherche d'une présomption d'adéquation entre l'œuvre et son public offre la garantie d'un « *pluralisme compatible* » plutôt que d'une « *unité conforme* »⁴⁷⁶ à la société démocratique.

B/ Une clarification des droits et devoirs des acteurs de la liberté artistique

538. Mettre en balance des intérêts ne peut se faire sans connaître leur poids respectif. Classiquement, lorsque le public était un élément de cette mise en balance, il était défini comme une masse indifférenciée d'individus à protéger ou à informer. L'équilibre qui s'ensuivait était inéluctablement faussé, le public constituant un intérêt non divisible. La détermination d'un public supposerait une nouvelle approche du rapport de force touchant l'ensemble des acteurs de la liberté artistique. Elle clarifierait les droits et devoirs de chacun des acteurs.

539. En raison de son rôle premier, l'artiste serait le premier touché. L'analyse consistant à rechercher l'adéquation entre l'œuvre et son public peut passer pour une restriction à la liberté d'expression. En effet, un conditionnement de la licéité du contenu du message aux modalités de sa diffusion revient à la recherche d'une expression compatible avec son public. Que, dès lors, toute expression dont la compatibilité ne saurait être prouvée serait condamnable. Or, le mécanisme de la présomption d'adéquation réside dans la recherche d'éléments positifs de délimitation d'un public. Ces éléments viennent réduire l'impact de l'ensemble social hostile sur la diffusion du message. Ils impliquent la prise en considération de la capacité des acteurs de la diffusion à laisser les opposants hors de portée du message ou à leur donner la faculté de s'en détourner volontairement. Néanmoins, l'absence d'éléments ne saurait conduire inévitablement à la restriction. Elle commande une plus large prise en compte de l'intérêt des opposants au message. En effet, le pluralisme des sensibilités étant inhérent à la société démocratique et devant être conservé, certains messages artistiques emporteront inévitablement une opposition légitime. Toutefois, la présomption sert à une analyse de la liberté d'expression à la lumière de la protection concrète offerte à autrui au sens du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH. Cette démarche est favorable à l'artiste. Il n'a pas à s'inhiber dans son travail créateur par peur que l'existence de son message soit remise en cause. Ce n'est que lors de la diffusion qu'il pourrait, si le contenu le commande, restreindre l'accessibilité du message à un public délimité. Bien sûr,

⁴⁷⁶ Le Professeur Sermet utilise ces termes lorsqu'il traite de l'ordre juridique conventionnel. **L. SERMET**, « *Le contrôle de la proportionnalité dans la convention européenne des droits de l'homme : présentation générale* », préc.

une telle conception de la réception a pour effet de mettre en avant le rôle des diffuseurs et de les responsabiliser. La sécurité d'une diffusion ciblée d'une idée est à privilégier sur la tentation mercantile d'offrir un simple produit au plus grand nombre. La communication autour d'un message est un élément qui permet de déterminer un public. Plus largement, toute recherche de confinement de la réception est propice à la diffusion des idées artistiques de toute sorte.

540. La reconnaissance de la protection des opposants les rendraient alors moins enclins à restreindre la diffusion. La détermination d'un public s'opère dès lors que « *la partie du public hostile au message diffusée est (...) non exposée à se le voir imposer contre son gré* »⁴⁷⁷ ou a les moyens de se protéger contre sa réception indue. Cette délimitation conduit à présumer qu'autrui n'est pas atteint directement par le message sans l'avoir voulu. Ainsi, le respect des droits d'autrui du paragraphe 2 de l'article 10 est en partie garanti car les opposants sont protégés contre la réception du message litigieux. Seule une remise en cause de l'existence même du message reste à la portée des opposants. Cette distinction entre l'opposition née de la réception du message et de son existence éviterait que les contentieux soient le reflet de procès d'intention à l'égard d'œuvres non susceptibles d'être perçues sans la volonté de s'y confronter⁴⁷⁸. Une telle analyse prémunit donc de « *la multiplication de contentieux émanant d'associations diverses poursuivant des buts idéologiques, et à une instrumentalisation du juge pénal à des fins morales qui ne devraient pas trouver à s'exprimer sur le terrain judiciaire* »⁴⁷⁹. Or, la protection des opposants contre la réception n'évacue pas toute sanction de l'artiste. Toutefois, cette sanction deviendrait une remise en cause directe du droit de recevoir le message litigieux.

541. Libérer l'exercice du droit de réception d'une opposition parfois fantasque, voilà ce que propose cette présomption d'adéquation entre le message artistique et son public. En ne comptant parmi le public que les seuls individus susceptibles de recevoir le message, cette délimitation présume, voire caractérise, le respect de la liberté de choix des individus. Le public

⁴⁷⁷ **P. WASCHMANN**, « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme* », Note sous l'arrêt Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, RUDH, 1994, p.441 et s., p.446

⁴⁷⁸ On peut prendre pour exemple les dépôts de plainte systématiques de L'alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française chrétienne. En définitive, cette association s'attaque à tout acte ou propos susceptible de heurter une personne française, blanche et chrétienne. (www.agrif.fr) dans les rubriques Affaires en cours – face aux tribunaux ou encore dans les archives. Le Président de l'AGRIF, Bernard Anthony, député européen Front national de 1984 à 1999 et Président de Chrétienté-Solidarité, a décidé de porter plainte « *pour détournement de fonds publics au profit du groupe (considérée comme) grotesque « les sœurs de la perpétuelle indulgence – Couvent de Paname » par le conseil régional d'Ile de France et la Mairie de Paris* ». Cette association, qui a pour vocation de lutter contre l'homophobie et le SIDA, avait notamment organisé la soirée de la Sainte Capote dont les tracts avaient fait l'objet d'un contentieux. C.Cass, 14 fév. 2006, n° de pourvoi : 05-81932

⁴⁷⁹ **C. BIGOT**, « *Sexisme, homophobie et liberté d'expression* », LP, mars 2004, I, pp.35-36, p.36

potentiel pourrait alors accéder à des œuvres qui « *choquent, heurtent inquiètent (...) une fraction de la population* »⁴⁸⁰ présumée à l'abri du message. Les tiers opposants, lorsqu'ils recherchent une restriction, s'ingèrent dans le droit de recevoir du public potentiel. L'opposant ne faisant pas partie du public, la restriction s'analyse en fonction de l'impact de l'existence de l'œuvre sur lui et sur l'ordre public, et non en fonction d'une interprétation subjective du contenu. Cette présomption garantit au récepteur potentiel le droit de se faire sa propre idée d'une œuvre sans qu'elle puisse être censurée par l'idée que s'en feraient ceux qui ne s'y soumettront pas⁴⁸¹. Elle s'érige en rempart contre les tentations d'imposer à autrui sa propre opinion par le jeu de l'ignorance d'autres points de vue et de l'impossibilité d'en débattre. Toutefois, cette présomption, pour ne pas verser dans l'arbitraire, nécessite des critères pour repérer le public potentiel du message et vérifier leur adéquation.

§2. Les critères de la présomption d'adéquation

542. La délimitation d'un public potentiel est nécessairement contextuelle. Les critères qui permettent d'opérer la délimitation sont des éléments divers, d'une valeur probante variable. Ils conduisent à une caractérisation casuistique du public de l'œuvre. Ils jouent le rôle de « *présomption-preuve* »⁴⁸² de la délimitation d'un public. En effet, l'apport de ces présomptions « *se situe dans leur capacité à infléchir la situation juridique qu'elles régissent* »⁴⁸³. Cette présomption est donc « *une conviction* » et reste, de ce fait, « *empreinte de subjectivité* »⁴⁸⁴. Alors, la précision de la démarche repose sur l'objectivité des critères choisis pour la mener. Toutefois, ces critères conditionnant la réception du message et qui créent la présomption sont nombreux et proviennent d'entités différentes. Ce conditionnement peut intervenir tant d'une entreprise de communication, de l'engagement contractuel, que de restrictions légales. Il y a alors lieu de distinguer entre les présomptions de droit (I) et présomptions de fait (II).

⁴⁸⁰ Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 déc. 1976, §49 ; Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009, §22 ; Cour EDH, *Aguilera Jimenez et a. c. Espagne*, 08 déc. 2009, §22

⁴⁸¹ En ce sens, **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », note sous TGI Paris, 16 nov. 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel et a.*, LP avr. 2007, III, pp.72 et s

⁴⁸² **A.-B. CAIRE**, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, Thèse soutenue en 2010, Université de Limoges, p.22

⁴⁸³ *Ibid.*, p.107

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p.33

I. Les présomptions de droit

543. Ces premières présomptions n'interviendraient pas du seul fait de l'homme, mais de l'application du droit. Ainsi, elles sont qualifiables de présomption de droit « *en ce sens qu'elles s'imposent, de manière permanente, aux juges du fond* » car « *la loi [...] attache une force probante au fait considéré* »⁴⁸⁵. Ainsi, l'existence de telles présomptions, « *véritables règles de preuve* »⁴⁸⁶, obligerait le juge à les relever afin d'en apprécier l'incidence sur la liberté de réception. De telles présomptions se catégorisent en fonction de leur domaine et de leur vocation. Soit elles émanent directement du domaine légal ou réglementaire et aboutissent à une restriction du public (A), soit elles émanent du domaine contractuel et révèlent la liberté de choix de l'individu (B).

A/ Les présomptions légales et réglementaires

544. De nombreux textes et lois spécifiques permettent une délimitation préalable du public en vue de laisser librement circuler l'œuvre. Ces présomptions agissent dès avant la diffusion de l'œuvre. Les organes de contrôle, en charge de l'application des textes, agissent non comme des censeurs, mais dans le but de trouver les conditions de diffusion les plus appropriées pour le message artistique. Ainsi, ces mesures préventives touchent l'exercice de la liberté de réception. Elles ont pour objectif de conditionner l'accès au message et non de sanctionner un abus de l'exercice de la liberté d'expression⁴⁸⁷. Il apparaît très vite que ces présomptions issues du droit sont particulièrement limitées. L'essentiel de ces présomptions concerne la politique de protection du mineur⁴⁸⁸ et le domaine réservé de la police administrative. En effet, les textes

⁴⁸⁵ **R. DECOTTIGNIES**, *Les présomptions en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950, p.21

⁴⁸⁶ **A.-B. CAIRE**, Thèse, op.cit., p.27

⁴⁸⁷ Voir en ce sens sur la distinction entre mesure préventive et répressive, l'opinion de J.Velaers dans, **A. STROWEL** et **F. TULKENS**, « *Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité* », *Médias et droit*, Recyclage en droit, Anthémis, 2008, pp.3 et s., p.8

⁴⁸⁸ La représentation publique d'une œuvre cinématographique est soumise, en application de l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique, à l'obtention préalable d'un visa d'exploitation délivré par le ministre de la Culture, après avis de la Commission de classification des œuvres cinématographiques. Les restrictions s'effectuent ici par âge jusqu'à la majorité. Décret n°90-174 du 23 Février 1990 modifié par le décret n°2008-1014 du 1^{er} oct. 2008 (JO, 3 oct. 2008, p.15230). La nouvelle signalétique télévisuelle, adoptée par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel le 17 Septembre 2002, s'effectue sur un modèle analogue. (J.O. 20 Septembre 2002). De même, on peut voir les plages horaires de diffusion (JO 26 février 2004) faites pour protéger le mineur.

relatifs aux nuisances sonores⁴⁸⁹ ne vont pouvoir distinguer qu'entre les individus présents et non présents à une manifestation artistique pour en déterminer le public⁴⁹⁰. Le nombre restreint de ces présomptions est logique. La liberté de choix inhérente à tout autre récepteur potentiel empêche de l'évincer du public potentiel préalablement à la diffusion. Auquel cas cette restriction se porterait sur une catégorie d'individu ciblée. Elle serait à considérer comme une discrimination au sens de l'article 14 de la CEDH.

545. Le système de protection du mineur, relayé par un large contrôle administratif⁴⁹¹, touche une large partie des œuvres communiquées au public⁴⁹². Le but de la protection est assez clair : ne pas permettre aux mineurs qui n'ont pas à accéder à l'œuvre de s'y confronter. La délimitation qui agit comme une restriction personnelle – point sur lequel il sera nécessaire de revenir – influe sur la qualification du public. Cette protection, relativement peu contraignante, exclut toute ou partie de la jeunesse du public potentiel de l'œuvre. L'analyse du droit de recevoir se ferait alors à l'aune d'un public limité en raison de l'âge de ses membres, voire composé de seuls « *adultes consentants* »⁴⁹³.

546. Cette protection issue du pouvoir administratif n'évacue pas l'intervention du droit pénal. L'article 227-24 du code pénal peut être mis en jeu afin de protéger le mineur contre les messages violents ou pornographiques qu'il serait susceptible de percevoir⁴⁹⁴. Or, c'est ici que la présomption d'adéquation trouve sa raison d'être. L'existence de cette protection ne saurait être ignorée par le juge pénal dans l'analyse de la restriction par le juge pénal. Dans un tel cas, une

⁴⁸⁹ Voir notamment les articles R.1336-7, R.1336-8 et R.1336-9 du Code de la santé publique. « *Les activités culturelles ou de loisirs organisées de façon habituelle ou soumises à autorisation* », prévus à l'article R.1336-8 font l'objet d'une réglementation particulière. Ainsi « *l'émergence sonore* » d'un concert doit respecter les dispositions de l'article 1336-9 conformément à son annexe 13-10 énonçant les modalités de calcul de l'émergence sonore.

⁴⁹⁰ Une manifestation artistique sera soumise à une émergence sonore maximale, dans le but, notamment, de protéger autrui qui ne doit pas pâtir « *directement et gravement du bruit* » (Cour EDH (Gde ch.), *Hatton c. Royaume-Uni*, 08 juil. 2003 §96). L'idée est qu'en cas de non respect des mesures, l'individu qui pâtit du bruit peut alors être qualifié d'auditeur, ce qui l'intègre nécessairement au public effectif de la manifestation.

⁴⁹¹ Le contrôle peut porter sur l'ensemble des supports, tel que les œuvres cinématographiques, (CE, 4 fév. 2004, *Association Promouvoir c. Ministre de la Culture et de la communication*), les publications écrites Conseil d'Etat, 25 Avril 2003, *Association Promouvoir contre le Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, n°255636. il a été jugé que les documents susceptibles de faire l'objet des mesures de restriction de diffusion ou d'interdiction peuvent ne pas avoir le papier comme support CE, 8 nov. 2000, Juris-Data n° 2000-061505 ; Rec. CE, tables, p. 1137

⁴⁹² Le Conseil d'État applique cette protection à l'ensemble des publications qui peuvent présenter un « *danger pour la jeunesse* », même si elles ne lui sont pas principalement destinées. CE, 29 juill. 1994, **J.-P. DIDIER**, « *A propos du contrôle administratif en matière de presse des publications de toute nature* » JCP 1995, II, 22496.

⁴⁹³ L'argument de la limitation du public aux seuls adultes consentants par le requérant a été malheureusement rejeté par la Cour EDH. Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, §62 et §63. La restriction aux mineurs de moins de 17 ans n'a pas non plus été relevée au sein de l'arrêt *Otto-Preminger Institut*. Cour EDH, *Otto-Preminger c. Autriche*, préc.

⁴⁹⁴ Article 227-24 du code pénal

application de l'article 227-24 n'est pas réduite à néant. Elle intervient pour pallier un défaut de protection des individus préalablement exclus. Le juge pénal n'est pas lié par le pouvoir administratif, mais il jugerait de l'efficacité du système en place. Une condamnation ne serait alors justifiée que par le combat de la preuve d'une protection du mineur contre le message litigieux. Ainsi, elle justifie la prise « *de mesures utiles afin que ces messages ne puissent être vus ou perçus par les mineurs* »⁴⁹⁵, sans pour autant atteindre le droit à la réception de l'adulte.

547. Les éléments de délimitation issus du domaine légal ou réglementaire sont essentiels, même s'ils sont peu nombreux. Leur faible développement se comprend par la nécessité de ne pas atteindre l'autonomie de la volonté du récepteur. Cette autonomie, peut aussi être la source d'une présomption, dès lors qu'elle fonde l'engagement contractuel du récepteur.

B/ Les présomptions nées de l'engagement contractuel

548. La dimension collective de la liberté implique *a priori* que le support de l'œuvre soit accessible à tous par sa communication publique. Toutefois, l'existence d'un engagement contractuel, qui tient lieu de volonté individuelle, délimite un public. Ce critère de l'engagement contractuel, à plusieurs reprises relevé par la jurisprudence⁴⁹⁶, doit avoir une résonance particulière sur l'analyse de la liberté artistique dans sa dimension collective. En effet, la réception du message artistique implique souvent une part active de l'individu pour accéder à l'œuvre. Le paiement d'un prix pour acquérir le support du message ou accéder à sa représentation est un engagement contractuel visible. Le conditionnement de la réception d'une œuvre sur Internet par double clic peut aussi servir de preuve à l'engagement⁴⁹⁷. Ce type d'acte, qualifiable de manifestation positive de volonté, présume son consentement à la réception⁴⁹⁸. La

⁴⁹⁵ S. COLOMBET, M. VIGNAUD, « *Publicité, presse, littérature et sexe : tout ce que vous avez toujours voulu savoir...* », LP, sept. 2003, II, pp.108 et s., p.110

⁴⁹⁶ Tribunal de Zurich, 27 juin 1984, in Cour EDH, *Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994, §7 et §10, concernant le paiement d'un droit d'entrée. Tribunal de Grande Instance de Paris, référé, 28 Janvier 1985, *Association Alliance Générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne contre Godard*, Op.cit., où les juges estiment que la réception de films au cinéma s'adresse au « *spectateur individuel qui (en) prend l'initiative, en payant un billet d'entrée* ». TGI Paris, 22 mars 2007, *sté des habous et des lieux saints de l'islam et a. c/ Philippe V., sté Éditions*, « *concernant que Charlie Hebdo est un journal satirique (...) que nul n'est obligé d'acheter ou lire* »

⁴⁹⁷ On peut voir en ce sens, l'article 11 de la Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur du 8 juin 2000

⁴⁹⁸ Rappelons que l'acte positif de réception peut être analysé comme une acceptation expresse « *qui résulte de tout acte ou de tout geste [...] (qui) ne peuvent avoir été accomplis qu'en vue de faire connaître la volonté de leur*

présomption d'adéquation joue alors quand la réception est soumise à un engagement formalisé de l'individu.

549. La délimitation d'un public provient aussi de l'impossibilité de contracter du récepteur. Le caractère éminemment transfrontalier de l'Internet a conduit les diffuseurs de contenus à assortir la communication d'œuvres d'une restriction géographique⁴⁹⁹, encore appelée restriction territoriale. Les messages artistiques communiqués sur Internet ne sont pas accessibles depuis les territoires sur lesquels les droits d'exploitation ne sont pas acquis. Cette relativisation du caractère transfrontalier⁵⁰⁰ de la liberté de réception, déjà évoquée, s'effectue à l'initiative des ayants droits sur l'œuvre. Cette restriction, rendue nécessaire pour le respect des droits d'auteur et des conditions de distribution des œuvres, crée une présomption d'ordre territorial. Elle restreint le public potentiel aux individus se trouvant sur les territoires où l'œuvre est légalement accessible⁵⁰¹.

550. Cette distinction des individus à l'égard de l'œuvre s'inscrit dans l'attitude exigée de l'État dans la régulation des rapports interindividuels. L'engagement contractuel est à analyser comme une prise de mesure « *pour prévenir, ou pour limiter les atteintes individuelles* »⁵⁰² au droit d'autrui. Ainsi, l'engagement contractuel devient la garantie de l'exercice de la liberté individuelle du récepteur contre les tentatives d'immixtion des tiers dans le droit garanti. Il joue un rôle présomptif car l'exigence de la manifestation individuelle de la volonté de recevoir exclut tout tiers opposant de la composition du public du message. Ce public délimité, même s'il regroupe un ensemble d'individualités non quantifiables, se compose de récepteurs volontaires et « *sensibles* »⁵⁰³ à l'œuvre proposée. Ce critère est donc particulièrement important. Son admission ferait ressurgir la question de l'autonomie personnelle dans la dimension collective afin de réduire l'influence de la société à son strict minimum sur l'exercice du droit de recevoir. C'est pourquoi, en cas d'engagement contractuel, la mise en balance des intérêts concurrents ne

auteur. » ou une acceptation tacite qui « *suppose un acte d'où l'on peut raisonnablement induire la volonté de contracter* ». **J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Droit civil, Les obligations, 1.L'acte juridique*, 13^{ème} éd., p.120, n°150

⁴⁹⁹ Voir : **H. PERRIN**, *La gestion des DRM en perspective*, Mémoire de DESS de droit et pratique du commerce électronique, Université René Descartes, 2004. Un système de géolocalisation de l'internaute permet de restreindre l'accès à l'œuvre sur certains territoires

⁵⁰⁰ La liberté d'expression suppose, en principe, « *la libre circulation de supports de l'information sans considération de frontière.* ». **M. LEVINET**, « *L'importance fondamentale de la liberté d'expression* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit, p.608, sur l'arrêt Cour EDH, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990.

⁵⁰¹ Tout individu qui contournerait la restriction géographique serait alors un récepteur illicite de l'œuvre.

⁵⁰² Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 09 déc. 1994, §55

⁵⁰³ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999,

saurait aboutir à des restrictions arbitraires orientées sur la seule appréciation subjective du contenu. Une restriction ne saurait satisfaire les tentations moralisatrices d'autrui sous couvert de l'intérêt général. Seule la caractérisation d'une atteinte née de l'existence de l'œuvre dans la société peut entraîner la restriction, cette atteinte ordonnant le plus haut degré d'offense. Partant, si le conditionnement de l'accès au message apparaît suffisant pour protéger autrui, l'État doit s'opposer à ce que les tiers puissent « *porter atteinte au droit garanti d'une autre personne* »⁵⁰⁴, à savoir le droit individuel de réception.

551. L'engagement à la réception reste d'une valeur probante relative, car d'une portée limitée. L'engagement ne peut garantir à lui seul la protection d'autrui contre la réception de messages artistiques. Ce n'est que par une étude approfondie des éléments factuels que la présomption d'adéquation s'établit définitivement.

II. Les présomptions de fait

552. Ces présomptions d'ordre factuel sont les plus nombreuses car « *le juge (les) induit librement d'un fait pour former sa conviction, sans y être obligé par la loi* »⁵⁰⁵. Elles n'aboutissent pas à prouver « *l'existence de fait mais (à) la détermination de la situation juridique* »⁵⁰⁶. Cependant, dire quel élément a influencé le choix d'un récepteur est difficile car « *il s'agit ici de présomptions du fait de l'homme* »⁵⁰⁷. Le choix de la réception en fonction des éléments fournis est un processus individuel inéluctablement subjectif. Il ressort, tout de même, que certains éléments de fait peuvent être accueillis objectivement pour créer un indice solide de présomption. Ces éléments sont de deux ordres ; soit ils influent sur le risque de confrontation au message en raison de son mode de communication (A), soit ils éclairent sur l'œuvre et participe à la liberté de choix (B).

⁵⁰⁴ **F. SUDRE**, « *La diffusion de « l'effet horizontal » de la Convention* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p.34

⁵⁰⁵ **G.CORNU**, *Vocabulaire Juridique*, Quadrige, Dicos poche, 7ème édition, p.699

⁵⁰⁶ **J. WROBLEWSKI**, « *Structure et fonction des présomptions juridiques* », dans *Les présomptions et les fictions en droit*, Etudes publiées par **CH. PERELMAN** et **P. FORIERS**, Bruylant, 1974, pp.43 et s., p.49

⁵⁰⁷ **A.-B. CAIRE**, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, Thèse soutenue en 2010, Université de Limoges, p.65

A/ L'influence du mode de communication sur le risque de confrontation

553. La recherche de proportionnalité, au sens de la jurisprudence européenne, commande la prise en compte de divers éléments factuels synthétisés de la sorte : la nature des propos, les personnes en cause (ou victimes) et le moyen utilisé pour communiquer⁵⁰⁸. Toutefois, l'incidence du pluralisme des sensibilités dans le domaine artistique implique que l'on se penche sur les conditions de diffusion pour définir un public potentiel. Toute analyse approfondie du contenu n'intervient que postérieurement, afin qu'elle s'effectue *in concreto*.

554. Tout d'abord, le mode de communication, choisi par l'artiste et le diffuseur, délimite le périmètre de diffusion du message. Dans l'arrêt *Wingrove*⁵⁰⁹ de la Cour EDH, les juges avaient estimé que la diffusion d'un message était incontrôlable en raison des possibilités, notamment techniques, de le relayer entre toutes les mains. Il était alors impossible d'offrir une quelconque définition du public potentiel, si ce n'est l'ensemble des individus. Or, les juges s'orientent désormais vers une contextualisation de la diffusion. Ainsi, la Cour, dans l'arrêt *Leroy*, relatif à la diffusion d'une caricature dans un quotidien local, a restreint le public potentiel du journal en cause en fonction de son périmètre de diffusion⁵¹⁰. La Cour a alors jugé de la caricature à la lumière de la population locale qui risquait d'en subir l'impact. Le périmètre de diffusion d'une œuvre constitue donc une première délimitation du public, créant de fait une restriction géographique à l'accès. Ainsi, toute restriction à l'accès, telles que des mesures techniques, un aménagement des droits d'exploitation, ou de la forme spécifique de l'œuvre⁵¹¹, caractérisant l'espace de diffusion de l'œuvre sont à prendre compte.

555. À la marge de cette délimitation, la langue du message utilisé, si celui-ci en contient une, restreint le public potentiel. Toutefois, la détermination est plus floue. Le critère de la

⁵⁰⁸ En ce sens, **A. STROWEL** et **F. TULKENS**, « *Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité* », préc., p.44. On peut retrouver ces critères dans la distinction opérée par, M. Verdussen concernant la contextualisation d'application de l'article 3, notamment en fonction de « *la nature des actes en cause, (...) leur mode ou méthode d'exécution, de leur effets* » **M. VERDUSSEN**, « *La prohibition absolue des traitements intrinsèquement cruels, inhumains et dégradants* », *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, Bruylant/Academia, 1999, p.88 dans : **S. VAN DROOGHENBROECK**, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Thèse, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruylant, 2001, p.122

⁵⁰⁹ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc.

⁵¹⁰ Cour EDH, *Leroy c. France*, préc., §45

⁵¹¹ On peut penser au cas des œuvres picturales, tels que les tableaux, ou les représentations et spectacles qui ont une diffusion nécessairement limitée à l'exposition ou à la manifestation artistique.

langue d'un message a été retenu par la Cour EDH dans les arrêts *Ulusoy* et *Akdas*. La Cour a alors dégagé l'existence d'un « *public d'une langue donnée* »⁵¹², cette langue étant comprise comme celle habituellement utilisée par les récepteurs⁵¹³. Toutefois, une délimitation du public potentiel aux seuls individus ayant pour langue habituelle celle de l'œuvre est trop rigide. En effet, l'utilisation courante d'Internet et l'attrait massif pour les œuvres en version originale ont fait de l'anglais une langue de choix du domaine artistique. Ainsi, certaines œuvres méritent d'être envisagées en fonction du public plus large susceptible de la comprendre.

556. Ensuite, le mode de communication distingue entre une accessibilité accrue du message par l'ensemble des individus et une diffusion destinée à un public spécifiquement sensible et volontaire. En effet, un même message artistique, qu'il soit diffusé dans des salles de cinéma, à la télévision, en pleine rue, proposé à l'achat ou à la location, ou encore sous forme de roman⁵¹⁴, ne possède pas les mêmes conditions d'accessibilité et donc le même public potentiel. Ainsi, l'ampleur du conditionnement de l'accessibilité à l'œuvre révèle le degré d'ouverture ou de fermeture au public de la communication.

557. Les médias dits de masse⁵¹⁵ offrent une communication ouverte. En effet, ces médias touchent des individus placés en tant que récepteur potentiel de messages de toute espèce. Ainsi, les messages diffusés sont susceptibles d'être reçus par n'importe quel individu par la seule utilisation du moyen de communication. En ce sens, l'arrêt de la Cour EDH *Murphy* a mis en avant que la diffusion d'une expression devait s'analyser au regard d'un « *média donné* »⁵¹⁶. Le média utilisé pour diffuser le message était, en l'espèce, la radio. Ce moyen de communication

⁵¹² Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010, §30

⁵¹³ En ce sens, Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 3 mai 2007, sur la langue kurde ; Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, préc., sur la langue turque. En ce sens, Laurent Pech émet cette hypothèse qu'un site « *de langue anglaise (...) ne visaient pas vraisemblablement le territoire français* » ou tout du moins ne paraissait « *pas prioritairement destiné aux français* ». **L. PECH**, « *Conflit entre différentes conceptions de la liberté d'expression sur l'internet : vers l'imposition d'une lex americana en matière de lutte contre le discours raciste et négationniste ?* » LP, N°188, 2002, II, p.9

⁵¹⁴ En ce sens, C.Cass. 1° civ., 16 oct. 1984, pourvoi n° 83-11.786, *SA Viaduc c/ Portat-Essel*, n° Juris-Data n° 1984-702217

⁵¹⁵ On peut qualifier une communication d'ouverte par un média de masse la diffusion par la télévision, la radio ou Internet. (A titre d'exemple 98,3% des foyers disposent d'au moins un récepteur radio. 8 personnes sur 10 écoutent au moins une fois par jour la radio. La lettre du Conseil supérieur de l'audiovisuel, n°228, juin 2009, p.2) Le cas de la presse est plus litigieux. Il peut être considéré par principe comme un média de masse, ou tout du moins une communication ouverte. Cependant, la spécificité de celle-ci tient d'abord traditionnellement à l'engagement contractuel du récepteur pour sa lecture. De plus, il faut distinguer de la presse d'information qui se détache des journaux spécialisés sur un domaine, dont fait partie la presse satirique. Dès lors, ces éléments sont à prendre en compte pour restreindre le public par la présomption de sa volonté à recevoir un message déterminé. Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

⁵¹⁶ Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, §72

ne conditionnant pas l'accès à un message donné, ce dernier était de nature à toucher un large public de sensibilités plurielles et non forcément volontaire. La Cour a dû mettre à l'abri du message le « *destinataire passif* »⁵¹⁷ intégré au public potentiel. Ainsi, le manque d'éléments présument la recherche de la réception du message par les individus généralise la notion de public. En effet, ce mode de communication ne saurait présumer, à lui seul, une adéquation entre le public et le message diffusé.

Au contraire, une communication fermée, suppose l'engagement de l'individu vers une œuvre déterminée, voire le besoin de s'écarter du reste de la société pour la contempler⁵¹⁸. Ainsi, le public s'identifie par la supposition de l'investissement du récepteur attentif et sensible dans la réception d'un message artistique. Cette délimitation se dégagerait des conditions de la réception à travers deux facteurs : un facteur formaliste, la manifestation positive de volonté⁵¹⁹, et un facteur psychologique relevant de la face visible du contenu de l'œuvre. Le facteur formaliste provient de l'engagement de fait de l'individu à la réception, celui-ci pouvant être renforcé par l'engagement contractuel⁵²⁰. La Cour EDH, dans l'arrêt *Müller*, a justement relevé que l'entrée libre dans une exposition, sans paiement d'un droit d'entrée en contrepartie, était de nature à élargir le public potentiel⁵²¹. *A contrario*, tout conditionnement de l'entrée restreint le public car il suppose la formalisation d'une volonté de réception.

558. L'arrêt *Leroy*⁵²² est un exemple intéressant de l'incidence du média sur l'appréhension du public potentiel d'un message. En l'espèce, la caricature litigieuse se trouvait à l'intérieur d'un journal d'information. La communication aurait pu être perçue comme relativement fermée en raison du choix pour l'individu de se tourner vers le journal litigieux. Toutefois, selon la Cour, ce quotidien d'information s'adressait à un public de presse qui avait la volonté d'être informé sur des sujets d'intérêt général. Si le média en cause avait eu une motivation artistique, humoristique ou divertissante et non principalement informative, le public visé aurait été différent. L'exercice du droit de recevoir se serait fondé sur le désir individuel et non sur le besoin collectif d'être informé. Le désir de se tourner vers le journal aurait été révélateur d'une communication fermée. Or, en l'espèce, le public du quotidien d'information n'était pas le public

⁵¹⁷ *Ibid.*, §74

⁵¹⁸ On peut voir ici, par principe, la représentation cinématographique théâtrale ou musicale, l'exposition, l'acquisition d'un support en vue de la perception privée d'un message artistique. Cependant, des éléments de fait peuvent démontrer l'ouverture d'une telle communication à l'exemple du théâtre de rue.

⁵¹⁹ *Cf. supra*, n°64 et s.

⁵²⁰ Le fait d'entrer au sein d'une exposition. Cependant, si tant est que celle-ci soit de libre accès et sans la contrepartie d'un droit d'entrée, elle n'emporte aucun engagement contractuel.

⁵²¹ Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, §36

⁵²² Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

de la caricature qui y était intégrée. Ce public, qui n'avait pas vocation à recevoir une œuvre qui lui était pourtant destiné, restait indéterminé. La communication de la caricature était donc relativement ouverte et pouvait toucher des individus de sensibilités plurielles. L'engagement contractuel avec le journal, ne valait pas une acceptation de la réception de la caricature. Le public était alors potentiellement le destinataire passif d'un message artistique contenu dans un média d'information.

559. Enfin, le dernier élément tient à la durée de la diffusion ou à son degré de répétition. L'accès à un message artistique peut être temporaire⁵²³ ou continu. La Cour EDH a habituellement retenu, lors de la représentation temporaire d'une œuvre, le public de la seule représentation en cause⁵²⁴. Alors, au sens de la jurisprudence de la Cour, la multiplication des représentations serait de nature à élargir le public potentiel⁵²⁵. En effet, l'impact d'une communication qui persiste dans la durée est renforcé. Toutefois, ce n'est pas seulement parce que le récepteur peut s'y confronter à plusieurs reprises, mais parce qu'un nombre croissant d'individus peuvent être atteints par le message à travers le temps. Ainsi, l'hypothèse de répétition de la diffusion de l'œuvre, voire d'une diffusion continue, tend vers l'élargissement et à l'indétermination du public. L'accroissement du degré de répétition est ainsi une source de restriction potentielle⁵²⁶.

560. Derrière une préalable détermination géographique d'un public, les notions de communication ouverte ou fermée, temporaire ou continue, qualifient graduellement et cumulativement la détermination du public ; les deux bornes sont l'individu isolé et le public en

⁵²³ Par exemple : les représentations théâtrales, voire cinématographiques, la diffusion radiophonique, les manifestations de rue ou les concerts.

⁵²⁴ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc., §17 ; Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007, §48

⁵²⁵ En ce sens : Cour EDH, *Radio France et autre c. France*, 30 mars 2004, notamment §§39-40. Il est à noter que « la société requérante a, quant à elle, été condamnée au titre de la réparation civile à diffuser sur les ondes de France Info un communiqué informant les auditeurs de la condamnation des deuxième et troisième requérants, cela toutes les deux heures pendant vingt-quatre heures ». Cette sanction revenant à la répétition du communiqué apparaît comme la juste mesure pour que le public ayant pu recevoir le message en litigieux puisse recevoir le communiqué. On peut, de même voir une telle analyse lorsque le Conseil d'Etat entend tenir compte de l'ampleur de la diffusion d'un ouvrage pour se prononcer. Ainsi, il tient compte par ce critère des hypothèses d'accessibilité de l'ouvrage dans le temps et dans l'espace. CE, 25 avril 2003, *Association Promouvoir c. Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, N° 255636, à propos de l'ouvrage *Il entrerait dans la légende* de Louis Skorecki.

⁵²⁶ L'hypothèse de restriction augmente inévitablement si la communication perdure dans le temps. Tant que l'œuvre est disponible, elle est susceptible de constituer une violation continue. Dès lors, elle laisse envisager un jugement *ex nunc*, à savoir nourri par « l'appréciation d'éléments nouveaux survenus depuis la décision litigieuse, et étendre cette appréciation aux résultats engrangés ». S. VAN DROOGHENBROECK, Thèse, op.cit., p.186

général⁵²⁷. Ces bornes fixées sont à compléter par les éléments de la face visible du contenu du message.

B/ Les éléments de la face visible du message

561. Ces éléments, qui éclairent le récepteur sur la nature et le contenu de l'œuvre, agissent en tant que facteur psychologique de l'exercice de la liberté de choix. Ils déterminent, de fait, le choix des récepteurs potentiels de recevoir l'œuvre. En effet, la diffusion du message s'accompagne habituellement d'éléments visibles par le public potentiel qui définissent, à divers degrés, le contenu ou la nature du message. La diffusion de l'œuvre dans un lieu ou sur un support dont la spécificité est connue du public peuvent caractériser une destination prioritaire de l'œuvre⁵²⁸. Le *media* diffusé par un *medium* spécifique dévoile en partie la nature de l'œuvre en cause. Malgré le refus de sa prise en compte dans les arrêts *Otto-Preminger Institut*⁵²⁹ et *Wingrove*⁵³⁰, la Cour EDH semble enfin avoir fait sien ce critère dans les arrêts *Karatas*⁵³¹ et *Klein*⁵³².

562. Dans l'affaire *Klein*, le requérant avait publié un article relatif à la sortie du film *The people vs. Larry Flint* et aux réactions qu'elle avait provoquées. Deux associations ont estimé que le sentiment religieux de leurs membres avait été atteint. Pour écarter cette atteinte, la Cour a accueilli l'argumentation du requérant sur la spécificité du journal et de son lectorat. En effet, selon le requérant, cet article était une plaisanterie littéraire qui ne serait pas compris et apprécié par chacun. Toutefois, il l'avait diffusé dans un journal visant des lecteurs intellectuellement orientés qui étaient susceptibles de le comprendre et de l'apprécier. La Cour, en reprenant cette argumentation, affirme que la spécificité du journal, connue du public, conduisait à présumer une

⁵²⁷ Cf. Schémas en fin de chapitre, pp.372 et s.

⁵²⁸ En ce sens, la Cour a déduit du « *style dépouillé, direct et concret* » du *Schoolbook* sa destination prioritaire « *à des enfants et adolescents* ». Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 déc. 1976, §52

⁵²⁹ La Cour est restée sur l'idée d'un public en général bien que le film ait été diffusé « *dans un "cinéma d'art" qui servait un public relativement restreint, amateur de films expérimentaux* ». Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, opinion dissidente des juges Palm, Pekkanen et Makarczyck, §9

⁵³⁰ La Cour réfute l'argument du requérant tendant à rendre possible une restriction du public par la diffusion exclusive de son œuvre dans les sex-shops pour ne toucher que les adultes consentants. Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., §§62-63

⁵³¹ La Cour note que la poésie s'adresse à une minorité de lecteurs. Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999.

⁵³² Cour EDH, *Klein c. Slovaquie*, 31 oct. 2006, §48

adéquation entre l'article et son lectorat potentiel⁵³³. Cette position de la Cour strasbourgeoise n'est pas sans rappeler l'analyse des juges français. Ces derniers s'étaient appuyés sur le caractère satirique du journal Charlie Hebdo pour légitimer la publication de caricatures de Mahomet⁵³⁴. Cette analyse du public spécifique se démarque de celle effectuée dans l'affaire *Leroy*⁵³⁵ préalablement évoquée, car, en l'espèce, c'était un journal généraliste d'information qui était mis en cause.

563. La spécificité du support utilisé, si elle est connue du public, permet de présumer l'adéquation entre le message et le public touché. La forme même de l'œuvre peut caractériser la spécification du public. Ainsi, le caractère particulier de la forme satirique, caricaturale⁵³⁶ ou « lorsque (...) l'œuvre relève du cinéma d'auteur »⁵³⁷, sont à analyser comme des formes d'expression artistique s'adressant à des récepteurs qui y sont sensibles⁵³⁸. En effet, ces formes créent une certaine visibilité sur la nature de l'œuvre. Le public potentiel est aiguillé, tant de l'exercice de sa liberté de choix, que lors du déroulement de la réception. La révélation de la nature du message ne laisse que peu de doute sur la motivation du récepteur, son aptitude à interpréter le message en connaissance de cause, réduisant incidemment son potentiel néfaste⁵³⁹. En effet, l'art n'est pas qu'une forme d'expression politique et intellectuelle mais relève de

⁵³³ En l'espèce, la Cour relève l'argument du requérant relatif à la spécificité du journal dans lequel a été publié le message litigieux. « *The fact that it was published in a weekly journal aimed at intellectually-oriented readers is in line with the applicant's explanation that he had meant the article to be a literary joke with ideas and associations to the film "The People vs. Larry Flynt" which he had not expected to be understood and appreciated by everyone. The journal was then published with a circulation of approximately 8,000 copies.* » (Traduction personnelle: Le fait qu'il ait été publié dans un journal hebdomadaire visant des lecteurs intellectuellement orientés est conforme à l'explication du requérant disant que l'article était une plaisanterie littéraire avec des idées et des associations au film "The People vs. Larry Flynt" qu'il ne s'était pas attendu à être compris et apprécié par chacun. Le journal a été publié en environ 8000 copies.) *Ibid.*, §48

⁵³⁴ **E. DERIEUX**, « L'affaire des « caricatures de Mahomet » : liberté de caricature et respect des croyances », TGI Paris, 17^e ch. corr., 22 mars 2007, JCP G., n^o 19, 9 Mai 2007, II 10079 ; **H. LECLERC**, « Les caricatures de Mahomet », CA Paris, 11^e Ch., 12 mars 2008, LP, juin 2008, pp.107 et s.

⁵³⁵ Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

⁵³⁶ En ce sens, Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007, §33 ; Cour EDH, *Leroy c. France*, préc., §39

⁵³⁷ TGI de Paris, réf., *Association AGRIF c. Godard et a.*, 28 janv. 1985, D.1985, p.129 note **R. LINDON**, pp.129-130, p.129

⁵³⁸ En ce sens, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc., §49. En l'espèce, il est dommage que la Cour réduise si substantiellement l'étendue du public à l'aide du seul critère de la spécificité de la forme poétique. Une analyse plus approfondie aurait sans doute permis une délimitation plus solide du public du message.

⁵³⁹ Dès lors, il apparaît logique que lorsque l'artiste use d'une forme artistique comme un roman qui mélange fiction et réalité, la confusion des genres ne permet pas une telle spécification. Le récepteur pouvant être enclin à y voir tant une information qu'un récit fictionnel, le public potentiel reste inévitablement élargi. En ce sens, Cour EDH, *Lindon, Otchakowsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007. On peut voir une certaine analogie avec l'arrêt *Oberschlick* où le requérant avait écrit son article sous forme de plainte. Dès lors, il a pu amener « un nombre de lecteurs à croire à l'existence de poursuites ». Cour EDH *Oberschlick c. Autriche*, 23 mai 1991, §63.

l'émotion, du sensible, donc de l'intérêt personnel⁵⁴⁰. Alors, lorsqu'une personne regarde la chaîne *CinéCinéma Frisson*⁵⁴¹, c'est pour y trouver des films d'horreur et potentiellement se faire peur. Lorsqu'une personne achète un journal satirique, c'est pour y retrouver des caricatures et une certaine forme d'humour pour potentiellement en rire. Alors, ces critères de support et de forme déterminent le public potentiel car ils participent au processus de choix du récepteur. Ils permettent au récepteur d'avoir connaissance de la nature de l'œuvre et aux opposants de se protéger contre elle.

564. La face visible du contenu du message ne tient pas qu'aux éléments intrinsèques à l'œuvre, mais sont à chercher dans l'ensemble des informations préalables à la réception. Ces informations constituent un accessoire de l'œuvre rendant son contenu plus visible pour le public potentiel. Que ce soit une affiche publicitaire de film⁵⁴², un communiqué⁵⁴³, ou la description du contenu sur le support⁵⁴⁴, ces informations participent à un consentement éclairé en raison de leur effet attractif ou répulsif sur les récepteurs. En effet, ces informations ont permis à des associations d'entamer une action à l'encontre d'un message artistique « *avant même sa première projection publique* »⁵⁴⁵. Dès lors, le fait que ces éléments puissent suffire à remettre en cause le contenu d'un message devant les tribunaux démontre leur rôle dans la protection des opposants contre la réception. Les individus en opposition avec le contenu du message dès avant une réception potentielle s'excluent d'eux même du public. Cette analyse implique alors qu'un public « *non prévenu du contenu* »⁵⁴⁶ soit nécessairement plus aléatoire.

565. L'analyse de la force probante de ses éléments n'est pas des plus aisées. La jurisprudence a eu pour difficulté de distinguer l'information préalable de la « *publicité*

⁵⁴⁰ En ce sens, **D. LEFRANC**, « L'affaire « Apocalypse ». Un revirement dans la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique ? », Auteur et médias, sept. 2007, pp. 327 et s. ; De même, Cour Suprême du Canada, *La Reine c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697

⁵⁴¹ www.cinecinema.fr

⁵⁴² En ce sens, l'affiche du film *Amen* a été considéré implicitement comme un accessoire de l'œuvre destiné à informer les individus sur le film constituant l'œuvre principale. **A. TRICOIRE**, *Interprétation du sens de l'affiche d'un film par le juge*, LP n°192, juin 2002, III, pp.105 et s.. Dans un même sens, la Commission Nationale de Classification des œuvres cinématographiques affirme que son contrôle portant sur les œuvres, les films annonces et publicitaires a pour but de « *délivrer au public des informations visant à l'aider dans ses choix* ». Commission Nationale de Classification des œuvres cinématographiques, Rapport d'activité 1^{er} mars 2006-28 février 2007.

⁵⁴³ Voir, Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.

⁵⁴⁴ En ce sens, voir les arguments du requérant dans Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc. Concernant une quatrième de couverture d'un livre, Cour EDH, *Orban c. France*, préc.

⁵⁴⁵ TGI Paris, réf., 28 janv. 1985, *AGRIF c. Godard*, n° Jurisdata : 1985-764695. Une telle hypothèse se retrouve aussi dans l'affaire de la Cour EDH, *Otto-Preminger Institut*. Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.

⁵⁴⁶ Cour d'appel de Paris, 27 sept. 1988, *Gaz. Pal.*, 22 oct. 1988

tapageuse »⁵⁴⁷ cherchant à attirer le grand public⁵⁴⁸, devenant à elle seule une atteinte⁵⁴⁹. Le contenu même d'un élément d'information peut aussi bien révéler la nature de l'œuvre qu'induire le récepteur en erreur⁵⁵⁰. Alors si certains éléments apparaissent naturellement comme présumant l'adéquation du public au message, d'autres nécessitent une analyse au cas par cas. Des articles de presse, qui ne sont pas forcément à la portée du public avant la réception, n'ont pas la même force informative que la préface d'un livre, position à laquelle les juges internes n'ont pas souscrit⁵⁵¹. Si ces informations préalables peuvent délimiter le public, ce n'est qu'à la condition qu'elles viennent au public et non qu'il doive les rechercher. Elles doivent valoir pour l'ensemble des individus. La prise en compte de ces éléments revêt alors deux conditions : une information suffisamment visible et suffisamment compréhensible pour présumer la capacité de choix des individus sur la réception de l'œuvre. Ainsi, les éléments qui éclairent les récepteurs sur le message artistique servent à présumer leur liberté de choix. Le résultat de leur analyse va de la caractérisation de l'ignorance de la nature et du contenu de l'œuvre par le public jusqu'à sa pleine connaissance. Si l'artiste n'a aucune obligation à informer le public, un fort degré d'ignorance sur le message ne permet pas de présumer son adéquation avec le public car ce dernier reste indéterminable. *A contrario*, tout élément d'information concourt à présumer l'adéquation entre un message et un public supposé avoir fait le choix de la réception.

566. La Cour EDH, malgré des prises en considération éparses et parfois heureuses des conditions de diffusion, a souvent eu peine à se détacher du contenu du message en cause pour juger de sa légitimité. Or, le pluralisme des sensibilités justifie une analyse prioritaire des conditions de diffusion afin de déterminer le public potentiel d'un message. Cette caractérisation, par le jeu d'une présomption d'adéquation, est le préalable à la recherche d'un équilibre entre les intérêts concurrents car elle définit la place de chacun. Cette présomption ne saurait aboutir à repérer chaque récepteur et ses motivations profondes. Sa précision dépend donc de trois critères : le degré d'ouverture de la communication, le degré de répétition et le degré

⁵⁴⁷ Notamment, TGI de Paris, réf., *Association AGRIF c. Godard et a.*, 28 janv. 1985, D.1985, p.129 note **R. LINDON**, pp.129-130

⁵⁴⁸ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, §36

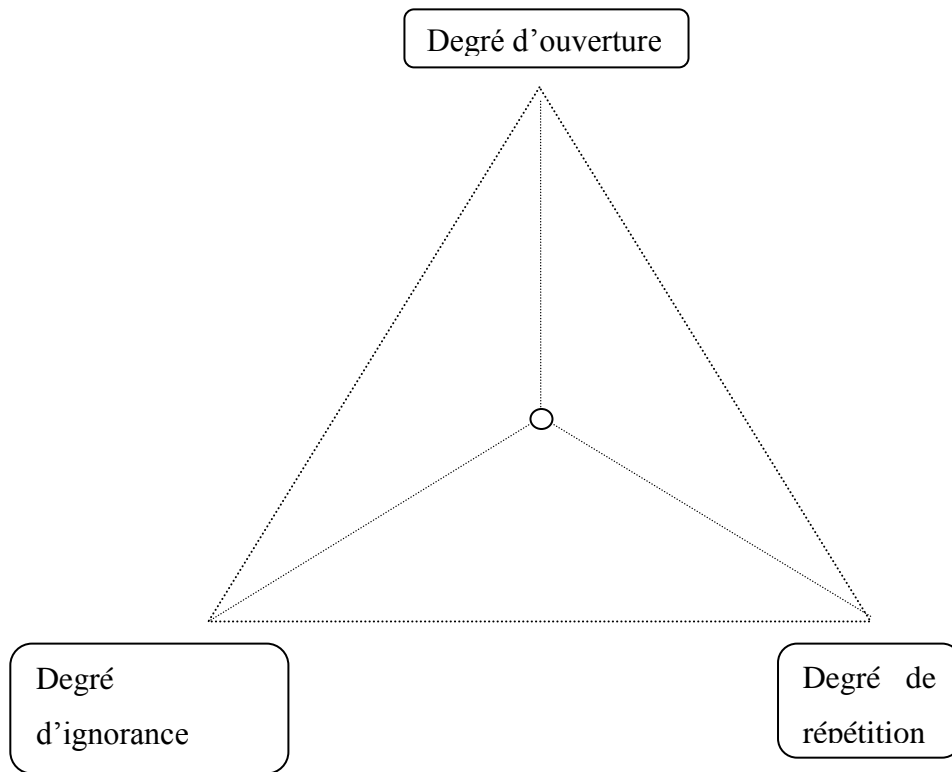
⁵⁴⁹ En ce sens Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §54

⁵⁵⁰ Il aurait pu être reproché à la bande-dessinée *Fraise et Chocolat* d'Aurélié Aurita d'induire le récepteur potentiel en erreur sur la nature du livre. Ce livre sous forme d'une Bande-dessinée pour enfant est un ouvrage érotique. Cependant, le quatrième de couverture met largement en avant la nature érotique de l'ouvrage

⁵⁵¹ TGI Paris, 16 nov. 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel et a.* En l'espèce le tribunal relève l'existence des articles et commentaires. Néanmoins, elle n'en déduit que peut de chose mis à part la reconnaissance d'une œuvre littéraire traitée en tant que telle. Ce qui est plus critiquable, c'est en l'espèce la non prise en compte de la préface du livre qui aurait pu constituer un élément de détermination du public par son accessibilité avant toute soumission à l'œuvre. En effet, celle-ci reflétant la pensée de l'auteur, elle tient lieu d'information pour le récepteur potentiel sur la nature du livre. En ce sens et sur l'arrêt, voir : **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », préc.

d'ignorance. Ces trois critères, lorsqu'ils sont au plus haut, ne permettent pas de déterminer objectivement le public. L'analyse de l'expression litigieuse est à effectuer à la lumière d'un public en général. Cependant, l'appréciation cumulative de ces trois critères conduit à la possibilité de qualifier et de quantifier le public potentiel. Elle exclut du public les personnes protégées contre la réception du message artistique. Partant, cette présomption révèle de même la position des opposants au message : soit ils sont une partie intégrante du public et la question de leur protection contre la réception se pose, soit ils sont exclus et c'est alors une atteinte provenant des effets de la seule existence du message qui serait à prouver.

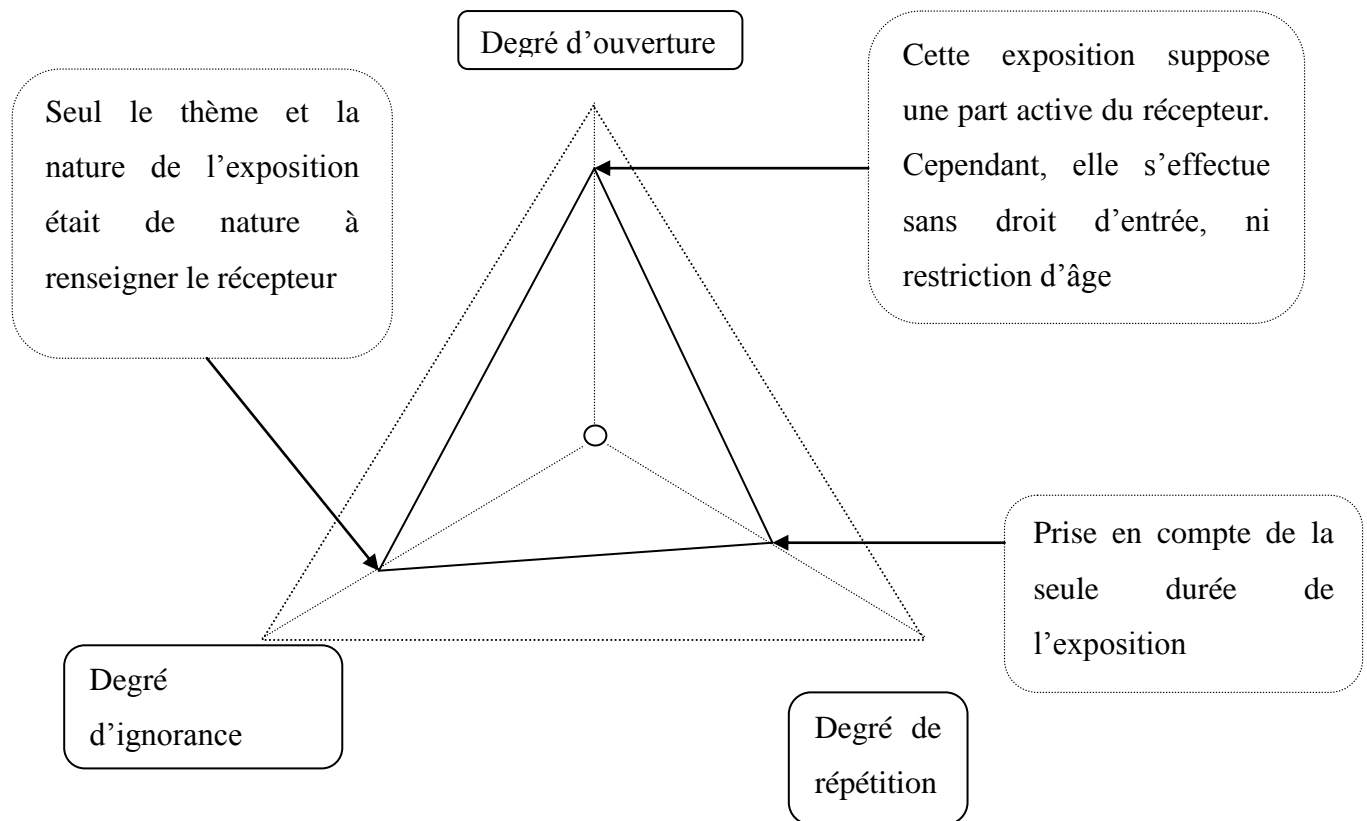
Représentation schématique des critères de la présomption d'adéquation entre le message et le public potentiel



△ Représentant le public en général

○ Représentant l'individu isolé

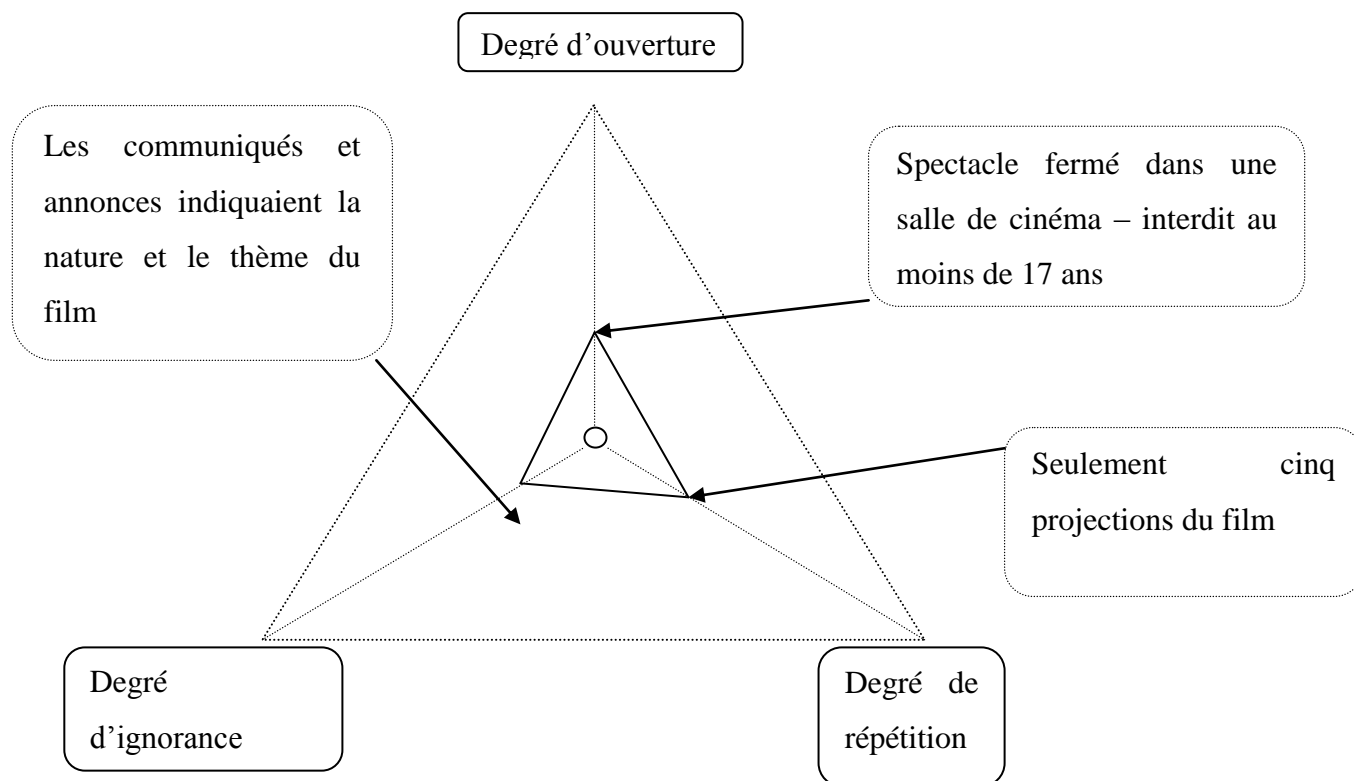
Application des critères de la présomption d'adéquation à l'affaire Müller



- △ Représentant le public en général
- Représentant l'individu isolé
- △ Représentant le public présumé de l'œuvre

Conclusion : Le public présumé de l'œuvre tend à se rapprocher du public en général. Son indétermination est de nature à accorder une part plus importante à la protection des droits d'autrui lors de l'analyse du contenu de l'oeuvre.

Application des critères de la présomption d'adéquation à l'affaire Otto-Preminger Institut



- △ Représentant le public en général
- Représentant l'individu isolé
- △ Représentant le public présumé de l'œuvre

Conclusion : L'analyse des éléments tenant à la diffusion de l'œuvre démontrent, qu'en l'espèce, l'œuvre ne touchait pas le public en général, mais un public réduit, se rapprochant de la capacité d'individualisation des récepteurs. Dès lors, la recherche de proportionnalité effectuée par la Cour entre liberté d'expression et protection des droits d'autrui se trouve erronée, car partant d'un postulat dévoyé de la notion de public.

Conclusion du Chapitre 1

567. Tout message choquant n'est pas, *a priori*, intéressant. Tout message intéressant n'est pas forcément choquant. De là, les effets de la dimension collective de la liberté de réception peut apparaître simple à appréhender ; restreindre les messages choquants, laisser circuler les messages intéressants et rechercher lequel de ces deux caractères doit l'emporter en cas de conflit. Or, la dimension collective ne se résume pas à la recherche d'un équilibre entre des intérêts équivalents à l'égard du seul contenu du message artistique. En effet, certains messages sont de nature à intéresser l'ensemble de la population. Toutefois, le pluralisme de sensibilités des récepteurs fait ressurgir cette idée qu'un message artistique peut être tout autant choquant pour une part de la population qu'intéressant pour une autre part. La tradition voulait que le respect des droits de la personne à protéger contre le message l'emporte sur celui des récepteurs. Cette solution se fondait sur deux motivations principales. Le message artistique n'était pas, par principe, un message digne d'intérêt pour la population. L'image de l'artiste dans la jurisprudence correspondait fort activement à celle d'un homme qui ne parle jamais que l'injure à la bouche. Ses excès ne pouvaient alors conduire à la tolérance du message par autrui.

568. Le respect du pluralisme ne saurait priver le message de tout intérêt. Au contraire, à travers la reconnaissance du rôle spécifique de l'artiste dans la société, il tend à laisser prospérer une représentation de l'ensemble des opinions au profit du débat démocratique. La deuxième motivation revenait à l'indifférence de l'intérêt personnel que pouvait revêtir le message artistique. En l'absence de reconnaissance du principe de l'autonomie personnelle, le droit individuel de recevoir ne pouvait primer sur la protection des droits d'autrui dès lors que le message était susceptible de choquer une part de la population. L'individu, n'ayant aucune liberté de choix garantie, s'intégrait dans un public composé de sensibilités diverses. Seule une analyse du contenu conduisait à savoir si le message pouvait être toléré par tous. Cette démarche aboutissait alors à protéger des individus qui, *de facto*, n'avaient pas à se confronter au message. Le pluralisme des sensibilités avait pour conséquence de protéger au maximum les diverses sensibilités contre les messages artistiques choquants plutôt que de les contenir dans le droit de recevoir ceux qui leurs sont conformes. Or, le respect du pluralisme des sensibilités est avant tout œuvre de tolérance. Cette dernière joue d'autant plus que l'opposant au message n'a pas à s'y confronter.

569. L'analyse du message artistique dans sa dimension collective n'a donc pas pour point névralgique le contenu de l'œuvre, mais ses conditions de diffusion. En effet, c'est à partir de ces dernières que l'on sait qui est susceptible de recevoir le message. Et ce n'est qu'en distinguant les divers intérêts en présence, que l'on peut apporter une protection à chacun d'entre eux. Le pluralisme de sensibilités est alors à considérer, non plus comme une inévitable source de restrictions, mais comme « *une ressource à protéger* ». Ce n'est que par cette conception de la diversité que l'on parviendrait à la double extension de la liberté qui a été exposée. En effet, seule la mise au premier plan de la protection du pluralisme des sensibilités permet de garantir aux divers intérêts individuels une « *protection mutuelle* »⁵⁵² et simultanée. Cette exigence de protection mutuelle, résidant dans l'idée de juste équilibre, inclut inévitablement que le pluralisme des sensibilités puisse être la source de restrictions.

⁵⁵² P. MEYER-BISCH, « *La centralité des droits culturels, points de contact entre diversité et droit de l'homme* », Actes du troisième colloque international des droits de l'homme, Diversité culturelle et droits de l'homme, Athènes 2007, *Annuaire International des Droits de l'homme*, III, 2008, Bruylant, pp.31 et s., p.35

Chapitre 2 : Le pluralisme des sensibilités modérateur du droit individuel de recevoir

570. Un appel à la tolérance dirigé vers une part de la population ne peut aboutir à nier sa protection. Demander à une part de la population d'accepter tous les messages offensants à leur égard n'est pas signe d'esprit d'ouverture, mais d'un manque de protection. En effet, le respect du pluralisme des sensibilités a pour but de respecter l'ensemble des sensibilités, et non de mépriser autrui. Un défaut de protection romprait le juste équilibre recherché entre les intérêts des récepteurs et ceux d'autrui, protégés par le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH. La tolérance ne pouvant être absolue, la mise en place de limites est inévitable. Ces restrictions, nées du pluralisme des sensibilités, se distinguent dans leur portée et dans leur but. En effet, une part des restrictions se concentrent sur certains membres du public. Une autre part touche directement le contenu du message. Elle devient alors la limite qu'impose le pluralisme des sensibilités à l'ensemble des récepteurs potentiel. Dans un premier temps, des restrictions partielles ne touchant qu'une part des individus surviennent de manière préventive pour préserver le droit de recevoir d'autrui (Section 1). Dans un second temps, des restrictions générales apparaissent quand il s'agit de sanctionner un abus dans l'exercice de la liberté d'expression artistique (Section 2)

Section 1 : Des restrictions partielles

571. Certaines restrictions ont un caractère partiel car elles n'excluent que certains individus du public potentiel. Ces mesures de précaution aboutissent à une restriction du droit de recevoir de certains individus avant la diffusion du message. Les critiques portées sur l'idée même d'une restriction préventive à la liberté de recevoir peuvent survenir. Pourtant, elles sont nécessaires pour garantir la réception paisible du message artistique par autrui (§1). Toutefois, leur caractère préventif appelle à la prudence, à une délimitation claire de l'objectif des contrôles préalables à la diffusion du message (§2).

§1. Des restrictions au nom de la réception paisible par autrui

572. Si ces restrictions à la diffusion du message artistique ne sont que partielles, c'est qu'elles ne touchent qu'une partie du public potentiel. En effet, si certains individus n'ont pas le droit de recevoir le message ou qu'il n'y va pas de leur intérêt, on ne saurait pour autant en priver autrui. Ce n'est pas ici la liberté d'expression de l'artiste qui est touchée, mais le droit de recevoir. Ces restrictions prohibent l'accès au message à certains individus (I) pour assurer la libre réception par autrui (II).

I. Des restrictions à raison des individus

573. Diverses restrictions – éléments de détermination du public potentiel- apparaissent préalablement à la diffusion du message artistique. Trois types de restriction à raison des individus se dégageraient en fonction de leur objectif de protection. La première est d'ordre intellectuel. La reconnaissance de l'autonomie de la volonté du récepteur, ne laisse que peu de place à une telle restriction. Alors, seule la vulnérabilité de principe du mineur légitime la prise de mesures préalable. La deuxième est une protection d'ordre physique. Des mesures sécuritaires assurent la protection des personnes lors du déroulement de la réception, quitte à en évincer

certaines du public. La troisième est plus à part. Elle répond à l'objectif de protection des droits d'auteur dans l'environnement numérique.

574. La protection déjà évoquée du mineur est le principal cas de restriction individuel à la liberté de recevoir. La particulière sensibilité du mineur impose de soustraire à sa vue certains messages. En effet, l'esprit du mineur en phase d'épanouissement est plus enclin à la corruption. La réception de certains messages lui est préjudiciable. Dès lors, ces restrictions se mettent en place dès avant la diffusion¹. Une protection de la jeunesse seulement sous l'égide d'un système répressif, à l'image de l'article 227-24 du code pénal, conduirait à de nombreuses entraves au droit à la réception du majeur. Les restrictions préventives à l'égard du mineur, plutôt que de s'orienter vers une censure pure et simple du message, doivent opter pour la mesure la moins intrusive pour la liberté d'expression. De la sorte, sans attenter au droit à la réception du récepteur adulte, la restriction recherche un juste équilibre entre liberté de réception et protection du mineur.

575. La présence physique des récepteurs lors de manifestations artistiques est la source de restrictions individuelles à la réception. Elles répondent à un but sécuritaire de protection physique des participants. L'État est, en effet, astreint à une « *obligation de protection* »² des participants afin de garantir le caractère pacifique de la manifestation. Dans un premier temps, la protection s'opère par une limitation du nombre de participants pour des raisons de sécurité. L'incident du 24 juillet 2010 lors de la manifestation *Love parade* à Duisbourg en Allemagne en est le plus triste exemple. Le site où avait lieu l'évènement pouvait accueillir 250.000 personnes. Toutefois, en l'absence de précautions préalables prises par les organisateurs et les autorités, 1 millions 400 milles personnes se sont rendues sur le site. Le nombre trop important de personnes désirant se rendre à l'évènement créa un mouvement de foule. 19 personnes furent tuées et environ 350 personnes furent blessées. Cet incident a donné lieu à une enquête afin d'établir les

¹ En ce sens voir la jurisprudence de la Cour EDH : décision d'irrecevabilité, Cour EDH, *VD et CG c. France*, du 22 juin 2006 ; du conseil d'Etat : CE 4 février 2004, *Association Promouvoir*, relatif au film *Ken Park*, CE 10 mars 2004, relatif au livre *Il entrerait dans la légende* de Louis Skorecki, CE, Section, 30 juin 2000, *Association « Promouvoir, M. et Mme Mazaudier et autres*, relatif au film *Baise moi*, **M. CANEDO**, « Le conseil d'Etat gardien de la moralité publique », RFDA 2000 p.1282, **J. MORANGE**, « *Censure, liberté, protection de la jeunesse* », RFDA 2000, pp.1311 et s., CE, 29 juill. 1994, **J.-P. DIDIER**, « *A propos du contrôle administratif en matière de presse des publications de toute nature* » JCP 1995, II, 22496. Il est à noter que l'ordonnance n°59-28 du 5 janvier 1959 réglementant l'accès des mineurs à certains spectacles se révélant « *de nature à exercer une influence nocive sur la santé ou la moralité de la jeunesse* » (article 1). Voir aussi **S. COLOMBET** et **M. VIGNAUD**, « *Publicité, presse, littérature et sexe : tout ce que vous avez toujours voulu savoir...* », LP, n°204, sept. 2003, II, pp.113 et s.

² Cour EDH, *Plattform « ärzte für das leben » c. Autriche*, 21 juin 1998

responsabilités concurrentes des organisateurs et des autorités³. Cet exemple justifie que l'obligation d'assurer la sécurité des récepteurs joue « *jusque dans les relations interindividuelles* »⁴ afin que les autorités refusent à certains individus l'accès à la manifestation sous couvert du but légitime de « *défense de l'ordre* »⁵, « *de prévention des infractions* »⁶ ou de la protection des droits d'autrui.

576. Cette limitation quantitative se double d'une restriction fondée sur l'attitude du participant potentiel. Une protection ne bénéficiant qu'aux « *seuls manifestants pacifiques* »⁷, tout individu susceptible « *d'entraver ou perturber* »⁸ la manifestation peut être restreint dans son droit à la réception. En l'affaire *Epple* de la Cour EDH, le requérant reçut l'injonction des autorités de quitter les lieux d'un spectacle folklorique auquel il prétendait vouloir assister le temps de la représentation⁹. Le requérant refusant d'obtempérer, il fut mis en détention. La Cour a conclu à la violation de l'article 5 concernant la durée de la détention. Toutefois, le principe même de la détention n'a pas été remis en cause en raison des soupçons de commission d'infraction pesant sur le requérant¹⁰. La Cour a légitimé l'interdiction opposée au requérant d'assister au spectacle en raison des risques qu'il faisait peser sur son bon déroulement. La Cour EDH aurait affirmé, du moins implicitement, le droit de restreindre individuellement l'accès à une manifestation artistique

Une telle restriction est à conditionner. Elle exigerait que le participant potentiel soit *a minima* soupçonné de créer un risque avéré d'entrave à la manifestation¹¹. Dans l'affaire *Epple*¹², la Cour n'a pas estimé nécessaire d'examiner la requête alléguée sur le fondement de l'article 10 de la CEDH, n'y voyant « *aucune apparence de violation* »¹³. Sans doute a-t-elle estimé que l'apparence punk du requérant et sa participation antérieure aux Journées du chaos, événement interdit, suffisait à légitimer la détention. Elle ne l'a pourtant pas démontré. L'article 10 de la CEDH renferme le droit de recevoir un message artistique. La Cour aurait alors pu rechercher si

³ Sources : www.nouvelobs.com, www.lemonde.fr

⁴ *Ibid.*

⁵ Restriction prévue aux paragraphes 2 des articles 10 et 11 de la CEDH

⁶ En ce sens Cour EDH, *Epple c. Allemagne*, 24 mars 2005, §34

⁷ **J. ANDRINATSIMBAZOVINA**, « *La liberté de participer à une réunion pacifique* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc. p.654

⁸ Cour EDH, *Plattform « ärtze für das leben » c. Autriche*, préc.

⁹ L'affaire se déroule dans un contexte particulier. Le requérant d'apparence punk était soupçonné de venir participer aux Journées de Chaos, manifestation préalablement interdite par les autorités. Cour EDH, *Epple c. Allemagne*, préc., §§8-9

¹⁰ *Ibid.*, §34

¹¹ Par exemple un « *harcèlement qui conduisait à interrompre systématiquement les expositions* ». CA Bruxelles, 14 juin 2007, note, **V.-L. BENABOU**, PI n°28, 2008, pp.347 et s

¹² Cour EDH, *Epple c. Allemagne*, préc.

¹³ *Ibid.*, §48

le requérant, qui était sur les lieux en raison de l'interdiction de la tenue des Journées du chaos¹⁴, était susceptible d'entraver au bon déroulement du spectacle auquel il prétendait se rendre. Or, l'absence de justification laisse planer le doute sur la légitimation d'une mesure discriminatoire du fait de l'apparence punk du requérant. Sans revenir au temps où les autorités craignaient que les jeunes succombent au « *désir irrésistible (...) de vouloir danser* »¹⁵, ces restrictions, nécessaires au bon déroulement de l'activité de réception, sont à prendre plus au sérieux.

577. Enfin, les restrictions géographiques interdisent aux individus d'un territoire donné d'accéder à des œuvres diffusées sur Internet. Cette restriction touche les territoires où l'œuvre ne fait l'objet d'aucune licence en vue de son exploitation. C'est primordialement dans un but de protection des droits d'auteur que les récepteurs positionnés sur un territoire donné sont restreints dans leur droit à la liberté de réception de messages artistiques. Cette restriction constitue, à l'initiative des ayants droit, une exception au caractère transfrontalier de libre circulation des opinions et idées¹⁶.

578. Qu'elles protègent la santé morale, la sécurité physique des individus ou la part économique du message, ces diverses restrictions ne visent que certaines personnes déterminées en raison du but qui les fonde. Elles se recoupent en raison de l'objectif commun : la sauvegarde du droit à la réception d'autrui. En effet, ces ingérences préventives dans le droit de recevoir de certains individus conduisent à la garantie du droit à la réception pour la plupart des autres. Elles offrent une protection du droit de recevoir dans sa dimension collective en garantissant un accès à l'œuvre au plus grand nombre.

II. Une garantie pour autrui du droit de recevoir

579. Les restrictions imposées au mineur ont pour but premier de lui éviter de se confronter à des œuvres qui lui serait nuisible. La conséquence logique de cette protection réside dans l'idée

¹⁴ *Ibid.*, §38

¹⁵ Les autorités d'Atlanta, en Géorgie, interdirent à une époque l'accès aux concerts pour les mineurs de moins de 18 ans non accompagnés d'un adulte. **L. MARTIN** et **K. SEGRAVE**, *Anti-Rock, The opposition to Rock'n'roll*, New York, Da Capo Press, 1993, dans **A. BENETOLLO**, *Rock et Politique : Censure, Opposition, Intégration*, L'Harmattan, op. cit., p.120

¹⁶ L'article 10 de la CEDH prévoit « *la liberté de recevoir et communiquer des idées et informations (...) sans considération de frontière* ». En ce sens, Cour EDH, *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990

que, le mineur étant protégé, l'œuvre peut être en libre circulation au profit des adultes. Ce souci d'équilibre entre les intérêts concurrents se retrouve dans la Directive européenne du 10 mars 2010 relative aux services de médias audiovisuels. Il est souligné que « *Les mesures de protection des mineurs [...] devraient être soigneusement mises en balance avec le droit fondamental à la liberté d'expression prévu par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »¹⁷. L'Union européenne reconnaît notamment l'existence « *d'un système de filtrage efficace, actualisable et facile à utiliser, ou l'accès à des services spécifiquement conçus pour les enfants et pourvus de systèmes automatiques de filtrage* »¹⁸. Elle voit dans ces mesures une protection du mineur qui n'attente pas à la liberté d'expression. En droit interne, l'article 227-24 du code pénal vise la prise de mesures d'ordre répressif pour restreindre la diffusion « *lorsque (le) message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* »¹⁹. L'absence de toute mesure préventive contre la perception par le mineur accroît donc inévitablement le risque d'application du système répressif²⁰.

Dans les arrêts *Müller* et *Wingrove* de la Cour EDH, l'absence de « *limite d'âge* »²¹ pour accéder à l'œuvre avait favorisé la restriction en raison d'un manque de précaution. Or, l'application du droit pénal conduisait à rendre l'œuvre inaccessible pour l'ensemble du public. *A contrario*, une restriction préalable, malgré ses limites²², jouerait en faveur de la libre circulation. Même si la doctrine reste divisée sur l'efficacité de telles mesures²³, ces dernières font que l'œuvre n'est pas en principe susceptible de perception par le mineur. Or, si le pouvoir administratif n'intervient pas ou s'il n'apporte aucune restriction, seul le juge pénal peut pallier l'absence de protection du mineur. Alors toute restriction à l'encontre du mineur devient un signe de liberté pour le récepteur adulte.

¹⁷ Directive du Parlement européen et du Conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010, (60)

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Article 227-24 du code pénal

²⁰ En ce sens CA Paris, 11^e ch., 11 sept. 1989, Droit Pénal, fév. 1990, n°48

²¹ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988

²² En raison du principe de la séparation des pouvoirs, les tribunaux de l'ordre judiciaire ne sont pas liés à l'appréciation des autorités administratives qui imposent ces restrictions préalables. Deux arrêts de la Cour de cassation du 19 janvier 2005 rappellent que « *le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose* » à ce « *qu'une tolérance ou une autorisation administrative, même accordée en vertu d'un texte réglementaire, relève le juge répressif du devoir qui n'incombe qu'à lui d'appliquer la loi pénale et qu'en refusant de se prononcer sur le caractère pornographique* » « *d'un film au prétexte que sa diffusion était autorisée par un visa d'exploitation* » ou « *d'un livre au prétexte que le ministre en aurait autorisé la diffusion* », les juges d'appel ont commis un excès de pouvoirs et violé le principe de la séparation des pouvoirs ». C. Cass., Ch. crim., 19 Janvier 2005, n°04-83.044, affaire relative au film *Le pornographe*, et n°04-89.049, affaire relative au livre *Il entrerait dans la légende*.

²³ Selon certains auteurs, comme la Professeure Michèle-Laure Rassat, « *presque toutes les précautions sont inutiles pour interdire l'accès aux mineurs* ». Des auteurs tels que Frédéric Gras y sont plus favorable. Voir dans : **A. TRICOIRE**, « *L'art, la censure et les droits de l'homme* », LP nov.2002, II, pp.148 et s., p153

580. Les restrictions imposées lors de manifestations artistiques ont pour but de protéger tant la manifestation et que ses participants. Inévitablement, l'impossibilité de restreindre l'accès des manifestations artistiques à certains individus accroît le risque de perturbation de la manifestation et d'insécurité pour le public. Ainsi, les restrictions agissent à l'encontre des seuls individus de nature à entraver la manifestation et rompre le caractère pacifique²⁴. En effet, la conservation de ce caractère est essentielle à l'exercice du droit de recevoir dans sa dimension collective. Alors, ne restreindre l'accès à une manifestation qu'à une part des participants potentiels est la première « *mesure raisonnable et appropriée afin d'assurer (son) déroulement pacifique* »²⁵. En effet, l'obligation de protection de l'État n'est que de moyen²⁶. Si les autorités ne pouvaient restreindre l'accès à certains individus, la situation conduirait à ce qu'elles ne puissent garantir le caractère pacifique de la manifestation pour l'ensemble des participants. Ces restrictions évitent ainsi de recourir directement à une mesure d'interdiction, telle que lorsque les autorités ne sont « *pas en mesure de mettre à sa disposition des forces de police pour assurer l'ordre public à l'occasion du festival projeté* »²⁷. L'exercice du droit de recevoir peut être préservé, quoique limité aux moyens dont disposent les autorités pour les récepteurs.

581. La restriction géographique touche inévitablement le droit de recevoir. Elle est une restriction individuelle à la réception relative aux moyens de diffusions « *car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations* »²⁸. Par cette mesure, seuls les territoires où les droits patrimoniaux de l'artiste sont garantis offrent un accès individuel aux œuvres. En procédant à l'exclusion d'une part du public, la restriction géographique assure une protection du droit de recevoir en conformité avec les droits de l'artiste. La remise en cause d'une telle clause conduirait à l'accessibilité des œuvres à tous, évacuant toute obligation de compensation pour l'artiste. Une telle forme de réception devient attentatoire aux droits d'auteur protégés par l'article 1 Protocole 1 au sens de l'arrêt *Balan*²⁹. En effet, une accessibilité de fait de son message conduit à l'impossibilité de conclure des accords territoriaux de diffusion pour l'artiste. Le respect de ses droits l'oblige à renoncer à la mise à disposition de

²⁴ Selon la jurisprudence de la Cour EDH « *la protection offerte par l'article 11 bénéficie (...) aux seuls manifestants pacifiques* ». Dès lors, un comportement non pacifique emporte la non protection de l'individu et la susceptibilité de se voir interdire de participer à une manifestation artistique. **J. ANDRINATSIMBAZOVINA**, « *La liberté de participer à une réunion pacifique* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc. p.654

²⁵ *Ibid.*

²⁶ En ce sens, *Ibid.*, §34

²⁷ CE, Sect., 11 juil. 1975, AJDA, 1975 n°89, p.581

²⁸ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007, §28

²⁹ Cour EDH, *Balan c. Moldavie*, 29 janv. 2008

leurs œuvres sur Internet. Par conséquent, elle prive l'ensemble des récepteurs potentiels d'un des moyens de réception de l'œuvre.

En outre, ces mesures techniques de restriction géographique peuvent bénéficier à une nouvelle garantie du droit à la réception en dehors de toute acception patrimoniale. Le pluralisme des sensibilités laisse entrevoir cette hypothèse, qu'en raison de leur contenu, des œuvres fassent l'objet d'une interdiction de diffusion sur un territoire donné, mais dont la diffusion serait licite sur d'autres territoires. La possibilité de recourir à ces mesures techniques permet de ne pas entraver la libre circulation de l'œuvre sur Internet. Ainsi, ces œuvres peuvent être reçues licitement sur certains territoires par le biais d'Internet sans avoir pour seule cause de censure la loi la plus sévère à l'encontre du message.

582. Ces restrictions partielles démontrent leur nécessité dans une société démocratique. Elles sont les mesures les moins intrusives³⁰ pour le droit à la réception dans sa dimension collective. Ces interventions préalables, qui écartent certaines catégories d'individus du message, accentuent la présomption d'adéquation entre l'œuvre et le public. Premières mesures raisonnables et appropriées, elles évitent tout échec prévisible de l'échange artistique souhaité. Elles recherchent, avant toute diffusion du message, à protéger les intérêts communs de l'échange artistique pour l'ensemble du public sans qu'une fraction d'individus puisse le réduire à néant. Ainsi, cette protection du droit à la réception implique une valorisation des contrôles préventifs.

§2. Des mesures préalables à la diffusion

583. Les restrictions préventives à la liberté d'expression sont souvent mal perçues. La Cour EDH voit en elles « *de si grands dangers qu'elles appellent l'examen le plus scrupuleux* »³¹. En effet, la peur qu'entraînent les termes de restriction et de censure³² a remis en cause la légitimité

³⁰ L'absence de mesure alternative éventuellement moins intrusive est une condition du test de la nécessité de l'ingérence dans la société démocratique. En ce sens, **A. STROWEL** et **F. TULKENS**, « *Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité* », *Médias et droit*, Op.cit., p.41

³¹ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, préc., §44

³² « *L'existence d'un contrôle préalable (...) est (...) toujours qualifiés par certains de « censure »* » **P. KAMINA**, « *Cadre administratif – Régime juridique des activités cinématographiques* », Fasc.2505, *Juris-Classeur Communication*, B. Visa et classification. Voir de même **R. FRAISSE** « *Presse écrite – Liberté de la presse* » Fasc. 270, *JCL Administratif*.

des contrôles préalables pour favoriser les mesures répressives³³. Plutôt que de brider la diffusion d'un message, la libéralisation de la liberté d'expression conduit à lui laisser sa chance. L'hostilité de la Cour EDH à l'égard de ces restrictions en est la preuve. Elle a notamment critiqué le manque de clarté sur « *l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine des restriction préalables (...) qui n'offre pas des sauvegardes adéquates* »³⁴ contre les restrictions abusives. La Cour a alors entendu effectuer un contrôle approfondi en raison des inéluctables « *abus à redouter dans l'application de telles restrictions* »³⁵. Ce danger ne provient pas des seules restrictions générales à la liberté d'expression, mais reste présent en cas de restrictions partielles. Malgré leur nécessité, ces restrictions partielles font l'objet d'une application contestable (I). La légitimité d'un tel contrôle ne saurait prospérer que par la reconnaissance d'un rôle spécifique et limité des organes qui l'opèrent (II).

I. Un interventionnisme traditionnel contestable

584. L'intervention préalable, véritables ciseaux d'Anastasia pour les artistes, est critiquable. Ce contrôle apparaît plus protectionniste qu'en réelle recherche d'équilibre entre les libertés (A). Si la mise en oeuvre de ces restrictions est à remettre en cause, l'existence d'organes en charge du contrôle préalable à la diffusion apparaît nécessaire (B).

A/ Les tentations protectionnistes d'un contrôle fragile

585. Rien d'étonnant à ce que les restrictions géographiques à l'accès aux œuvres sur Internet ne trouvent pas grâce aux yeux de la Commission européenne³⁶. Cette dernière recommande, à la différence de la Commission des affaires juridiques du Parlement Européen, la

³³ « *La nature préalable ou préventive du contrôle ainsi exercé par l'autorité politique ou administrative (...) et le caractère quelque peu incertain sinon subjectif des motifs (...) de restriction peuvent apparaître peu conformes ou cohérents au regard du principe fondamental de la liberté d'expression* ». « *Un contrôle judiciaire, de caractère judiciaire répressif ou a posteriori (est) bien plus respectueux de la liberté d'expression* », **E. DERIEUX**, « *Publication présentant un danger pour la jeunesse : levée de la mise en quarantaine* ». note sous CE, 27 juin 2005, LP déc.2005, III, pp.253 et s., p.256

³⁴ Cour EDH *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007, §53

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Recommandation de la Commission des communautés européennes du 18 octobre 2005, 2005/737/CE, relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne

« possibilité, pour une société de perception et de distribution des droits, de concéder une licence d'exploitation en ligne de son répertoire sans restriction géographique »³⁷. Si la Commission européenne va à l'encontre de ces restrictions, c'est qu'elle souhaite, à terme, en finir avec le recours à la territorialisation des droits d'exploitation au profit d'une unicité de marché. La Commissaire européenne en charge de la protection des consommateurs est allée en ce sens en affirmant « la nécessité d'examiner en profondeur la légitimité des restrictions géographiques artificielles qui empêchent les consommateurs de franchir la frontière nationale »³⁸.

Ces restrictions sont perçues, de part leur artificialité, comme des atteintes au caractère transfrontalier du droit de recevoir. Or, le droit de recevoir, ici envisagé dans son acception économique et sous l'angle du consommateur, pose la question de la liberté contractuelle des titulaires de droits d'auteur. Si une réception des messages sans considération de frontière est matériellement possible, la critique provient de son imposition à l'artiste. Il est apparu, à travers cette étude, que les restrictions géographiques pouvaient être bénéfiques à la protection du droit de recevoir en raison de son conditionnement. Les droits du consommateur ne sauraient déposséder l'artiste de ses prérogatives.

586. Le développement de ces mesures reste critiquable ; non pas dans ces motivations économiques, mais en raison de sa possible utilisation à des fins de censure. En effet, une utilisation de telles mesures techniques par les autorités afin d'empêcher l'accès des internautes à des publications étrangères serait elle compatible avec la CEDH ? Cette question n'est pas sans rappeler l'affaire *Association Ekin* portée devant la Cour EDH³⁹. En l'espèce, les juges avaient constaté la violation de l'article 10 combiné à l'article 14 de la CEDH par l'État français. Ce dernier avait interdit la diffusion, sur son territoire, du livre *Euskadi en guerre* publié à l'étranger⁴⁰. Toutefois, la Cour n'a pas seulement condamné cette interdiction de diffusion. Elle a estimé que le texte en cause, instituant le contrôle des publications étrangères, semblait « heurter de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention, selon lequel les droits qui y sont reconnus valent « sans considération de frontières » »⁴¹. La légitimité même d'un contrôle des publications étrangères est remise en cause. L'utilisation par les

³⁷ X. DAVERAT, « Un an de droit de la musique », CCE, avril 2008, chron.4, p.19-25, p.25

³⁸ Communiqué de la Commission des communautés européenne, CE n°SPEECH/08/347, 20 juin 2008.

³⁹ Cour EDH, *Association Ekin c. France*, 17 juil. 2001

⁴⁰ « Le livre fit l'objet le 29 avril 1988 d'un arrêté ministériel par lequel le ministre français de l'Intérieur, se fondant sur l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 modifiée par le décret du 6 mai 1939, interdisait sur l'ensemble du territoire français sa circulation, sa distribution et sa mise en vente dans ses quatre versions ». *Ibid.*, §13

⁴¹ *Ibid.*, §62

autorités de restrictions géographiques pourrait donc rétablir, de manière détournée et sur Internet, un contrôle des publications étrangères⁴² déjà condamné. Si de telles mesures ne sont pas *a priori* contraires à l'article 10, seul un « *cadre légal particulièrement strict* »⁴³ peut les légitimer. En effet, il est aujourd'hui difficilement soutenable d'établir un régime potentiellement discriminatoire à l'encontre des publications étrangères.

587. Le contrôle préventif concernant les autres modes de communication est tout aussi contestable. Deux exemples démontrent les principales raisons de la critique : un manque de prérogatives et de moyens qui rendent le contrôle approximatif et une capacité à pratiquer une censure globale de l'expression artistique. Tout d'abord, la loi du 16 juillet 1949 relative aux publications destinées à la jeunesse offre *a priori* des modalités de contrôle étendues de la Commission de surveillance et de contrôle. En effet, cette Commission peut proposer d'interdire d'exposer des publications de toute nature⁴⁴ à la vue du public⁴⁵, voire d'en effectuer la publicité. À supposer qu'une œuvre fasse l'objet de telles restrictions, il est particulièrement fastidieux de la porter à la connaissance du public adulte. L'échange artistique s'en trouve inévitablement restreint, car la réception découle de la recherche du message par les individus. Ces mesures sévères liées au contrôle étendu des publications destinées à la jeunesse, outrepassent leur objectif initial. Elles portent leurs conséquences sur l'exercice du droit de recevoir des adultes. Leur application laisse donc des doutes sur l'existence d'un « *cadre légal particulièrement strict* »⁴⁶ commandé par la Cour EDH. Cette tentation protectionniste à l'égard de la jeunesse rompt l'équilibre attendu avec la liberté de réception des majeurs⁴⁷.

⁴² L'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 disposait que « *la circulation, la distribution ou la mise en vente en France des journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés en langue étrangère, peut être interdite par décision du ministre de l'Intérieur. Cette interdiction peut également être prononcée à l'encontre des journaux et écrits de provenance étrangère rédigés en langue française, imprimés à l'étranger ou en France* ». Il fut abrogé suite à la condamnation de la France dans l'affaire Association Ekin. *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, §58

⁴⁴ Les lois du 4 janvier 1967 et du 31 décembre 1987 ont élargi le champ de contrôle et d'interdiction du ministre aux « *publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique ou de la place faite au crime, à la violence, à la discrimination ou à la haine raciale, à l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants* ».

⁴⁵ Article 14 de la loi du 16 juil.1949, préc.

⁴⁶ Cour EDH, *Association Ekin c. France*, préc, §60

⁴⁷ Le CSA, par délibération publiée au journal officiel du 26 février 2004, interdit aux services de radiodiffusion sonore de « *diffuser entre 6h et 22h30 [des] programmes susceptibles de heurter la sensibilité des auditeurs de moins de 16 ans* ». Le CSA justifie l'interdiction totale « *en raison de l'absence de dispositifs technique permettant (...) de s'assurer que seuls les adultes peuvent y accéder* ». LP, avril 2004, I, p.38. Une telle interdiction implique, pour les adultes, de ne pouvoir recevoir que des programmes adaptés aux mineurs de moins de 16 ans, entraînant inévitablement une paupérisation de l'offre.

588. Ensuite, l'hypothèse de l'interdiction totale d'exploitation d'une œuvre cinématographique est prévue par le décret du 23 février 1990. Cette mesure, lourde de conséquences, n'a pourtant jamais été mise en œuvre. Toutefois, sa seule existence suffirait à constituer un effet inhibiteur pour les créateurs. Dans l'arrêt de la Cour EDH *Wingrove*, le requérant avait envisagé de nombreuses mesures préalables à la diffusion de son film. Ces mesures à caractère préventif n'ayant pas été estimées suffisantes, le film a été interdit de diffusion, nonobstant le caractère exceptionnel d'une telle mesure⁴⁸. De même, la Cour de cassation, en matière de sanctions répressives, n'a pas entendu s'obliger à analyser l'exercice de la liberté d'expression à la lumière des mesures préventives existantes⁴⁹. Toute mesure préventive peut être balayée par une sanction postérieure plus sévère. Les restrictions préventives à la diffusion d'un film sont alors prétextes à discuter la légitimité du contrôle. En effet, les mesures préventives constituent des restrictions à la diffusion sans apporter, en contrepartie, une protection de la liberté d'expression de l'artiste. Cette situation pourrait engendrer des effets pervers. Les organes de contrôle seraient enclins à prendre les mesures les plus sévères à l'encontre des films pour s'octroyer une légitimité dans leur rôle de censeur⁵⁰. La possibilité d'aboutir à l'interdiction de diffusion d'un film dès le contrôle préalable ne serait plus loin. Voici le danger que redoutait la Cour européenne. Or, il est impératif, comme l'a affirmé la Cour constitutionnelle allemande, que « *la protection de la moralité des mineurs ne limite pas indûment la liberté d'expression, notamment dans sa dimension artistique* »⁵¹.

589. L'étendue des pouvoirs, en matière de contrôle préalable, est critiquable. En effet, les prérogatives offertes aux organes de contrôle sont à limiter au cadre de la mission qui leur est conférée. Toutefois, cette apparente compétence est réduite à peau de chagrin. En effet, le « *doute* » est jeté sur l'efficacité des organes, que ce soit en raison de « *la faiblesse de ses*

⁴⁸ La Cour EDH a constaté la non violation de l'article 10 concernant l'interdiction totale de diffusion du film. Cependant, les motivations en sont contestables. Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996

⁴⁹ Cf. *supra*, n°158

⁵⁰ L'exemple de l'interdiction au moins de 18 ans du film *Quand l'embryon part braconner* est une illustration de cette sévérité. Le Conseil d'État a estimé en l'espèce que « *ce film comporte [...] de nombreuses scènes de torture et de sadisme d'une grande violence physique et psychologique, et présente une image des relations entre les sexes fondée sur la séquestration, l'humiliation et l'avilissement du personnage féminin, dont la mise en scène est de nature à heurter la sensibilité des mineurs* » (CE, 6 oct. 2008, n°311017). Cette décision constitue, selon Agnès Tricoire, Un jugement moral à contresens d'un film qui dénonce les violences faites aux femmes. **A. TRICOIRE**, « *Le corps mort objet d'exposition* », note sur l'arrêt C.Cass., 1^{er} Civ., 16 sept. 2010, LP, n°277, nov. 2010, pp.364 et s., p.366

⁵¹ Cour constitutionnelle allemande, 27 nov. 1990, 1BVR 402/87, BVerfGE 83, 130, *Josephine Mutzenbacher et*, 11 janv. 1994, 1BVR 437/87, BVerfGE 90, I, *Jugendgefährdende Schriften*, dans, **L. PECH**, « *Liberté de communication en droit comparé* », J.Cl. Communication, Fasc. 1250

contrôles » ou de la « portée » des avis rendus⁵². Tant le CNC que la Commission de surveillance et de contrôle sont classés au rang d'outils consultatifs auprès du Ministre auxquels ils se rattachent. En théorie, ces organes n'ont que vocation à conseiller le Ministre dans son travail de police administrative⁵³. Ainsi, l'ensemble du travail des commissions, pourtant plus approfondi, n'enlève rien aux caractères arbitraire et sporadique des décisions du Ministre. Partant, le fonctionnement même de ce système jette le doute sur son efficacité.

B/ L'impossible suppression des restrictions préalables

590. Un contrôle est nécessaire. Toutefois, ce n'est qu'à la condition qu'il offre une première protection contre des tentatives de censures plus vives. Ces restrictions partielles à l'encontre de certains individus ont été vues comme les mesures les plus raisonnables et adéquates afin de ne pas entraver, en substance la liberté de réception du public. On peut ainsi prendre l'exemple de l'incidence de la mise en place du contrôle préalable des œuvres musicales pour la protection des mineurs aux États-Unis. L'association « *Parent's Music Resource Center* » (PMRC), à l'origine de cette mesure, souhaitait entamer une purification de la musique pour le bien de leurs enfants. Une lutte ouverte a été engagée entre l'association, les artistes et l'industrie du disque. Lors des discussions au Sénat un sénateur avait déclaré, à propos d'une catégorie musicale dénommée porn-rock, « *Si je pouvais trouver un moyen constitutionnel pour le [porn rock] supprimer, je le ferais* »⁵⁴. De la volonté de protéger le mineur est né le désir d'éradiquer arbitrairement un courant musical. Cette affaire montre ainsi le besoin d'aboutir à un compromis entre les intérêts concurrents en cause. Le système qui a été mis en place consiste à apposer un simple logo à l'attention des parents pour les informer d'un contenu potentiellement préjudiciable pour les mineurs. Cette solution, sans attenter au droit à la réception de l'auditeur adulte, constitue une information au public de la possible inadéquation du discours pour le mineur. Ainsi, ce système offre un équilibre entre liberté d'expression et protection du mineur en faisant principalement reposer cette dernière sur le rôle éducatif des parents.

⁵² E. DREYER, « *Régime administratif des publications destinées à la jeunesse* », Fasc.2200, JCL communication, c) Poursuites de publications illicites destinées à la jeunesse

⁵³ En application des articles 19 à 22 du Code de l'industrie cinématographique, le Ministre de la Culture et de la Communication dispose seul du pouvoir de délivrer le visa d'exploitation à chacune des œuvres cinématographiques qui lui sont présentées. Le Ministre de l'Intérieur est compétent pour prendre les arrêtés d'interdiction relatifs aux publications présentant un danger pour la jeunesse (Article 14 de la loi du 16 juil. 1949).

⁵⁴ Sénateur Holling lors de la Séance exceptionnelle du Sénat, 19 septembre 1985. A. BENETOLLO, « *Rock et politique : Censure, opposition, intégration* », op.cit., p.41

591. Une recherche similaire de compromis est apparue au Chili. Une réforme a vu le jour en raison de la condamnation des autorités par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans un arrêt relatif au film *La dernière tentation du Christ*. Ce contentieux a mis en exergue la nécessité de réforme des mesures de précaution en matière cinématographique au Chili⁵⁵. Le but de la réforme était alors de supprimer le contrôle préalable des œuvres afin de permettre au spectateur de choisir ce qu'il souhaite voir en accord avec les principes d'autonomie personnelle et de liberté⁵⁶. Toutefois, il s'est avéré que la réforme entamée ne pouvait se priver de toute mesure de précaution. Néanmoins, ce n'est désormais qu'à l'égard des mineurs que la nouvelle loi chilienne pose des barrières. Ainsi, cette réforme a opté pour une conception libérale de la liberté artistique. Sans pour autant éluder un minima de protection, ce choix pour des mesures préventives adaptées apparaît comme la volonté de garantir le droit de réception.

592. Lors de manifestations artistiques, le contrôle préalable est tout aussi essentiel. Les rave-party sont des événements, par principe, « *d'un caractère improvisé et d'inspiration libertaire* »⁵⁷. Ces manifestations ont pourtant été conditionnées par la Loi du 18 mars 1999, pour assurer leur bon déroulement. Même s'il est parfois fait preuve d'assouplissement, pour des spectacles occasionnels, le contrôle préventif de la manifestation subsiste. Il contraint les organisateurs à déposer une déclaration préalable⁵⁸. Cette obligation de déclaration, apparaît alors plus comme un préalable de nature à protéger la manifestation. Ainsi, la police administrative doit veiller à ce que la manifestation projetée n'attente pas à la sécurité ou à l'ordre public, le contrôle devenant protecteur de la liberté de manifestation et des participants.

593. Les contrôles préalables sont souvent critiqués en raison de leurs effets restrictifs sur la liberté artistique. Or, ils ne remettent pas en cause la capacité d'expression de l'artiste, mais la

⁵⁵ “*copy of a draft constitutional reform that eliminates cinematographic censorship and substitutes it with a classification system that establishes the right to freedom of artistic creation, and copy of message No. 339-334 issued by the President of the Republic of Chile on April 14, 1997, to the Chamber of Deputies, supporting this draft reform*” (Traduction personnelle: La copie d'un projet de réforme constitutionnelle qui élimine la censure cinématographique et la substitue par un système de classification, qui établit le droit de la liberté de création artistique, et la copie d'un message (No 339-334) est publié par le Président de la République du Chili le 14 avril 1997, à la Chambre des députés, (soutenant) ce projet de réforme) CIDH, *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 fév. 2001, série C 73

⁵⁶ “*The final paragraph of the draft replaces prior censorship by a classification system in which the client of cinematographic exhibitions chooses whether he wishes to view this type of spectacle, in accordance with the principle of self-regulation and freedom.*” (Traduction personnelle: Le paragraphe final du projet remplace la censure préliminaire par un système de classification dans lequel le client d'expositions cinématographiques choisit s'il souhaite voir ce type de spectacle, conformément au principe d'autorégulation et de liberté) *Ibid.*

⁵⁷ P.-J. QUILLIEN, « *Réglementation applicable aux rave-parties* », JCP Adm., 2002, 1075, p.69

⁵⁸ L'article 10 de la loi du 18 mars 1999, prévoit pour les spectacles occasionnels une déclaration préalable en préfecture au moins un mois à l'avance.

capacité de certains à recevoir. Des restrictions *a minima* sont supposées conduire à une réception paisible du message par l'ensemble d'individus en évitant une répression postérieure plus vive. La question est alors posée du procédé le « *plus respectueux de la liberté d'expression* »⁵⁹ ; n'opérer aucun contrôle préventif au risque que le contrôle judiciaire ordonne « *la saisie et la destruction des publications incriminées* »⁶⁰ ; restreindre préventivement l'accessibilité à certains pour que la publication bénéficie au plus grand nombre. Les mesures préventives peuvent incontestablement être un atout pour l'ensemble de la liberté artistique. Toutefois, elles ne sont pas sans dangers. Alors, les organes de contrôle doivent se cantonner à un rôle de conciliateur des libertés.

II. Un rôle spécifique des organes de contrôle

594. Le but des mesures préventives est, le plus souvent, de restreindre la diffusion des messages artistiques afin de protéger une part de la population. Or, la recherche de la restriction la plus efficace doit laisser place à la recherche de la restriction la plus raisonnable. Le travail d'analyse effectué par les organes de contrôle est le plus approfondi en la matière. Alors, ces organes doivent avoir pour rôle d'arbitrer les conflits entre les intérêts concurrents afin de protéger un équilibre (A). Ce travail minutieux mérite que son utilité soit reconnue (B).

A/ Le rôle d'arbitre

595. La mise en œuvre du contrôle préalable doit revenir, non pas à s'assurer de la protection d'une seule partie, mais à « *arbitrer un conflit* ». Ce dernier est « *celui qui dans toute démocratie vient opposer le respect quasi sacralisé de la liberté d'expression et de création et la responsabilité de chacun devant tous dans la construction subjective de la liberté collective* »⁶¹. Alors, le rôle des organes de contrôle est avant tout d' « *assumer la position du tiers entre des parties égales dont les intérêts sont parfois contradictoires.* » Les organes de contrôle ne sont pas là pour remplir la fonction de censeur, mais de mettre en adéquation les conditions de

⁵⁹ Voir la position du Professeur Derieux sur la question du contrôle préalable. **E. DERIEUX**, « *Publications présentant un danger pour la jeunesse : levée de la mise en quarantaine* », préc.

⁶⁰ Article 7 de la loi du 16 juil. 1949 relatif aux peines susceptibles d'être prononcées par le juge judiciaire.

⁶¹ **M.-J. MONDZAIN**, « *La mission de classification et l'autorité de jugement* », *Conférence annuelle des commissions européennes de classification des œuvres cinématographiques*, 2004, p.30

diffusion à un message donné. En effet, leur mission n'est pas « *un acte policier ni phobique (...) (mais) une mission d'accompagnement (...) qui porte assistance à tous les citoyens dans leur chemin vers la liberté* »⁶². Une telle conception du système porte en elle, à la différence du système répressif, une attention particulière à la préservation de la liberté artistique. En ce sens, le Conseil d'État, haute juridiction de la police administrative spéciale, effectue un contrôle de proportionnalité sur les décisions restreignant la liberté artistique avec pour objectif « *de concilier les intérêts généraux dont il a la charge avec le respect dû aux libertés publiques, et, notamment, à la liberté d'expression* »⁶³.

596. À titre d'exemple, le décret n°2001-618 du 12 juillet 2001 a établi la possibilité d'interdire un film au mineur de moins de 18 ans, sans pour autant le classer X. Cette réaction provenait du contentieux relatif au film *Baise moi*⁶⁴. En effet, le Conseil d'État avait estimé que le film, bien que ne pouvant être classé X, était susceptible de constituer une violation de l'article 227-24 du code pénal. Un visa d'exploitation du film, assorti d'une simple interdiction au moins de seize ans, aurait laissé place à une hypothèse de censure par l'intermédiaire du droit pénal⁶⁵. Dès lors, la seule solution résidait dans l'absence de visa d'exploitation⁶⁶. Le Conseil d'État aurait pu conserver l'interdiction au moins de seize ans au risque d'une sanction répressive plutôt que de l'imposer en lieu et place du juge pénal. Néanmoins, le Conseil a choisi une position intermédiaire. Il a mis en avant le besoin d'adapter la classification des œuvres à l'article 227-24 du code pénal. Ainsi, cette modification a naturellement permis l'exploitation du film⁶⁷. Cette affaire s'est alors soldée par l'irrecevabilité de la requête devant la Cour EDH, dans la décision *V.D. et C.G.*⁶⁸. La Cour a légitimé cette restriction de manière précise au regard de l'ensemble des mesures prises. En effet, la non violation de l'article 10 résidait, non dans l'interdiction d'exploitation première du film, mais dans la conciliation postérieure entre la protection du mineur avec la libre diffusion du film.

⁶² *Ibid.*, pp.33-34

⁶³ CE, ass., 24 janv. 1975, *Ministre de l'intérieur c. Sté Rome-Paris films*, RDP 1975, p.299

⁶⁴ CE, section 30 juin 2000, *Association Promouvoir c. M. et Mme Mazaudier et a.*, Voir : **J. MORANGE**, « *Censure liberté protection de la jeunesse* », RFDA, 2000, pp.1311 et s.

⁶⁵ Rappelons que l'article 227-24 du code pénal ne distingue pas selon les âges. De plus, suite à la décision du Conseil d'État, le film se trouvait sans visa. De là, « *sans visa d'exploitation, les opérateurs de salles de spectacles cinématographiques qui continuaient à diffuser le film s'exposaient à des condamnations pénales. Le film fut retiré de l'affiche* ». Le film ne pouvait alors être exploité que pour l'usage privé du public sous forme de vidéogramme. Cour EDH (décision), *V.D. et C.G. c. France*, 22 juin 2006

⁶⁶ CE section 30 juin 2000, *Association Promouvoir c. M. et Mme Mazaudier et a.*, préc.

⁶⁷ CE, 14 juin 2002, *Association Promouvoir*, n° 237910 Juris-Data n° 237910 (film *Baise-moi*)

⁶⁸ Cour EDH (décision), *V.D. et C.G. c. France*, préc.

597. Les restrictions partielles sont perçues, à travers cet exemple, comme des mesures qui tendent à la conciliation de l'ensemble des intérêts concurrents. En outre, la volonté d'adapter ces mesures au droit pénal aboutit à la cohérence de leur application. Mesures préventives et répressives, plutôt que de s'affronter, se complètent. Le rôle des organes en charge du contrôle préalable revient à accompagner la communication de l'œuvre sur la place publique en minimisant les risques de sanction. La mise en œuvre de cette mission ne peut avoir un réel impact sur le public que par la collaboration des différents organes. Sans nier la spécificité de chaque support, les mesures préalables commandent une cohérence à l'égard de l'ensemble des modes de communication. À supposer qu'une œuvre cinématographique, dont l'accès serait conditionné, puisse être licitement accessible par d'autres moyens de communication sans précaution aucune, la portée de la restriction est inévitablement réduite. Le récepteur jetterait le discrédit sur ces mesures lui interdisant l'accès à une œuvre, dès lors qu'un moyen de communication alternatif ne lui opposerait aucune restriction. L'acceptation des mesures préalables par le public passe alors par un effort de cohésion de protection sur les différents supports de diffusion, tel que celui concernant les œuvres cinématographiques et audiovisuelles⁶⁹.

598. En matière de manifestation artistique, « *l'importance cruciale de la liberté* »⁷⁰ d'expression prime sur sa restriction. C'est alors au nom de ses obligations positives que l'État prend les mesures strictement nécessaires au bon déroulement de la manifestation. En effet, L'État peut restreindre l'accès des spectacles aux mineurs⁷¹ et aux tiers hostiles. Lors de rassemblements festifs à caractère musical, ce n'est que si le préfet n'a pas pu employer les

⁶⁹ Le CNC, lors de la restriction au moins de 18 ans du film *Saw 3*, a pris le soin d'énoncer que la mesure n'interdit pas sa distribution dans les salles mais nécessitera cependant lors de sa possible diffusion télévisée, un cryptage et un contrôle parental. Il a été aménagé d'effectuer une demande « *en vue d'une nouvelle exploitation en salles, soit pour une diffusion télévisuelle dès lors que la restriction impose une signalétique et un horaire de diffusion* ». Cette faculté provient du travail de collaboration entre le CNC et le CSA. Recommandation du CSA n° 2005-5 du 7 juin 2005 aux éditeurs de services de télévision concernant la signalétique jeunesse et la classification des programmes, JO du 8 juillet 2005. (Sur le protocole d'accord conclu le 8 juillet 2002 entre le CSA et la Commission de classification en vue de la révision des visas d'exploitation, voir rapport d'activité 2004-2005, p. 39). L'article 5 du nouveau décret n°2008-1014 du 1^{er} octobre 2008 prévoit qu'en « *cas de mise à disposition du public d'une œuvre cinématographique sur demande individuelle formulée par un procédé de communication électronique, le destinataire (soit) averti, préalablement à cette mise à disposition, des interdictions qui auront pu accompagner la délivrance du visa d'exploitation* ». En outre, les articles 32 à 39 de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, détaillent les règles applicables à la mise à disposition du public de tout document fixé par support magnétique ou numérique tel que les vidéocassettes, les DVD.

⁷⁰ Cour EDH, *Appleby c. Royaume-Uni*, 6 mai 2003

⁷¹ L'ordonnance n°59-28 du 5 janvier 1959 réglementant l'accès des mineurs à certains spectacles par arrêté préfectoral.

précautions nécessaires au bon déroulement du rassemblement qu'il peut l'interdire⁷². Dès lors, si le risque de trouble relève d'un nombre de participants attendus « *bien supérieur aux possibilités et équipements d'accueil* »⁷³, la première mesure adéquate revient à la limitation du nombre de participants pour ne pas entraver la manifestation. C'est encore un rôle d'arbitrage des intérêts concurrents qu'endosse la police des spectacles dans la mise des restrictions préalables.

599. Le système des restrictions préalables reste souvent mal perçu par le récepteur. Cette aversion existe même lorsque les mesures critiquées ne les concernent pas. Pourtant, certains artistes en jouent. Certains artistes musicaux français ont repris à leur compte le *Parental Advisory* américain pour le faire figurer sur leurs pochettes d'album. Coup publicitaire ou réelle précaution, ce type d'avertissement n'a aucune valeur en France. Seule l'idée de le prendre en considération, en tant qu'élément factuel d'une présomption d'adéquation⁷⁴, pourrait être retenue. Cet avertissement ne relevant que de l'initiative personnelle, il offre une lisibilité toute relative pour les récepteurs. Par exemple, le rappeur Booba a apposé cet avertissement sur plusieurs de ses albums ; *Parental Avertissement Contenu Explicite* sur les albums *Autopsie vol.1*⁷⁵, *Autopsie vol.2*⁷⁶ et *Ouest Side*⁷⁷, puis *Parental Advisory Explicit Lyrics* sur l'album *0.9*⁷⁸ et enfin *Parental Advisory Explicit Content* sur l'album *Autopsie vol.3*⁷⁹. On retrouve alors trois avertissements différents ayant le même but pour un seul artiste. Ainsi, ce type d'avertissement peu lisible car non formalisé et ne faisant l'objet d'aucune reconnaissance ne saurait satisfaire les récepteurs. Pourtant, cela n'enlève rien à leur caractère nécessaire. Alors, comment justifier de l'apparition récurrente d'informations préalables si elles ne servent à rien. En effet, l'animosité envers ces mesures semble s'accroître en raison du manque de leur reconnaissance par le système judiciaire. L'indépendance des deux contrôles opère une double restriction à la liberté artistique. Il faudrait donc faire de ces restrictions préalables un outil protecteur reconnu.

⁷² Voir Loi n° 95-73, 21 janv. 1995, art. 23-1, inséré par Loi n° 2001-1062, 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne

⁷³ **J-F. MILLET**, « *Police des manifestations, réunions et spectacles* », note sous CA de Nantes 30 juillet 2001, AJDA 2001, p.981

⁷⁴ Cf. *supra*, n°530 et s.

⁷⁵ **BOOBA**, *Autopsie vol.1*, 2005, Musicast L'autoprod

⁷⁶ **BOOBA**, *Autopsie vol.2*, 2007, Tallac records

⁷⁷ **BOOBA**, *Ouest Side*, 2006, Barclay

⁷⁸ **BOOBA**, *0.9*, 2010, Barclay

⁷⁹ **BOOBA**, *Autopsie vol.3*, 2009, Warner Music France

B/ L'effectivité des mesures préalables

600. La principale difficulté provient du double contrôle qui s'exerce sur les messages artistiques. Plutôt que de se compléter, contrôles administratif et judiciaire s'affrontent. En effet, l'analyse par le juge pénal de l'accessibilité de l'œuvre n'a que peu d'égard pour l'existence de mesures préalables. La Cour de cassation a posé une conception extensive de la notion d'accessibilité en reconnaissant, par exemple, « *qu'un disque compact normalement destiné aux personnes majeures peut être incriminé, du simple fait qu'un enfant peut se le procurer en se présentant comme majeur* »⁸⁰. L'approche de l'accessibilité est abstraite et ne tient aucunement en considération ses limites concrètes. Il a ainsi pu être affirmé que « *l'accès à un site, même subordonné au paiement d'un droit d'accès (en l'espèce par carte bancaire) ne suffit pas à regarder ce site comme totalement inaccessible aux mineurs* »⁸¹ et enfin que « *tous les textes de magazines mis en vente en kiosque et librairie sont accessibles au mineur* »⁸². Plusieurs critiques sont à faire. Les juges ne donnent aucun effet à l'autorité parentale sur la liberté de réception du mineur. Dès lors, on ne voit pas comment les informations préalables, telles que les recommandations à raison de l'âge peuvent avoir une quelconque incidence devant le juge pénal. De plus, le juge judiciaire inclut dans la notion d'accessibilité les réceptions effectuées en pleine connaissance de la restriction existante. Alors, l'accessibilité au mineur est à même de couvrir les accès frauduleux au message artistique. La conception extensive de l'accessibilité émise par le juge judiciaire rend inutile toute restriction dès lors qu'elle est contournable par n'importe quel moyen. Pour prendre un exemple, les mesures de précaution apposées sur un DVD auraient une portée dérisoire car un mineur pourrait se faire passer pour un majeur lors de l'achat ou la location du support. Si sa tentative venait à échouer, le DVD lui serait toujours accessible s'il subtilisait la carte bleue et le code confidentiel de l'un de ses parents pour se le procurer auprès d'un distributeur permettant la location. Cette conception revient donc à estimer que tout message est susceptible d'être perçu par le mineur.

⁸⁰ C.Cass., Ch. Crim., 23 fév. 2000, n°99-83.928, note **Y.MAYAUD**, « *de l'accessibilité aux mineurs des messages à caractère violent ou pornographique* », RSC 2000, pp.611 et s., p.612

⁸¹ CA de Paris, 13^e ch., 2 avril 2002, n°01/03637.

⁸² Cour d'assise de Paris, 14 déc. 1994, Op.cit. Une telle affirmation est dangereuse et susceptible. On peut prendre l'exemple de l'affaire américaine *Castillo vs. Texas* (79 S.W. 3d 817 (Tex. 2002), Texas Court of Criminals Appeals) où un employé d'un magasin de « *Comics book* » a été arrêté et sanctionné pour la violation des règles pour la protection des mineurs contre l'obscénité. Cette condamnation est intervenue suite à la vente d'un comics réservé aux adultes à un adulte. Pourtant, il était évident que le mineur ne pouvait accéder à l'œuvre, celle-ci se trouvant dans une pièce spécifique dans laquelle les mineurs n'ont pas le droit d'aller. Suite à sa condamnation la Cour suprême a refusé d'entendre l'affaire en 2003.

601. Cette position particulièrement restrictive à l'égard de la liberté de réception, déjà critiquable en soi, l'est encore plus par son analyse à la lumière du contrôle administratif. Le Conseil d'État a adapté les restrictions préalables en matière cinématographique aux dispositions pénales connexes tout en manifestant « *qu'il n'entend(ait) pas interférer dans l'appréciation du juge pénal* »⁸³. La Cour de cassation n'a entendu le Conseil d'État que d'une oreille ; si elle assimile pleinement le fait que les juridictions ne doivent pas interférer entre elles, il n'en va pas de même sur les efforts d'adaptation du pouvoir administratif. La Cour a affirmé que « *la tolérance du ministre n'empêche pas la condamnation sur le fondement de l'article 227-24 du Code pénal* »⁸⁴. À quelques exceptions près⁸⁵, toute tolérance et tout esprit d'ouverture dans le contrôle préalable est sujet à la sévérité par l'ordre judiciaire.

602. La caractérisation de l'infraction pénale commande pourtant de rechercher « *la preuve matérielle de ce que le message est accessible au mineur* »⁸⁶. Cela exige de prouver que la mesure de précaution était manifestement insuffisante pour protéger le mineur contre la réception. L'accessibilité - élément matériel de l'infraction - doit être entendue strictement. Elle ne doit pas couvrir le contournement de la protection par le mineur⁸⁷ ou le défaut manifeste de contrôle délégué aux parents. En effet, serait-il cohérent de laisser prospérer une action fondée sur l'article 227-24 alors que l'œuvre fait l'objet d'une information permettant un contrôle parental ? Une réponse affirmative implique que la sanction pénale s'appuie sur une conception de la protection de la jeunesse garante de la déresponsabilisation parentale. Or, l'évolution de la protection du mineur à l'égard de messages artistiques repose en partie sur le rôle des adultes en

⁸³ **O. LEGUCQ**, « *L'expression cinématographique, le juge administratif et la Constitution* », note sous CE, 30 juin 2000, *Association Promouvoir, M. et Mme Mazaudier et a.*, P.A., 15 déc. 2000, pp.9 et s.

⁸⁴ C.Cass., 19 janv. 2005, n°04-89.049

⁸⁵ La Cour d'Appel de Nîmes, dans l'affaire relative au livre *Il entrerait dans la légende* de Louis Skorecki s'est servie de la décision préalable du Conseil d'Etat pour juger de l'affaire. Ainsi, en l'absence de restriction préalable, les juges ont affirmé qu'il serait « *invraisemblable d'exiger d'un éditeur d'avoir sur un ouvrage qu'il édite une analyse plus restrictive que celle du ministre dont l'attention a été spécialement appelé par l'association Promouvoir* ». CA Nîmes, 8 avril 2004, *Association Promouvoir c. Léo Scheer*, Op.cit., **P. MBONGO**, « *Réflexion sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste* », LP n°213, juil.août 2004, II, pp.85 et s.

Par ailleurs, si l'on rapproche l'avis de cet organisme (bvp) de celui donné par le Comité national de la cinématographie, ce dernier a été retenu par le juge des référés comme excluant l'existence d'un trouble manifestement illicite invoqué par une association (CA Paris, 20 avr. 1990 : Gaz. Pal. 1990, I, p. 309).

⁸⁶ **F. GRAS**, *Droit de la presse*, Litec, Fasc 280 p.13, dans **A. TRICOIRE**, « *L'art, la censure et les droits de l'homme* », LP nov.2002, II, pp.148 et s., p.156

⁸⁷ On ne peut pas considérer qu'une œuvre est accessible au mineur si ce dernier utilise une carte bancaire appartenant à ses parents pour accéder à des œuvres ne lui étant pas destiné. On peut notamment penser à l'accès à des messages pornographiques sur Internet ou par le biais de distributeurs de DVD.

charge d'enfants⁸⁸. L'interprétation de l'accessibilité par la Cour de cassation, rapportée à l'ensemble des mesures préalables, est donc dangereuse car elle les prive de toute valeur.

603. Un raisonnement par analogie laisse penser que les restrictions géographiques n'offrent pas de protection suffisante aux droits d'auteur, au sens de l'article 1 Protocole 1 de la CEDH. En effet, l'internaute peut contourner illégalement la mesure⁸⁹ ou télécharger illicitement l'œuvre bloquée. En matière de manifestation artistique, l'hypothèse revient à considérer tout spectacle comme inévitablement ouvert, de façon illimitée, à l'ensemble des individus en raison de la capacité de l'homme à contourner toute mesure de sécurité, voire toute injonction des forces de l'ordre. Les mesures préalables mises en place par l'État ne seraient reconnues qu'à la condition qu'elles remplissent une obligation de résultat, obligation naturellement irréalisable. Or, une analyse *in concreto* de la liberté artistique ne peut caractériser un abus dans l'exercice de la liberté d'expression au motif que l'individu, sujet de la restriction partielle, aurait la faculté de contourner illicitement l'interdit.

604. L'ensemble des restrictions partielles intervenant *a priori* ne sont justifiées qu'à la condition de leur prise en considération. S'inscrivant dans une présomption d'adéquation entre l'œuvre et le public, elles imprègnent l'ensemble de l'analyse de la liberté artistique. Ces mesures affinent préventivement le public en fonction de sa capacité à recevoir l'œuvre paisiblement. Elles excluent préalablement du public ceux qui encourent un risque à travers la réception et ceux qui font courir un risque à autrui lors de l'activité de réception. Toutefois, cet équilibre entre les récepteurs potentiels passe par la cohésion des différents ordres et non par leur affrontement. En effet, cette situation maintient la possibilité de retenir la mesure la plus restrictive à l'encontre du message artistique. Néanmoins, le recours aux restrictions partielles n'est pas toujours envisageable. Les sensibilités plurielles inhérentes à la société démocratique peuvent engendrer des restrictions fondées sur la protection des droits d'autrui qui s'imposent à l'ensemble des individus.

⁸⁸ « La puissance publique ne saurait se substituer, en matière d'éducation, à l'autorité des parents qui sont seuls à même d'orienter leurs enfants vers les émissions qui leur conviennent et de contrôler la nature de leurs activités extra-scolaires » JOAN Q, 19 août 1991, p.3304

⁸⁹ Il est possible de contourner de telles mesures de protection par la falsification de son adresse IP.

Section 2 : Des restrictions générales

605. Interdire la diffusion d'un message artistique pour l'ensemble du public apparaît comme la sanction la plus lourde. Ce n'est qu'en dernier ressort que le pluralisme de sensibilité imposerait le recours à cette peine capitale car « *l'interdiction totale exclut toute possibilité d'en discuter le message* »⁹⁰. Cette limite au pluralisme des idées et opinions se justifie par les effets néfastes du message. Les effets nés de la réception d'un message dépendent de l'interprétation du contenu par les individus. Le pluralisme des sensibilités implique donc une diversité d'interprétations. Il semble alors difficile d'établir une restriction qui s'impose à l'ensemble du public. En outre, l'autonomie de la volonté du récepteur le laisse bien se confronter à des messages susceptibles de lui porter du tort. Toutefois, le principe de l'autonomie personnelle n'admet pas que ces effets néfastes se répercutent sur autrui. La diffusion d'un message peut engendrer des effets néfastes sur autrui par deux procédés : soit le message provoque ses récepteurs à adopter un comportement néfaste envers autrui ; soit la seule existence du message est considérée comme néfaste à autrui. Les restrictions générales reposent alors sur deux analyses : celle des effets directs sur les récepteurs potentiels créant un risque pour autrui (§1) ainsi que des effets indirects sur les opposants (§2).

§1. Les restrictions nées du risque direct pour autrui

606. Évincer les opposants au message du public ne suffit pas à octroyer le droit de tout recevoir. En effet, qu'il y ait confinement de la réception ou non, le message ne saurait avoir pour effet de provoquer les récepteurs à se retourner contre les opposants. Rejetés du public et rejetés par le public, les opposants ne sont pas protégés, mais stigmatisés. Les opposants, potentiellement protégés de la réception, bénéficient d'une garantie supplémentaire lorsque le message traite d'eux. Ils n'ont ainsi pas à subir les conséquences néfastes nées de la réception. Le droit de recevoir s'arrête donc là où existe un risque que les récepteurs, en réaction au message,

⁹⁰ Com. EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 14 janv. 1993

adoptent une attitude contraire aux droits de l'homme à l'égard d'autrui. Dès lors, il convient d'établir l'existence d'un risque pour autrui (I) et de le mettre en relief avec les effets de la réception (II).

I. Le risque pour autrui

607. Toute critique d'une part de la population ne constitue pas un abus de l'exercice de la liberté d'expression. À l'image de la religion, les opposants au message « *doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi* »⁹¹. Si l'hostilité envers autrui a sa place dans le débat démocratique, elle y trouve aussi ses limites. En effet, l'idée exprimée par l'artiste doit favoriser le débat, et non le mettre à mal en poussant à l'intolérance vis-à-vis d'autrui. Toutefois, le sentiment d'être rejeté ou discriminé pour l'opposant ne saurait constituer, à lui seul, une atteinte en raison de sa subjectivité. Dans un souci d'objectivation, cette restriction générale impose alors que deux conditions cumulatives soient réunies : qu'elle fasse l'objet d'une infraction légalement prévue (A), qu'autrui soit déterminé en tant que cible du message (B).

A/ L'objet des infractions

608. Diverses infractions, répondant *a priori* à l'exigence de légalité, sont de nature à restreindre la liberté artistique en raison du but légitime de la protection des droit d'autrui de l'article 10§2 de la CEDH. En droit interne, ces infractions se trouvent principalement dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Ainsi, les provocations ou incitations directes à adopter un comportement néfaste à autrui sont pénalement répréhensibles. Le comportement en cause relève « *de la discrimination, (...) la haine ou (...) la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* »⁹². Depuis la loi 30

⁹¹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, §47

⁹² L'article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881 (issu de la loi du 1 juillet 1972) s'applique « *propos tenus dans des lieux publics ou dans des écrits vendus, distribués ou affichés dans ces mêmes lieux* ». Cette définition inclut la provocation par le dessin et la chanson. (M. VERON, *Droit Pénal spécial*, 12eme édition, Sirey, p.146 à propos de l'arrêt C.Cass. 21 oct. 1997 et 4 nov. 1997, Dr. Pénal 1998, comm.33 ; C.Cass. 23 janv. 2007, n°06-85.329, relatif à la chanson *La France* du groupe *Sniper*). De même par la caricature : CA Paris, 11^e ch. 7sept. 1995, Dr. Pénal 1995, comm.280. L'article 23 de la loi de 1881 vise plus généralement la provocation aux crimes et délits même non

décembre 2004, la provocation peut aussi se rapporter à « *la discrimination* », « *à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* »⁹³. L'ensemble de ces dispositions a donc pour objet de réprimer les publications d'œuvres faisant l'apologie d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne. Ces restrictions s'inscrivent dans la politique audiovisuelle de l'Union européenne. La Directive européenne du 10 mars 2010 relative aux services de médias audiovisuels prévoit notamment que « *la lutte contre l'incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité* »⁹⁴ constituent des limites à la liberté de réception. La provocation, au sens de l'article 24, peut se définir comme « *une manœuvre consciente qui a pour but de surexciter les esprits et de créer la mentalité qui appelle* »⁹⁵ le récepteur à adopter le comportement réprimé. L'abus dans l'exercice de la liberté d'expression se justifie par le fait que la réception crée un risque pour autrui d'être victime d'une infraction pénale. La provocation n'a pas à être suivie d'effets. Une telle exigence reviendrait à ce que les autorités prouvent l'atteinte par leur propre défaillance à protéger les droits d'autrui.

609. L'analyse du message est délicate. En effet, elle réside dans la caractérisation d'une expression propice à la réalisation d'une infraction par le récepteur. Tout n'est alors qu'une question de degré d'incitation ; le lien de causalité entre l'infraction et la provocation reste difficile à prouver car il est déterminé fictivement et à titre préventif. Au sens de la jurisprudence de la Cour européenne les provocations invoquées doivent constituer une « *violation malveillante* »⁹⁶ de l'esprit de tolérance « *à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention* »⁹⁷. Un message artistique hostile à une part de la population, mais légitime, ne doit pas revêtir le caractère « *d'un discours de haine, ce qui est aux yeux de la Cour l'élément essentiel à prendre en considération* »⁹⁸. La propagation d'idées et d'opinions artistiques ne doit pas avoir pour effet de réduire la tolérance dont doit faire preuve le récepteur vis-à-vis d'autrui, à plus forte raison si elle va à l'encontre des valeurs « *qui fondent la lutte contre le racisme* »⁹⁹. Les effets néfastes de la réception de ces messages sont alors doubles : La réception créerait un

suivie d'effet. Cet article s'applique à l'ensemble des moyens d'expression, tel que les films cinématographiques (CA Dijon, 8 janv. 1936, DH 1936.137) ou la bande dessinée (CA Paris 26 avr.1990, Gaz.pal. 1990, 2, 483).

⁹³ Article 20 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 intégré à l'article 24 alinéa 7 de la loi du 29 juillet 1881.

⁹⁴ Article 3 al. 4 a) i) et article 6 de la Directive du Parlement européen et du Conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010

⁹⁵ T. Corr. 15 avril 1986, dans **P. BOUZAT**, « *Infraction contre les biens* », RSC 1987, pp.209 et s., p.209

⁹⁶ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §47-48

⁹⁷ Cour EDH, (déc.), *Garaudy c. France*, 24 juin 2003

⁹⁸ Cour EDH, *Alinak c. Turquie*, 04 mai 2006, §35

⁹⁹ *Ibid.* La cour a précisé, dès l'arrêt *Jersild*, qu'elle « *se rend pleinement compte q'il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations* ». Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, Op.cit., §30

risque d'atteinte pour autrui à travers le récepteur, mais plus indirectement tendrait à saper les fondements de la démocratie. Toutefois, ces infractions ne sauraient conduire à une restriction générale que si les individus à protéger sont la cible du message. La restriction impose donc la détermination d'autrui en tant que victime potentielle du message.

B/ La détermination d'autrui, cible du message

610. Pour que l'infraction soit constatée, la réception du message doit conduire à un risque avéré pour autrui. L'interprétation stricte de la loi pénale commande un lien étroit entre l'effet né de la réception et le risque invoqué. Ce lien ne supporte donc pas l'imprécision quant aux victimes potentielles. Le sentiment provoqué par la réception doit se diriger vers une personne ou « *un groupe de personnes déterminé* »¹⁰⁰. Ainsi, l'infraction porte en elle une détermination restrictive d'autrui en raison du « *lien étroit* »¹⁰¹ entre la provocation et les personnes touchées. Cette détermination résulte donc de l'existence d'une caractéristique de nature à catégoriser l'individu : tel le « *race* » « *ethnie* » « *religion* » « *son sexe* » « *son orientation sexuelle* »¹⁰². Ainsi, elle n'aboutit pas à considérer que le message vise une « *catégorie très générale de personnes* »¹⁰³.

611. La détermination des victimes potentielles se comprend aisément. Cette exigence se justifie par le but de la protection d'autrui. Fonctionnant sur des critères analogues à l'article 14 de la CEDH, la catégorisation à raison des caractéristiques individuelles œuvre pour la protection plus générale du respect du pluralisme et de la diversité dans la société démocratique. Cette détermination est à limiter à « *des personnes ou groupes de personnes protégées* »¹⁰⁴. La catégorisation effectuée peut provenir de la visibilité de la caractéristique individuelle en société. Étant plus facile à repérer, l'individu ou la catégorie d'individus est plus encline aux attaques et devient un fondement privilégié des affrontements entre citoyens. La catégorisation ressort principalement en raison « *d'une stigmatisation (...) suffisamment ancienne pour être ancrée dans un certain nombre de législations* »¹⁰⁵. Ces catégories émanent ainsi du fait social car elles

¹⁰⁰ C.Cass., Ch. crim., 14 mai 2002, D.Pén. 2002, 107

¹⁰¹ En ce sens, C.Cass. crim., 11 juin 1991, Dr Pénal 91, comm. 250

¹⁰² Article 14 de la CEDH

¹⁰³ C.Cass, Crim, 3 mars 1980

¹⁰⁴ C. BIGOT, *Connaître la loi de 1881 sur la presse*, Guide Legipresse, 2004, p.145

¹⁰⁵ A. GOUTTENOIRE, « *Orientation sexuelle* », *Dictionnaire des droits de l'homme*, préc., p.580-582, p.580

ont toujours fait l'objet de tensions et de discriminations. Ce besoin de les protéger souscrit aux valeurs de la Convention qui ont pour objectif de les éradiquer en vue d'accéder à l'égalité de dignité des individus.

612. L'exigence de non discrimination étant incorporé à chaque droit garanti par la Convention¹⁰⁶, « *la lutte contre toute forme d'intolérance fait partie intégrante de la protection des droits de l'homme* »¹⁰⁷. Les précédentes démonstrations qui prétendent que les notions de pluralisme et de tolérance sont les vecteurs de la liberté de réception doivent admettre leur contrepartie. Si les opposants au message doivent parfois admettre sa libre circulation, cette tolérance ne peut servir à négliger leur protection. « *La tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste* ». Ainsi, il s'avère nécessaire « *de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance* »¹⁰⁸ pour sauvegarder le caractère « *véritablement démocratique* »¹⁰⁹ de la société. Le besoin de restriction se comprend en ce qu'une conception absolutiste de la liberté de réception aboutit à un résultat contraire à ses intentions. Le devoir de tolérance des uns ne peut servir à conforter l'intolérance des autres. La liberté artistique ne saurait devenir le support de la stigmatisation des individus en raison de leur différence¹¹⁰. Cette hypothèse tend à contester le pluralisme et les diversités par la « *négation directe de l'idéal démocratique* »¹¹¹, représentant ainsi un danger « *pour la paix sociale* »¹¹².

613. L'effet provoqué par le message ne conduit à un risque concret que si le récepteur est en mesure de relier son sentiment de haine ou d'hostilité à des individus identifiables. A *contrario*, lorsque le message ne comporte aucune cible précise, le risque s'étend à l'ensemble des individus. Il devient incertain. Cette imprécision conduit à analyser le message litigieux, non plus sous l'égide de la protection des droits d'autrui, mais de la protection de l'ordre public. Les juges ont traditionnellement opéré cette distinction entre la critique directement portée sur l'État,

¹⁰⁶ En ce sens, **F. SUDRE**, « *L'applicabilité du droit à la non-discrimination* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc. p.87

¹⁰⁷ Cour EDH, *Erbakan c. Turquie*, 06 juil. 2006 §64

¹⁰⁸ *Ibid.*, §56

¹⁰⁹ Préambule de la CEDH

¹¹⁰ On peut voir une telle restriction au sein de l'arrêt *Incal* où la Cour voit dans l'incitation à « *la haine entre citoyens* » une possible restriction à l'article 10. Cour EDH, *Incal c. Turquie*, 09 juin 1998, §50

¹¹¹ **P. WACHSMANN**, « *Liberté d'expression* », *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de **J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE**, Quadrige, PUF, 2008, p.501

¹¹² Cour EDH (déc.) ; *Ferret c. Belgique*, 16 juillet 2009

la nation, le dogme religieux et les individus qui s'y rattachent. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour EDH *Erbakan*, relative à un discours public, le fait de ne pas cibler directement les individus a permis au juge de déduire l'absence d'incitation et, par conséquent de risque¹¹³. Dans l'affaire relative à la chanson *FranSSe* de Richard Makela dit Monsieur R, le tribunal Correctionnel de Paris a jugé que la chanson visait « *la France et ses dirigeants, sans que ne soit, à un moment, stigmatisés les individus membres de la nation française ou leur comportement* »¹¹⁴. Cette distinction est essentielle car elle exclut l'hypothèse de restrictions en raison d'un risque par répercussion. En effet, le message litigieux ne provoque un sentiment de haine que par une assimilation que seul le récepteur effectue consciemment ou inconsciemment. Or, cette assimilation n'est condamnable que si elle provient explicitement du message de l'artiste et non d'une interprétation personnelle d'un message équivoque. Partant, le lien entre le message et le risque pour autrui commande la désignation explicite d'un individu ou d'une catégorie d'individus et exclut tout rattachement artificiel.

614. L'analyse du contentieux, en interne, démontre qu'en matière artistique, un taux de condamnation sur ces fondements est faible. Pourtant, l'application de ces restrictions reste critiquée¹¹⁵. Ce constat s'explique : ce n'est pas la solution qui est l'objet de la critique, mais la méthode utilisée pour appréhender la spécificité du message artistique. Une analyse précise doit se concentrer sur les effets du message sur les récepteurs.

II. Les effets du message sur le récepteur

615. Une restriction générale découle inévitablement du contenu du message. Cependant, le risque pour autrui ne se déduit pas *in abstracto*. En effet, une telle analyse occulte la spécificité du message artistique et le contexte dans lequel sa diffusion s'inscrit. L'analyse du message se ferait alors au regard du contexte de diffusion (A) puis de l'effet potentiel sur le récepteur inscrit dans ce contexte (B).

¹¹³ Cour EDH (déc.), *Erbakan c. Turquie*, 10 nov. 2005

¹¹⁴ La Cour met en avant les paroles « *Quand j' parle de la France/ J' parle pas du peuple français* » ainsi que l'avertissement sur le clip. T.Corr. Paris, 27 avr. 2007, *AGRIF c. R.Makela*, C. Cass 3 févr. 2009 n°08-85220

¹¹⁵ En ce sens voir, **D. DE BELLESCIZE**, « *Délits d'opinion et liberté d'expression* », D. 2006, p.1476-1477 et **A. TRICOIRE**, « *L'art, la censure et les droits de l'homme* », préc.

A/ L'incidence du contexte de diffusion

616. L'analyse du message n'est pas chose évidente. En effet, l'idée du risque pour autrui et de l'effet incitatif sur le récepteur se confondent. La lecture de la jurisprudence interne porte à croire que l'existence de l'effet incitatif sur le récepteur crée le risque pour autrui. Ainsi, le risque ne conditionne pas la caractérisation de l'abus dans l'exercice de la liberté d'expression. Cette conception du risque pour autrui est donc large, car laissée à l'état d'abstraction. Le conditionnement de la restriction au seul effet incitatif, et non au risque avéré se comprend en raison de la vocation de la protection. En effet, un acte de haine ou de discrimination à l'égard d'une personne est difficilement rattachable aux causes qui l'ont provoqué. Si un message artistique peut jouer dans la commission d'un tel acte, cette influence a du mal à être à caractérisée ; surtout elle n'est pas la seule. Dès lors, une vision abstraite et à long terme du risque est retenue car chaque message incitatif a une incidence sur la dégradation progressive de la protection d'autrui.

617. La seule caractérisation de l'effet incitatif du message artistique ne brille pas par son évidence ; une multiplicité d'interprétations et de réactions des récepteurs est à envisager. Là où certains se défont de la volonté incitative de l'auteur par le rejet du message, d'autres y souscrivent. En outre, un message qui n'a que vocation à la dérision peut créer, chez certain, un effet incitatif. L'interprétation de la jurisprudence européenne marque une certaine distance avec la question de l'effet incitatif. Nonobstant le contexte social du lieu de diffusion, la spécificité du message artistique amène le juge à raisonner plus en termes de risque que d'incitation. Bien que les « *expressions concrètes constituant un discours de haine* »¹¹⁶ soient au plus haut point injustifiables, la question du message artistique commande que la restriction soit établie « *de manière convaincante* »¹¹⁷. En effet, la seule recherche d'un effet incitatif du message est insuffisante car la forme artistique influe sur sa caractérisation.

618. Cette différence d'analyse selon les formes d'expression apparaît très clairement dans la série d'arrêts du 8 juillet 1999 contre la Turquie. L'affaire *Karatas* s'est démarquée des arrêts *Sürek* du même jour relatifs à des propos pouvant inciter à la haine. Dans l'arrêt *Karatas*, la Cour

¹¹⁶ Cour EDH, *Erbakan c. Turquie*, préc., §57. Voir en ce sens, Cour EDH (déc.), *Garaudy c. France*, 24 juin 2003, *Ferret c. Belgique*, préc.

¹¹⁷ Notamment, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999, §48

a analysé les expressions litigieuses en fonction de la forme d'expression utilisée, la poésie. La Cour a admis que « *dans leur sens premier, ces textes peuvent paraître inciter les lecteurs à la haine, au soulèvement et à l'usage de la violence* »¹¹⁸. Ainsi, elle ne nie pas la possible caractérisation d'un effet incitatif latent au message susceptible de toucher une part du public. Cependant, le caractère « *imagé* » et « *la nature artistique* » du message commandait une analyse plus contextuelle. La Cour a alors conclu que le message s'analysait « *moins en un appel au soulèvement qu'en l'expression d'un profond désarroi face à une situation politique difficile* »¹¹⁹. Pourtant, les poèmes litigieux exprimaient explicitement le « *bonheur* » d'être « *martyrs du Kurdistan* » contre les turques et « *les chiots de la putain Ottomane* »¹²⁰. On peut en conclure que la Cour affirme timidement que les conditions de diffusions impliquaient une interprétation du message majoritairement non incitatif. Du moins, l'effet potentiellement incitatif n'étant pas totalement à rejeter en raison du pluralisme des sensibilités, la Cour ne considère pas que la réception du message en cause puisse constituer un réel risque pour autrui. Les conditions de diffusion, revenant à une poésie adressée à un lectorat spécifique, était de nature à diminuer le risque que le message provoque chez l'ensemble des lecteurs un sentiment de haine.

619. L'interprétation effectuée par le juge européen écarte en partie l'incidence de l'accumulation de tels messages sur la société démocratique. Il se concentre sur une analyse du seul message en cause sur les récepteurs potentiels. La position de la Cour a cet avantage de ne pas rendre le message artistique coupable des vices de la société. Elle laisse ainsi une place aux comportements inhérents à tout individu. En effet, de nombreux messages sont susceptibles d'être qualifiés comme incitant à la haine si l'on retient l'idée qu'ils peuvent conforter ou accroître un sentiment déjà en construction chez le récepteur. Toutefois, une telle interprétation revient à la recherche de l'appréciation subjective du contenu le plus défavorable à la liberté d'expression. Si une telle analyse n'est pas concevable, car trop restrictive, l'argumentation de la Cour, dans l'affaire *Karatas*, reste être contestable sur un point. Pour les juges, le lecteur passe naturellement outre le sens premier des propos pour que lui soit dévoilé le sens artistique du message. Ainsi, il doit se détacher des attaques directes contre autrui en raison des conditions de diffusion. Cette distanciation avec le sens premier du message demandée au récepteur peut tout autant l'amener à effectuer une interprétation assimilative lorsqu'autrui n'est pas expressément

¹¹⁸ *Ibid.*, §49

¹¹⁹ *Ibid.*, op.cit., §52

¹²⁰ *Ibid.*, traduction des poèmes litigieux

déterminé. Ainsi, la détermination d'autrui en tant que condition de la restriction peut être remise en cause. Toutefois, on doit admettre que la Cour fait avant tout un travail de rationalisation du risque. Elle apprécie le message en fonction du contexte et plus particulièrement du contexte de publication.

620. Sans commander la recherche d'un « *risque actuel* »¹²¹ qui ne conditionne pas l'infraction, la Cour considère le contexte social né du message pour évaluer son impact. Si le contenu est à l'élément essentiel de l'infraction il nécessite aussi sa mise en relief avec le contexte de diffusion. Ainsi, les conditions de diffusion offrent une variation du degré de risque que comporte la réception de l'œuvre. Toutefois, les conditions de diffusion ne peuvent être le seul critère d'analyse du risque. Le contenu même de l'œuvre et de son effet incitateur appellent à une analyse du juge.

B/ La preuve d'un effet générateur de risque

621. Le traitement de certains thèmes par l'artiste implique des propos qui sont, dans un sens premier, apologétique ou incitateur. Toutefois, un message artistique est avant tout une œuvre de fiction. Si le propos, par lui-même, est une incitation, sa présentation peut lui retirer ce caractère condamnable. Néanmoins, le caractère par essence fictionnelle d'une œuvre ne saurait être une cause de déresponsabilisation de l'artiste. Le préjugé fictionnel attaché au contenu n'évacue pas toute analyse de l'effet du message sur le public. En effet, la doctrine s'accorde sur le fait que la liberté d'expression ne peut aller jusqu'à encourager la haine envers autrui, les mépris des autres, à l'apologie de la violence contre eux¹²². L'apparition sur les réseaux internet des chansons du groupe *Légion 88* telles que *Légion blanche*, *Fuck Islam*, *Sur les sales nègres des tropiques*, ou encore *Mohammed mouche à merde*¹²³ confirment que la création artistique n'est pas un domaine « à l'abri de tout reproche »¹²⁴.

¹²¹ Cour EDH, *Erbakan c. Turquie*, §48

¹²² Voir en ce sens RUDH 1995, n°1-3, p.42. Voir aussi **L. FRANCOIS**, « *La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression : étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », LP, avr.2006, II, pp.41 et s.

¹²³ Si l'on pouvait encore douter de l'incitation à la haine raciale que peuvent provoquer ces musiques, suffit-il de lire les commentaires des vidéos clips sur le site Internet *youtube*. Exemple : Sous la chanson *Légion blanche*, le commentaire de *petitebete* disant que « *ces skins me font autant pitié que les arabes qui foutent la merde en France mais j'avoue que j'aime cette zic* ». De même sous la chanson du même groupe, terre de France ou Silverlord06 affirme « *bande de cons vous vous faites enculer par des arabes tous les jours bandes de lâches et après vous dites qu'on est racistes, non réaliste c'est tout* ». On peut aussi prendre l'exemple de la parodie de la chanson *La ballade*

622. Le caractère par principe fictionnel d'un message artistique doit influencer sur l'analyse traditionnelle de l'intention de l'auteur, son « *objectif* »¹²⁵. Classiquement, la question revient à savoir si l'œuvre est marquée par une « *distanciation* »¹²⁶ à l'égard des propos litigieux ou si elle renferme « *la pensée directe* »¹²⁷ de l'auteur et devient un instrument propagandiste. L'objet de l'analyse est de rechercher si l'auteur a l'intention d'inciter à la haine ? La question à peine posée est critiquable. L'analyse de l'intention est éminemment subjective. Parfois, reprise¹²⁸, déglacée¹²⁹, déformée¹³⁰ ou contestée par les juges¹³¹, l'intention de l'auteur n'apporte que peu de réponses sur la légitimité d'une restriction générale. En effet, quelle que soit l'intention de l'auteur, elle ne change rien aux effets nés de la perception. À l'exception d'une intention particulièrement non équivoque¹³², les messages artistiques se révèlent bien plus ambigus que l'intention alléguée par leurs auteurs¹³³. Quoi qu'il arrive, l'auteur se défendra toujours d'une intention bienveillante face à un juge dont l'appréciation sera le fruit de sa perception de l'œuvre.

623. L'analyse de l'intention de l'auteur en la matière semble heureusement être remise en cause par la Cour EDH. Dans l'arrêt *Leroy*¹³⁴, relatif à des caricatures sur les attentats du *World Trade Center*, l'argumentation sur l'intention du caricaturiste a abouti à ne retenir que les effets du message sur le public pour motiver la restriction. L'intention du requérant était, selon ses

des gens heureux de Gérard Lenormand pour en faire *Le massacre des sales rebeux*. Gérard Lenormand a porté plainte contre le groupe. Cette plainte n'a pour l'instant donné aucune suite concrète.

¹²⁴ Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, Opinion partiellement dissidente communes des juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Sikute, p.43

¹²⁵ Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994, §36

¹²⁶ « *La notion même d'œuvre de fiction implique l'existence d'une distanciation, qui peut être irréductible, entre l'auteur lui-même et les propos ou action de ses personnages : qu'une telle distance, appréciée sous le prisme déformant de la fiction, est susceptible d'entraîner la disparition de l'élément matériel des délits* » TGI Paris, 17eme ch., 16 nov. 2006, *Ministère Public c. Bénier Bürckel et a.*, préc.

¹²⁷ Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., §64

¹²⁸ Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, préc.

¹²⁹ Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, préc. C.Cass. 23 janv. 2007, n°06-85.329, relatif à la chanson *La France* du groupe *Sniper*

¹³⁰ **A. TRICOIRE**, « *Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image* », note sous TGI Paris, 17e Ch., 9 mai 2007, n° 06/03296 et 25 juin 2007, numéro 06/10149, D. 2008, p.57-63

¹³¹ En ce sens, notamment : Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc. ; Cour EDH, *Leroy c. France*, 02 oct. 2008

¹³² Sur ce point Cf. *supra*, n°104 et s.

¹³³ On peut prendre l'exemple du vidéoclip *Stress* du groupe Justice. Suite à la polémique sur le clip en cause, ainsi que par l'action intentée par le Mrap –qui fut retirée pour des raisons extérieures à l'œuvre en elle-même – les auteurs ont affichés le but de dénonciation de la délinquance et de la violence urbaine. Cependant, le clip ne montre que des jeunes de type maghrébins et africains s'adonnant à la délinquance et à la violence. Le clip ne comporte aucune parole ni aucune explication. De même la chanson *sale pute* du rappeur Orelsan apparait comme une incitation à la haine et à la violence envers les femmes. Cependant, le rappeur s'en défend et n'y voit qu'une fiction, issue d'une rupture personnelle, ce qui apparait en soi comme contradictoire.

¹³⁴ Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

mots, « *d'afficher son antiaméricanisme à travers une image satirique et d'illustrer le déclin de l'impérialisme américain* »¹³⁵. Or, pour les juges, cette intention ne se reflétait pas clairement dans le message. Ils ont alors caractérisé l'effet incitatif du message par l'analyse de son impact sur le public potentiel¹³⁶. La restriction en cause, en raison du but auquel elle répond, ne s'analyse pas tant dans la volonté de l'auteur mais dans la perception qui en est faite par le public.

624. L'analyse de la restriction ne peut, non plus, se préoccuper des effets directs du message sur autrui, évincé du public, car elle fonderait la restriction sur un critère étranger à l'infraction¹³⁷. En effet, le juge interne a pu affirmer que « *la diffusion de l'image du christ assortie d'une légende obscène, pour la communauté chrétienne, d'une représentation outrageante, et du texte l'accompagnant ne correspond pas à la définition du délit de l'article 24 alinéa 6 (...); Si elle est en effet susceptible de provoquer l'indignation des membres de la communauté chrétienne, elle n'incite pas à leur égard à la haine ou à la violence* »¹³⁸. Alors, ce ne'est qu'en raison de « *(l')impact potentiel sur le public* »¹³⁹ du message, à savoir son effet direct - et par conséquent indirectement sur autrui – que la restriction se justifie.

625. Cet effet incitatif reste difficilement perceptible. À la différence de la manifestation de rejet que le message peut provoquer, son assimilation, conditionnant un esprit favorable à la haine d'autrui, est plus insidieuse. Il convient de rechercher si les propos sont « *de nature à inciter à la haine, à la violence ou à la discrimination* » en raison d'une présentation « *de nature à susciter chez les lecteurs une réaction* »¹⁴⁰ néfaste à autrui¹⁴¹. Pour cela, deux critères sont à mettre en relation entre le message et le récepteur. Rappelant qu'un message est susceptible de plusieurs interprétations¹⁴², le propos doit revêtir une « *connotation (...) suffisamment explicite* »

¹³⁵ *Ibid.*, §42

¹³⁶ *Ibid.* §45

¹³⁷ Certains arrêts n'effectuent pourtant pas la distinction. La motivation en devient confuse. Pour preuve, l'arrêt qui justifie l'absence d'incitation à la haine par l'absence d'atteinte au sentiment religieux pour autrui et par le fait « *que la revue n'a pas été mise sous les yeux d'un public auquel elle n'était pas destinée* » effectue une erreur d'analyse. L'impact du message n'est à analyser qu'au regard des récepteurs. L'analyse sur autrui n'est qu'indirecte en ce qu'elle ne relève que du risque. CA Versailles, 18 mars 1998, confirmé par C.Cass. 2^e Ch. civ., 8 mars 2001.

¹³⁸ CA Paris, 13 sept. 2001, D. 2002, IR.44

¹³⁹ Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., §66

¹⁴⁰ C. Cass. Crim, 12 nov. 2008, n° 07-83.398, *F PF, V. c/ Assoc. Act Up Paris et a.*, note **E. DREYER**, « *Cassation d'une condamnation pour injure homophobe* », JCP G., dec. 2008, II, 10206 ; **J.-Y. DUPEUX** et **T. MASSIS**, « *Droit de la presse* », D. 2009, pp.1781 et s.

¹⁴¹ « *Qu'en suggérant ainsi que ces hommes de couleur représentent un danger pour la France, l'auteur tend à susciter chez ses lecteurs un sentiment d'hostilité et, en l'entretenant, de haine.* » CA Versailles, 7^{ème} Ch., 26 mai 2008, 07/03832

¹⁴² Cour EDH, *Zana c. Turquie*, 25 nov. 1997, §58

et qu'il soit « *nettement de nature à susciter un tel sentiment dans l'esprit du public* »¹⁴³. Ces critères offrent une qualification non équivoque de la cible du message et du degré d'incitation par une analyse prudente et approfondie du contenu. Ainsi, la « *valorisation non équivoque du comportement néfaste à autrui* » passe par une présentation de nature à « *encourager le lecteur à apprécier de façon positive* » le comportement contre autrui et « *ses effets* »¹⁴⁴.

626. Malgré des passages qui « *comporte(nt) des termes qui de façon évidente sont de nature à susciter un sentiment* »¹⁴⁵ de haine, un message artistique n'est pas automatiquement constitutif d'une incitation. En effet, la démarche du juge doit se tourner vers la recherche d'éléments qui justifient la présence des passages litigieux dans l'œuvre, dédouanant l'auteur de toute intention malveillante auprès du public. Le passage peut alors être considéré comme un besoin interne à l'œuvre car il a pour but de développer le message dans son entier. En effet, ce ne sont pas des passages, mais une œuvre qui doit créer la provocation. Pour prendre quelques exemples, la Cour de cassation a, à juste titre, condamné la diffusion télévisuelle de la parodie *Casser du noir*, pour incitation à la haine raciale. Elle estimait que rien n'a été fait « *pour que le téléspectateur ait de cette séquence, ainsi que du texte incriminé, une interprétation au second degré* »¹⁴⁶. Il en irait de même pour le rappeur *Orelsan* qui a subi une censure sans pour autant être mis en cause pour incitation à la haine envers les femmes¹⁴⁷. Malgré la vocation à la dérision invoquée par l'artiste, qui selon le rappeur se reflète dans son vidéo clip, la chanson *Sale Pute* n'est qu'un enchaînement de paroles haineuses d'un homme à l'égard d'une femme¹⁴⁸. En outre, le vidéo clip ne contient aucun élément tangible permettant de considérer l'œuvre comme non incitative¹⁴⁹. *A contrario*, certains passages du livre *Pogrom*, qui à eux seuls seraient constitutifs

¹⁴³ **B. DE LAMY**, « *Droit de la presse et des médias* », JCP G., nov. 2008, I, 209, pp.19 et s., p.21

¹⁴⁴ Cour EDH, *Leroy c. France*, Op.cit., §§42-43

¹⁴⁵ **B. DE LAMY**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 34, L.G.D.J., 2000Thèse, p322, n°512

¹⁴⁶ C.Cass. Crim. 4 nov. 1997, Dr. Pén. 1998, comm.33, Gaz. Pal. 98.1 chr.22

¹⁴⁷ Le Ministre de la Culture a demandé aux hébergeurs de contenu *Youtube* et *Dailymotion* de supprimer le clip de la chanson *Sale pute* d'Orelsan de leurs pages. Ces derniers ont refusé de l'effectuer en l'absence de décision de justice condamnant le rappeur. De plus, le festival du Printemps de Bourges a été menacé de voir ses subventions réduites s'il conservait Orelsan au sein de sa programmation. Les responsables du festival ont refusé le retrait de l'artiste au motif que la chanson *Sale Pute* ne sera pas interprétée. L'attitude des opposants à la chanson peut être condamnable. En effet, il pourrait être estimé que les lourdes pressions opérées par les opposants en vue de censurer le chanteur, « *mais sans recourir à l'office du juge* », portent atteinte « *au droit de l'auteur de l'œuvre (...) de communiquer ses œuvres au public* ». **V.-L. BENABOU**, note sous CA Bruxelles, 14 juin 2007, PI n°28, 2008, p347

¹⁴⁸ Les paroles, choquantes, se retrouvent, sans précaution sur Internet.

¹⁴⁹ Le clip commence par l'avertissement « *attention les paroles de la chanson sont susceptibles de heurter les personnes ayant commis l'adultère* ». Ensuite, après avoir vu une femme lire un mail, on ne retrouve que le rappeur déclamant son texte en buvant de l'alcool. On peut rappeler que le TGI de Toulon, sur une affaire concernant le groupe de rap NTM a affirmé « *qu'on ne peut prétendre lutter contre la haine, au moyen de la chanson, en*

du délit de provocation, sont légitimés par leur intégration dans l'ensemble du message artistique du livre¹⁵⁰.

L'incitation à la haine ne peut être sanctionnée que par la caractérisation de son évidence, car l'équivocité laisse place au débat. Si l'effet incitatif n'est pas retenu et donc, le risque non constitué, le message peut encore faire l'objet de restriction. Cependant, c'est par l'existence d'une atteinte faite à autrui par la propagation du message que la restriction se justifie.

§2. Les restrictions en raison des effets indirects sur autrui

627. La restriction ne se fonde pas ici sur les effets directs que le message a sur son récepteur, mais sur les effets indirects sur autrui. Cette restriction, s'analysant en termes d'atteinte, ne relève pas exclusivement de l'existence du message, mais de sa propagation. L'atteinte provient alors de la connaissance du message, non seulement par autrui, mais aussi par l'ensemble de la société. C'est au regard de l'image que l'individu a de lui-même et de celle qu'il renvoie à la société par le message que l'atteinte se constitue. Cependant, l'atteinte ressentie subjectivement par l'individu ne conduit pas toujours à l'existence d'un préjudice objectivement établi. Une telle restriction au droit de recevoir trouve alors sa source dans l'atteinte à une valeur protégée (I). Ce serait ensuite la relation du message à la valeur protégée qui est analysée pour apprécier le besoin d'une restriction au droit de recevoir (II).

I. Des atteintes à une valeur protégée

628. Sans pour autant faire partie intégrante du public, les opposants au message artistique peuvent imposer que leur respect soit une source de restriction à la liberté artistique. Les atteintes nées des effets indirects de la diffusion d'un message sur autrui constituent l'essentiel des restrictions à la liberté d'expression artistique. Elles se limitent à des atteintes visées à l'article 29

désignant à la vindicte populaire une partie du corps social ». TGI Toulon, 14 nov. 1996, *M.P. et FASP, et autres c. Lopes et Morville*, n° P 95014235 in, **F. GRAS**, « *Rap et liberté d'expression* », LP n°144, 1997, II p.103

¹⁵⁰ **TRICOIRE A.**, « *Quand la fiction exclut le délit* », TGI Paris, 17^{ème} Ch., 16 nov. 2006, LP, n°240, avr. 2007, III, p.72

de la loi du 29 juillet 1881 en droit interne (A). Ces limites qui doivent être appréhendées en conformité avec la jurisprudence de la Cour EDH (B).

A/ Des atteintes définies

629. Dans un premier temps, la diffamation est constituée par « *l'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* »¹⁵¹. Cette définition vient inévitablement limiter les prérogatives de l'artiste quant à la création d'un message dans son rapport au réel. Elle impose une restriction lorsque l'artiste quitte le domaine de la fiction pour exprimer « *une réalité pouvant être appréhendée par les sens, et qui, comme telle, peut être prouvée* »¹⁵². L'appréciation d'éléments intrinsèques et extrinsèques à l'œuvre aboutit alors à la qualification des faits suffisamment précis pour que la diffamation soit constituée. Il en va ainsi de l'intégration « *de personnages réels ou de faits réels* » qui peuvent empêcher de voir un roman comme un ouvrage « *de pure fiction* »¹⁵³ ou de l'affirmation de meurtres de jeunes de banlieues imputés aux forces de police¹⁵⁴. Néanmoins, la qualification de fait précis reste relative. Elle peut s'appliquer au « *fait imaginaire* »¹⁵⁵ en raison des hypothèses de caractérisation que la diffamation peut prendre. En effet, la diffamation peut être constituée sous forme « *d'allusions, d'interrogations, de négations, de soupçons, d'insinuations, ou encore sous la forme dubitative ou conditionnelle* »¹⁵⁶ et par conséquent, le cas de la métaphore artistique. À considérer que le message artistique ait la fiction pour principe, la distinction entre réalité et fiction, en règle générale, n'a pas lieu¹⁵⁷. La diffamation ne s'exerce alors que lorsque le récepteur « *ne peut se méprendre* » sur « *l'imputation (...) d'un fait déterminé pouvant porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui* »¹⁵⁸. Comme l'a affirmé M. le Professeur De Lamy, « *à partir du moment où (...) le propos renferme un fait*

¹⁵¹ Article 29 de la loi du 29 juill. 1881

¹⁵² **B. DE LAMY**, Thèse, op.cit., p.167, n°300 (version thèse)

¹⁵³ Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, §55

¹⁵⁴ Le livret promotionnel accompagnant la sortie de l'album *Insécurité sous la plume d'un barbare* du groupe comprenait cette phrase : « *Les rapports du ministre de l'intérieur ne feront jamais état des centaines de nos frères abattus par les forces de police sans qu'aucun des assassins n'ait été inquiété* ». La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui avait vu dans la phrase un fait non suffisamment précis. C.Cass. 11 juill. 2007, n°06-86024. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a relaxé le groupe dans un arrêt du 25 juin 2010 en raison de l'absence d'imputation de faits précis. C.Cass., Ass. P., 25 juin 2010, n°08-86.891

¹⁵⁵ C.cass. 22 Mai 1990, Bull. n°211. En ce sens, au sein d'une caricature, CCass. Ch. crim., 16 déc. 1986, Bull. n°374

¹⁵⁶ **B. DE LAMY**, Thèse, op.cit., p.169, n°303

¹⁵⁷ En ce sens, Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., §55

¹⁵⁸ TGI Paris, 3 mars 1993, *C. Grimaldi c. Société Kalachnikof*, LP, janv.-fév. 93, n°108, II, p.10

incontestablement imaginaire pour le lecteur moyen, il ne peut y avoir diffamation »¹⁵⁹. Prétendre le contraire rend impossible toute défense de l'artiste, ne pouvant arguer de *l'exceptio veritatis*. En effet, demander la preuve de la vérité à l'artiste revient à nier l'essence même de son activité qu'est la création par l'imaginaire. Partant, le respect de la liberté artistique commande une interprétation stricte de la diffamation où seul un jeu de confusion des genres crée la croyance en la véracité des faits pour le public.

630. Dans un second temps, l'absence de faits précis contenus dans le message artistique n'écarte pas l'atteinte à autrui. C'est pourquoi, à défaut de faits précis, « *l'expression outrageante, termes de mépris ou d'invective* »¹⁶⁰ constitue l'injure. Ce délit prend souvent la forme d'un palliatif à la diffamation. Il permet de sanctionner les « *propos vagues, dénués de précision* »¹⁶¹ relevant plus de l'opinion que de l'information. La forme de l'expression importe donc peu, que ce soit la parole, le geste ou, par exemple, le costume utilisé par l'artiste pour s'exprimer¹⁶². La qualification de l'injure n'est donc pas une analyse *stricto sensu* du contenu de l'œuvre à travers les seuls termes employés¹⁶³. Elle réside plus largement dans l'opinion diffusée, ou plutôt, dans la perception qui peut raisonnablement en être faite. Dès lors, ce n'est pas dans son rapport à la réalité que l'artiste voit surgir une limitation de ses prérogatives, mais dans sa liberté de critique et de polémique. Ainsi, ce délit d'injure constitue une hypothèse particulièrement importante de restriction à la liberté artistique, domaine privilégié de la provocation et de la subversion.

631. Si ces restrictions revêtent une importance particulière, c'est que tout en se fondant principalement sur la protection des droits d'autrui, elles se rattachent inévitablement à des questions d'ordre moral¹⁶⁴. La Cour EDH, plutôt que de chercher « *en vain (...) une notion uniforme [de la morale]* » a préféré affirmer la diversité de ses conceptions¹⁶⁵. Le respect de cette diversité est alors à même de limiter le pluralisme des idées¹⁶⁶ relatives aux différentes

¹⁵⁹ B. DE LAMY, Thèse, op.Cit., p.177, n°312, reprenant A.CHAVANNE

¹⁶⁰ Article 29 alinéa 2 de la loi du 29 juil. 1881.

¹⁶¹ B. DE LAMY, Thèse, p.216, n°366

¹⁶² En ce sens, C.Cass., 3 avril 2007, *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et a. c. Dieudonné*, n°05-85885.

¹⁶³ Même si les insultes sont un élément de qualification. En ce sens, B. DE LAMY, Thèse, op.cit., p.217, n°369

¹⁶⁴ En ce sens Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988 ; Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994 ; Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996

¹⁶⁵ En ce sens, Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010.

¹⁶⁶ On peut voir en ce sens, l'article 5 du décret n°92-280 du 27 mars 1992 relatif à la publicité télévisuelle dispose à ce titre que « *la publicité ne doit contenir aucun élément de nature à choquer les convictions religieuses (...) des téléspectateurs* »

conceptions. Ce respect, garanti à travers l'article 29 de la loi de 1881, correspond à la protection d'un « *bien d'ordre moral qui résulte (dans un premier temps) pour chaque homme du sentiment personnel d'agir conformément aux exigences de la morale et du devoir d'État* ». Dans un deuxième temps, cette protection « *revêt une portée plus sociale puisqu'elle consiste dans l'estime que les tiers accordent à celui (ou ceux) dont ils jugent la vie* »¹⁶⁷ à travers le message artistique. Cette double protection ressort de la lecture de l'article 29 à travers les termes d'honneur et de considération. L'honneur est à rattacher à l'image que la personne, se prévalant de la position de victime, se forge d'elle-même à travers le message. La considération se rattache, quant à elle, à l'image qu'a le récepteur de la victime du message. Partant, si le message mérite d'être restreint c'est qu'il affecte doublement la personne se plaçant en victime : par l'atteinte personnelle subie et par la dégradation de son image auprès d'autrui. Le cumul de ces atteintes implique que l'infraction puisse se constituer dès la diffusion du message en raison des effets potentiels sur les récepteurs et sur la victime. En effet, la victime est affectée par la simple connaissance du message et la susceptibilité de sa réception par tout individu. Partant, tant le contenu du message que les conditions de sa diffusion font varier l'ampleur de l'atteinte subie.

632. Les restrictions évoquées ne sont pas, par principe, incompatibles avec la CEDH¹⁶⁸. La Cour strasbourgeoise, dans les affaires relatives à la liberté artistique, a souvent allié protection de la morale et des droits d'autrui pour constater la non violation de l'article 10. Elle garantit ainsi « *la nécessité d'éviter les expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits* »¹⁶⁹.

B/ Des restrictions compatibles avec la jurisprudence de la Cour EDH

633. S'agissant du délit de diffamation, la Cour a reconnu, dans l'affaire *Lindon Otcvhakovsky-Laurens et July*, son applicabilité « *dans le cadre d'une œuvre de fiction* ». Elle en limite cependant la portée en affirmant que seul les propos « *qui reflètent la pensée de l'auteur sont susceptibles de tomber sous le coup de la loi du 29 juillet 1881, à l'exclusion de ceux à*

¹⁶⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : droit pénal général*, cité dans B.DE LAMY, Thèse, Op.cit., p.170, n°303. Cette conception que les auteurs rattachent à la question de l'honneur et de la considération et aussi partagée par A.CHAVANNE, H.GUILLOT, R.VOUIN et M.L. RASSAT

¹⁶⁸ Pour la Convention Interaméricaine des droits de l'homme voir : CIDH, *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 fév. 2001, série C 73

¹⁶⁹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, §49

l'égard desquels il exprime un réelle distance dans son ouvrage »¹⁷⁰. Ainsi, il est nécessaire que l'auteur impute un fait à l'égard d'une personne ou d'un groupe, tout du moins que le public en ait le sentiment. Le juge européen, procédant à une dichotomie constante entre la déclaration de fait et le jugement de valeur¹⁷¹, fait relever les propos de l'artiste, en majeure partie, du second cas. Le jugement de valeur ne pouvant se prêter à la démonstration de son exactitude, il commande que l'artiste s'appuie sur une base factuelle suffisante lors de son immixtion dans la réalité. Néanmoins, l'artiste, par la distance qu'il met dans les propos, joue de la déformation de la réalité. Alors, en mêlant réalité et fiction, il lui est impossible d'établir une base factuelle suffisante sur l'ajout d'éléments fictifs. Pourtant, il ne doit pas être inquiété lorsque cette déformation de la réalité ne vise nullement à la refléter¹⁷². La constitution de la diffamation, face à la confusion entre réalité et fiction, ne résulte donc pas du fait que l'expression reflète la pensée de l'auteur, mais parce qu'elle est perçue comme telle par le récepteur.

634. Pour ce qui est de l'injure, la Cour a estimé nécessaire d'élargir « *la marge d'appréciation des États (...) dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion* »¹⁷³. La Cour a recours à la morale lorsque la protection d'autrui relève de l'intérêt collectif et non d'un droit individuel¹⁷⁴. Quoique restreinte en matière artistique par l'arrêt *Akdas*¹⁷⁵, la protection de la morale au nom de l'intérêt collectif constitue toujours un but légitime. En effet, la Cour, en restreignant la marge d'appréciation des États en la matière, a, semble-t-il, entendu limiter les restrictions à la liberté de réception. La Cour de cassation avait déjà apporté une limite à ces restrictions lorsqu'elles étaient fondées sur « *l'excès de sensibilité* »¹⁷⁶ d'une partie de la population. Cette relativisation générale ne remet pas en cause « *la reconnaissance accordée aux singularités* »¹⁷⁷ lorsqu'il s'agit de les protéger « *contre des attaques offensantes* »¹⁷⁸. Ainsi, la Cour a, dans l'ensemble, souscrit à la restriction de messages artistiques « *de nature à blesser brutalement (...) la décence* »¹⁷⁹ des individus ou le sentiment religieux des croyants¹⁸⁰.

¹⁷⁰ Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., §52

¹⁷¹ *Ibid.* §55

¹⁷² En ce sens Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janvier 2007, §33

¹⁷³ Voir Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §50 ; Cour EDH, *Murphy c. Royaume-Uni*, 10 juil. 2003, §67 ; Cour EDH, *Aydin Tatlav c. Turquie*, 2 mai 2006

¹⁷⁴ En ce sens Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, préc.

¹⁷⁵ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

¹⁷⁶ En ce sens, C.Cass., 14 fév. 2006, préc., « *l'excès de sensibilité d'une fraction de croyants ne saurait rendre indisponible dans l'espace public la représentation d'une religieuse associée à la lutte contre le sida* »

¹⁷⁷ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, préc., §30

¹⁷⁸ Cour EDH, *I.A. c. Turquie*, 13 sept. 2005, §30

¹⁷⁹ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, préc. §36

635. Les atteintes sous étude ne sauraient être caractérisées qu'en fonction de la seule position de la victime. Si la Cour EDH exige que les « *expressions (...) (soient) gratuitement offensantes* », c'est qu'elles ne peuvent être justifiées par l'intérêt de la réception pour une partie du public. L'analyse en tant que conflit de droit nécessite la prise en compte de l'existence du récepteur potentiel. L'indifférence classique envers le droit de recevoir a fait l'objet de critique. Une partie de la doctrine a vu dans la jurisprudence de la Cour une tentative de « *maintenir un ordre moral que l'on peut estimer assez peu compatible avec les exigences* »¹⁸¹ de la liberté d'expression, au risque de créer « *un milieu idéologique aseptisé* »¹⁸². Cette protection du sentiment des uns, plus que de s'opposer classiquement à la liberté d'expression de l'artiste, affronte directement la liberté de recevoir d'autrui.

La protection d'autrui, que ce soit dans le cas de la diffamation ou de l'injure, poursuit l'objectif de régulation des conflits nés de la fluctuation des valeurs morales et religieuses dans un même ensemble. On ne peut, au nom de l'idéal démocratique, protéger une conception au mépris des autres. La restriction, qui se perçoit à travers les yeux du public, doit apparaître comme porteuse d'un juste équilibre. Dès lors, cette protection est inévitablement à géométrie variable.

II. Une protection à géométrie variable

636. Protéger l'individu contre une expression offensante à son égard semble difficile en raison de l'appréciation subjective de l'atteinte subie. La seule idée qu'un individu puisse être offensé par un message ne peut conduire à sa restriction. On aboutirait à des interdictions si générales et si excessives qu'elles ne laisseraient aucune place au droit de recevoir. À supposer qu'un individu ou un groupe d'individus puissent être déterminés comme victimes (A), il faut encore que la diffusion du message ne puisse trouver de causes de justification (B) pour emporter la restriction.

¹⁸⁰ En ce sens, Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc. et *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁸¹ **J.-M. LARRALDE**, « *La liberté d'expression et le blasphème* », note sous Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, RTDH 1997, pp.725 et s., p.732

¹⁸² **P. WASCHMANN**, « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme* », Note sous l'arrêt Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, RUDH, 1994, p.441 et s., p.447

A/ La détermination des personnes atteintes

637. La détermination des victimes commande la précision de la délimitation des personnes atteintes ainsi que l'adéquation de la prétendue victime au message litigieux. L'article 29 de la loi de 1881 envisage en tant que victime une personne déterminée ou encore un corps faisant l'objet de la diffamation ou de l'injure. L'article 29 ne possédant qu'un rôle de définition - aucune peine n'étant mentionnée - les articles 30¹⁸³, 31¹⁸⁴, 32 et 33¹⁸⁵ de ladite loi précise les individus ou catégories d'individus protégées. Intégrant les personnes publiques, les particuliers, ainsi que l'ensemble des personnes et groupe de personnes déjà protégées dans le cadre de la provocation¹⁸⁶, ces dispositions offrent une conception large des individus protégés. Elle opère néanmoins une distinction entre la protection de la personne en tant qu'intérêt personnel et la protection de l'intérêt collectif d'un groupe déterminable. Ainsi, la seule référence au terme de « *corps* » dans la loi laisse envisager son applicabilité à différents corps professionnels et sociaux. Or, il apparaît que cette conception *a priori* extensive est réduite lorsqu'il s'agit de déterminer la victime du message.

638. Lorsqu'il s'agit d'une personne déterminée, la Cour EDH n'a pas remis en cause la conception française. Elle considère que la désignation de la personne¹⁸⁷ peut s'effectuer à travers la fiction même par le biais d'un personnage imaginaire, « *pourvu que la personne soit désignée de manière claire sans que le public puisse s'y tromper* »¹⁸⁸. Cette conception met deux conditions en avant pour que l'individu soit désigné comme cible du message. Dans un premier temps, il est logique que la victime doive se reconnaître. Dans un second temps, il est nécessaire que le public soit à même de désigner de manière claire la victime du message litigieux. L'immixtion de la réception par le public dans la détermination de la personne ciblée n'est pas

¹⁸³ L'article 30 vise les cours, les tribunaux, les armées et administration publiques. L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 25 juin 2010 a relaxé le groupe de rap *La rumeur*, pour diffamation envers une administration publique, en l'espèce la police nationale. C.Cass, Ass P., 26 juin 2010, n°08-86.891

¹⁸⁴ L'article 31 vise la protection des personnes « *à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'Etat, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition* ».

¹⁸⁵ Les articles 32 et 33 respectivement sur la diffamation et l'injure protègent les particuliers et « *une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* » « *à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* ».

¹⁸⁶ Cf. *supra*, n°610 et s.

¹⁸⁷ La personne s'entendant ici comme personne physique ou morale.

¹⁸⁸ CA Paris, 8 mars 1897, dans Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., §29. Cette conception rattachée en l'espèce à la diffamation doit s'appliquer de la même sorte à l'injure personnelle.

sans incidence. Elle relativise l'infraction. La certitude, pour un individu, d'être la cible d'un message nécessite donc d'être confortée par le fait que le public puisse faire le lien entre le message et l'individu en cause. Ainsi, une telle analyse implique que c'est en touchant à la fois l'honneur - pour soi - et à la considération - d'autrui - de l'individu que l'infraction est constituée.

639. Lorsqu'il est question de protéger les droits d'autrui en tant que groupe, une désignation objective des victimes de l'atteinte est plus complexe. En effet, il existe une difficulté à définir les contours du groupe protégé et de sa protection. Si les individus sont offensés, ce ne doit pas être, ici, en raison d'une attaque personnelle, mais d'un intérêt commun qui les réunit au sein du groupe. Excluant le cas spécifique de la personne morale¹⁸⁹, les juges ont refusé de voir un groupe protégé dans les « *membres d'une collectivité dépourvue de personnalité juridique qui n'est pas suffisamment restreinte pour que chacun de ses membres puisse se sentir atteinte* »¹⁹⁰. Cette motivation de la Cour, relative aux harkis, fait des groupes de personnes inscrites dans la loi « *des catégories limitativement énumérées* »¹⁹¹ similaire à celles relatives au délit de provocation.

640. Une deuxième difficulté apparaît lorsqu'il s'agit de relever l'atteinte à un groupe de personnes catégorisé. L'infraction peut parfois être constituée, non par l'attaque directe des personnes, mais à leur intérêt commun et des symboles qui les lient¹⁹². La question se pose alors de savoir si, pour constituer le délit, le message doit viser l'ensemble des personnes composant la catégorie ou s'il suffit qu'il n'en vise que certains¹⁹³. La jurisprudence interne a limité l'infraction aux seuls messages de nature à atteindre l'ensemble de la catégorie visée et non une « *minorité de personnes* »¹⁹⁴ en son sein¹⁹⁵. Ainsi, des caricatures « *qui visent une fraction des*

¹⁸⁹ Ce cas est entendu comme une atteinte à une personne. En ce sens, C.cass., Ch. crim, 12 oct. 1976, Bull.Crim. n°287

¹⁹⁰ C.Cass., Ch. crim 29 janv. 2008, Bull.Crim. n°23, concernant les personnes se prétendant de la communauté des harkis. Note **G. ROYER**, « *Diffamation envers une collectivité dépourvue de personnalité juridique : chaque membre doit se sentir atteint par le propos diffamatoire* », AJ. Pén., avr. 2008, pp.191-192

¹⁹¹ C.Cass., Crim., 31 mars 2009, n°07-88021, même affaire.

¹⁹² En ce sens, Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996. Cependant, la jurisprudence interne semble plus réticente à déduire l'atteinte au groupe en raison de l'attaque des seuls symboles ou éléments susceptibles de les rattacher. Par exemple, les juges rejettent l'assimilation entre France et français au sein de la chanson *Fransse* de Monsieur R. :T.Corr. Paris, 27 avr. 2007, *AGRIF c. R.Makela*, et C. Cass, 3 févr. 2009, n°08-85220

¹⁹³ En ce sens voir l'argumentation de l'AGRIF dans les arrêts : C.Cass., Crim., 25 mars 2003, *AGRIF c. Dieudonné et autres*, inédit, n°02-82288 et C.Cass. 02 mai 2007, *AGRIF c. S.July*, n° Juris-Data : 2007-039022. JCP G., 13 juin 2007, IV, n°2157, p.47

¹⁹⁴ La Cour de cassation n'a pas entendu voir une atteinte en raison de la race lorsque le message ne vise « *minorité de personne possédant le pouvoir parmi les Blancs* ». C.Cass., 25 mars 2003, n°02-82288

musulmans et non l'ensemble de la communauté musulmane, ne constituent pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de son appartenance religieuse »¹⁹⁶. Une telle analyse se retrouve dans le contentieux relatif à la publication d'un dessin du caricaturiste *Willem* dans le journal *Libération* représentant le Christ nu, le sexe recouvert d'un préservatif. Malgré l'action l'AGRIF tendant à faire reconnaître une injure envers les catholiques et les chrétiens¹⁹⁷, les juges ont affirmé que le message « *ne saurait être regardé comme visant à blesser l'ensemble des chrétiens, ni même l'ensemble des catholiques, lesquels ne paraissent pas tous partager la doctrine du pape sur l'usage du préservatif* »¹⁹⁸.

641. On peut affirmer que l'injure n'est pas constituée lorsque les propos ne touchent qu'une part d'une catégorie. Le propos s'inscrit, au contraire, dans un débat contradictoire existant dans la catégorie mise en cause. Cette interprétation se comprend d'autant plus que la fraction d'intégristes agissant au nom de l'Islam et les plus conservateurs de catholiques sont perçus par le juge comme les moins enclins au pluralisme, les moins habités par l'esprit de tolérance et par conséquent plus sensibles. En ce sens, la Cour de cassation, dans l'affaire dite de *La sainte capote*, a affirmé que « *l'excès de sensibilité d'une fraction de croyants ne saurait rendre indisponible dans l'espace public la représentation* »¹⁹⁹ litigieuse. Ainsi, les juges recherchent une sensibilité moyenne dans la catégorie visée. Le droit de recevoir ne plie pas face à une atteinte subjectivement ressentie par une part d'individus, mais à la condition que le groupe considéré soit objectivement atteint. L'objectif de cette limitation est de ne pas souscrire trop

¹⁹⁵ En ce sens, Cour EDH, *Giniewski c. France*, 31 janv. 2006. De même, au sein de l'affaire *Aydin Talav*, la Cour note « *que l'ouvrage litigieux fut publié pour la première fois en 1992, et qu'aucune poursuite n'a été déclenchée jusqu'en 1996, date de parution de la cinquième édition* ». Elle constate de même que ce n'est que sur « *dénonciation d'un particulier* » que la poursuite pénale a eu lieu, et non d'une association supposée représentative d'un groupe. Ainsi, la Cour met en avant des éléments de nature à démontrer que l'ensemble d'un groupe ne s'est pas senti atteint en raison de la passivité dudit groupe. Cour EDH, *Aydin Tatlav c. Turquie*, 02 mai 2006.

¹⁹⁶ CA Paris, 12 mars 2008, *Union des organisations islamiques de France c. P.Val et Société éditions rotatives*, n°07/02873

¹⁹⁷ Les juges ont reproché la confusion et la largesse de l'AGRIF quant au groupe de personnes victime de l'injure. Ils estiment que « *l'AGRIF n'a pas pu cibler avec précision au nom le groupe au nom duquel elle agit* ». Ainsi, la notion de chrétien « *est particulièrement large puisqu'elle comprend diverses communautés de fidèles* ». Les juges reprochent aussi l'assimilation des catholiques et des chrétiens. C.Cass., 2 mai 2007, *AGRIF c. S.July*, préc.

¹⁹⁸ *Ibid.* On peut voir une démarche similaire au sein de l'affaire concernant un sketch de l'humoriste Dieudonné. Ainsi, l'humoriste vêtu d'un « *chapeau noir affublé de papillotes, mais aussi d'une cagoule et une veste de treillis, n'incarne pas les personnes de confessions juives en général, mais une fraction de cette communauté* ». Une analyse plus poussée permet à la Cour d'affirmer que « *le personnage caricatural mis en scène correspond en réalité, à un juif fondamentaliste extrémiste professant des idées dans lesquelles l'ensemble des personnes de confession juive ni chaque individu de cette confession ne se reconnaissent* ». C.Cass., *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres c. Dieudonné*, 3 avril 2007, n°05-85885

¹⁹⁹ C.Cass., 14 fév. 2006, *Pierre X et Nathalie Y. c. la ligue des droits de l'homme*, n°05-81932

facilement à la restriction en prêtant au message « *une portée plus large que celle résultant* »²⁰⁰ du contenu.

642. Cette démarche de délimitation des contours du groupe de personnes est assez fidèle à l'esprit de la Convention EDH, même si l'on peut regretter que la Cour n'ait jamais accompli une telle analyse dans les arrêts *Otto-Preminger Institut* et *Wingrove*²⁰¹. L'esprit de l'article 10 tend à considérer que les individus, par exigence de tolérance, doivent supporter des expressions hostiles à leurs convictions²⁰². Le message litigieux vise donc naturellement l'ensemble d'un groupe de personnes lorsqu'il heurte la sensibilité d'une personne « *douée de sensibilité normale* » qui en fait partie. Or, en matière artistique la Cour Européenne et juge interne ont entrepris une démarche sensiblement différente à l'égard des effets du message. En effet, la Cour EDH tendait à restreindre classiquement « *ce qui est de nature à offenser gravement des personnes (notamment) d'une certaine croyance religieuse* » en raison du « *haut degré de profanation* »²⁰³. La Cour ne jugeait alors que du contenu à l'égard de personnes potentiellement victimes pour retenir leur « *indignation justifiée* »²⁰⁴. La Cour avait donc opté pour une conception beaucoup plus abstraite et personaliste de la notion d'autrui. Il suffisait que le message se rapporte à « *des questions susceptibles d'offenser* »²⁰⁵ un groupe de personnes, et non qu'elle le désigne, pour que la Cour apprécie du seul degré d'atteinte des victimes.

643. Heureusement, l'arrêt *Akdas*²⁰⁶ a remis en cause l'analyse classique de la Cour. Non fondée sur un groupe déterminé, mais sur la protection générale de la morale, la restriction opposée à l'encontre de livre *Les onze mille verges* par le gouvernement n'a pas convaincu le juge européen. La Cour, reconnaissant les besoins de prendre en considération les diverses « *communautés* »²⁰⁷ et « *singularités* »²⁰⁸, n'a plus entendu accorder une large marge d'appréciation aux États membres en la matière. La Cour met désormais en balance les demandes de restrictions fondées sur la sensibilité des uns avec la volonté de réception des autres. Elle ne se concentre plus sur l'analyse du contenu à l'égard des seules victimes du

²⁰⁰ C.Cass., 25 mars 2003, n°02-82288, préc.

²⁰¹ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc. ; Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc.

²⁰² En ce sens, Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., §60

²⁰³ *Ibid.*, §58 et 60

²⁰⁴ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §48

²⁰⁵ Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., §58

²⁰⁶ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

²⁰⁷ *Ibid.*, §27

²⁰⁸ *Ibid.*, §30

message, mais y intègre enfin le droit de recevoir d'autrui. Cette interprétation se rapproche ainsi de celle du juge interne.

644. Le pluralisme implique que l'on ne privilégie pas l'interprétation du message par les opposants offensés sur celle du public. Elle ne laisse plus l'opposant, à l'origine de la demande de censure, en position de force dans la défense de son droit²⁰⁹. Une restriction n'est légitime que si le public est à même de considérer que le groupe est visé et donc, est à même de potentiellement le déconsidérer. La Cour de cassation a ainsi affirmé que « *s'il n'est pas douteux que les téléspectateurs ont pu reconnaître (...) des signes communément utilisés dans l'imagerie populaire pour représenter une personne (appartenant à un groupe déterminé) ils ont pu voir également (à travers le message) différents symboles qui n'évoquent pas un personnage unique* ». Ces éléments « *formant un tout dont on ne saurait privilégier un élément plutôt qu'un autre* »²¹⁰, il ne peut être affirmé que le public a vu un message visant l'ensemble des personnes d'un groupe déterminé. Dès lors, la détermination des personnes atteintes s'effectue à la lumière de la réception par le public. Elle ne peut se déduire de la seule atteinte subjectivement ressentie. Le caractère offensant d'un message pour certains individus ne suppose que l'ensemble du groupe ait été atteint.

La dimension sociale implique que la détermination du groupe atteint, tout comme en cas d'atteinte personnelle, ne souffre d'aucune contestation. Même si certains peuvent se sentir offensés²¹¹, c'est dans l'œil plus objectif du récepteur que la détermination de la cible du message apparaît. Ainsi, l'atteinte invoquée n'est retenue que par la reconnaissance de l'atteinte à l'honneur personnel et à la considération sociale. Mise en œuvre particulière de la mise en balance des intérêts, cette détermination des personnes atteintes conduit à une analyse contextuelle du message. Elle inclut l'ensemble des acteurs de la liberté artistique dans un but de juste équilibre.

²⁰⁹ En ce sens, **P. DUCOULOMBIER**, Thèse, op.cit., n°798 et s.

²¹⁰ C.Cass., *Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres c. Dieudonné*, 3 avril 2007, n°05-85885

²¹¹ « *La Cour n'observe pas, dans les propos litigieux, un ton insultant visant directement la personne des croyants, ni une attaque injurieuse pour des symboles sacrés, notamment des Musulmans, même si, à la lecture du livre, ceux-là pourront certes se sentir offusqués par ce commentaire quelque peu caustique de leur religion* » Cour EDH, *Aydın Tatlav c. Turquie*, préc., §28

B/ La contextualisation du degré d'atteinte

645. La caractérisation de l'atteinte suppose l'analyse du message tant à l'égard du public que d'autrui. Une appréciation à l'égard du seul contenu est inévitablement subjective. Toutefois, elle n'est pas à nier car l'existence d'une atteinte pour certains peut se compenser par l'intérêt de la réception du message d'autrui. Alors, le degré d'atteinte relève à la fois du degré de connaissance et de perceptibilité du message litigieux pour le public et pour autrui. Le degré d'offense contenu dans le message s'analyse à l'égard de l'intérêt de la réception (1) puis, à l'égard des conditions de diffusion protectrices de la liberté individuelle (2).

1 / Degré d'atteinte et intérêt de la réception

646. L'injure et la diffamation sont à évaluer à l'égard de la réception du message pour déterminer le degré d'atteinte. Concernant la diffamation, l'artiste n'étant pas soumis « à la condition de sincérité »²¹², le public n'attend pas de lui qu'il respecte la vérité. Plutôt, il soulève un problème²¹³. Toutefois, il ne saurait bénéficier d'une impunité. La diffamation est constituée lorsque l'artiste tend à faire de son message une réalité, ou est perçu comme tel. La matière artistique, par la distance qu'elle met dans le propos, bénéficie régulièrement d'une plus grande tolérance de la part de la jurisprudence interne²¹⁴ et européenne²¹⁵. En effet, la Cour EDH n'entend pas mettre sur un pied d'égalité les messages hypothétiquement offensants ayant une vocation publicitaire²¹⁶, et ceux revêtant une vocation artistique ou de contribution au débat

²¹² **B. DE LAMY**, Thèse, op.cit., p. 205, n°354

²¹³ En ce sens, « *Attendu que pour dire que l'utilisation des termes "bidon" et "intox" associés était diffamatoire, la cour d'appel a énoncé qu'une telle allégation, synonyme de bluff, mensonge ou simulation dépasse la libre critique admissible, (...) peu important le style habituel du magazine se caractérisant par une grande liberté de ton (...); Qu'en statuant ainsi quand les termes litigieux, qui devaient être appréciés au regard de l'ensemble de l'écrit dont ils étaient inséparables se bornaient à exprimer, en langage courant, l'opinion qui s'en dégageait et signifiaient seulement que l'émission télévisée critiquée présentait des informations erronées non vérifiées et trompeuses, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». C.Cass., 24 juin 2010, n°09-11244

²¹⁴ La jurisprudence interne s'est surtout focalisée sur le droit à l'humour pour assouplir les conditions de restrictions des messages litigieux. En ce sens, **B. DE LAMY**, Thèse, op.cit., p.203 et s. On voit cette tolérance s'étendre à la chanson, notamment à l'égard des rappeurs tel que le montre les affaires précitées où sont mis en cause Monsieur R. ou le groupe Sniper. En outre, il a pu être affirmé, d'une œuvre publicitaire que « *sa nature ne lui permet pas de s'inscrire dans un débat d'idées, seul susceptible d'enlever à la critique la gratuité qui en fait une injure, comme le permet par exemple une œuvre littéraire ou cinématographique* » TGI Paris, ord. réf., 10 mars 2005, *Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté M.-F. Girbaud et a.*

²¹⁵ En ce sens, Cour EDH, *Karatas c. Turquie*, 08 juil. 1999

²¹⁶ En ce sens Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003

public. Alors, la vocation artistique du message litigieux offre une analyse, semble-t-il, moins rigoureuse du contenu pour s'attacher à la symbolique de l'œuvre²¹⁷.

647. Cette plus grande tolérance envers l'artiste reste conditionnée. Il est de règle que les « *expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui (...) constituent une atteinte à ses droits (...) dès lors (qu'elles) ne contribuent à aucune forme de débat public* »²¹⁸. L'expression offensante n'est gratuite qu'à la condition qu'elle ne revête pas un intérêt particulier pour le public. *A contrario*, l'intérêt qu'elle suscite auprès du public peut primer sur l'atteinte ressentie par autrui. Ainsi, l'atteinte à l'honneur de l'opposant au message en raison de la diffusion du message est à mettre en balance avec le droit de recevoir. En effet, le message peut, soit générer une atteinte à la considération de la victime soit être reconnu comme de nature à intéresser le public. Par exemple, une expression ayant un caractère offensant peut être justifiée par son intérêt humoristique ou sa prise de position sur un débat d'intérêt général²¹⁹. Elle s'intègre alors dans la « *diversité des points de vue* »²²⁰, à la différence du simple discours commercial²²¹. Ainsi, toute atteinte, même ciblée sur un groupe déterminé, mérite une confrontation avec l'intérêt de sa réception par autrui.

648. L'arrêt de la Cour de cassation relatif au détournement du tableau *La Cène* dans une publicité permet d'en faire la démonstration. La Cour y a conclu à une absence d'injure des croyants en raison de l'absence « *d'objectif d'outrager les fidèles* »²²². La Cour, qui n'avait déjà pas estimé nécessaire de se pencher sur les conditions de diffusion du message, n'a pas non plus recherché –comme l'avaient fait les juges du fond²²³ – l'intérêt de sa réception par le public. La Cour a donc analysé le degré d'atteinte au seul regard du contenu sans jamais le rapporter au

²¹⁷ Analyse qui n'a, à l'époque pas été faite au sein des arrêts *Wingrove* et *Otto-Preminger Institut* par la Cour EDH (Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc. et *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc.). Cependant, elle semble plus visible dans l'arrêt Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007.

²¹⁸ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §49

²¹⁹ En ce sens, TGI Paris, 17e ch., 22 mars 2007, *Sté des habous et des lieux saints de l'islam et a. c/ Philippe V., sté Éditions Rotatives* : n° Juris-Data : 2007-327959, Note : **A. LEPAGE**, « *Protection du sentiment religieux et injure publique envers un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion déterminée* », CCE, mai 2007, comm. n°74. Décision confirmée par : CA Paris, 12 mars 2008, *P. Val et a. c. Union des organisations islamiques de France*

²²⁰ C.Cass. 02 mai 2007, *AGRIF c. S.July*, n° Juris-Data : 2007-039022. JCP G., 13 juin 2007, IV, n°2157, p.47

²²¹ En ce sens, L'article 5 du décret n°92-280 du 27 mars 1992 relatif à la publicité télévisuelle dispose à ce titre que « *la publicité ne doit contenir aucun élément de nature à choquer les convictions religieuses...des téléspectateurs* ».

²²² C.Cass. 1re civ., 14 nov. 2006, n° 05-15.822, FS P+B, *Sté GIP c/ Assoc. Croyances et libertés et a.* n° Juris-Data : n° 2006-035890

²²³ « *S'il n'est pas contestable que l'affiche litigieuse constitue une œuvre de création, il n'en demeure pas moins que, destinée seulement à la promotion de vêtements, sa nature ne lui permet pas de s'inscrire dans un débat d'idées, seul susceptible d'enlever à la critique la gratuité qui en fait une injure* ». TGI Paris, ord. réf., 10 mars 2005, *Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté M.-F. Girbaud et a.*

public. Or, la seule vocation publicitaire du message ne pouvait que difficilement se rattacher à une question d'intérêt général²²⁴. Partant, le raisonnement des juges, seulement fondé sur l'intention de l'artiste n'offrait pas, sur la méthode, une protection adéquate des droits d'autrui. Sans aller jusqu'à commander que la réception revête un intérêt primordial, il faut avouer que la Cour a nié la diversité des sensibilités. Elle a éludé l'atteinte perçue par certains, qui, quoiqu'il arrive, est une réalité. Dès lors, cette négation de l'atteinte, critiquable en l'espèce, n'a pas conduit à la recherche de l'intérêt de la réception par le public. Au lieu de mettre en balance deux collectivités d'intérêts qui s'affrontent, la Cour s'est attachée à démontrer l'absence de nécessité de protection de l'une d'elles.

649. Une restriction légitime fondée sur la protection d'autrui s'impose lorsque l'intérêt de sa réception ne légitime pas l'atteinte subie par une fraction de la population. Le devoir de tolérance de certains ne se justifie que par l'idée d'une contrepartie pour le public. Auquel cas ils deviendraient les oubliés du droit à la réception. Toutefois, si l'analyse du contenu n'est pas à nier, son inévitable appréciation subjective n'en fait pas le critère prédominant. Les conditions de diffusion sont susceptibles de faire varier l'intensité, voire la réalité de l'atteinte.

2/ Degré d'atteinte et conditions de diffusion

650. L'influence des conditions de diffusion sur l'hypothèse de restriction a déjà largement été évoquée car elle est un élément central de l'analyse du droit de recevoir. Permettant de déterminer le public, ces conditions offrent une analyse plus concrète en déterminant les oppositions à l'égard du message ainsi que leur poids dans la recherche d'un juste équilibre. Lorsqu'il est question d'une offense faite à autrui, l'analyse des conditions de diffusion apporte plusieurs précisions quant au degré d'atteinte. Le degré d'atteinte viendrait à varier en fonction de la connaissance et de la perceptibilité du message. En effet, le droit pénal poursuit l'objectif de protection des droits d'autrui en évitant « *que les personnes ne soient confrontées dans les lieux publics, à des représentations de choses offensantes* »²²⁵. La Cour EDH a, de même, affirmé que la liberté de réception des informations ne comportait pas « *celle d'en*

²²⁴ Au sein de l'affaire VGT, la Cour EDH estimait que « *la publicité de l'association requérante échappait au contexte commercial normal dans lequel il s'agit d'inciter le public à acheter un produit particulier, et qu'elle traduisait plutôt des opinions controversées tenant à la société moderne en général* » Cour EDH, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) c. Suisse*, 28 juin 2001, §70. Cette vision de la publicité litigieuse a été réaffirmé par la Cour dans l'arrêt : Cour EDH (Gde ch.), *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) c. Suisse* (n°2), 30 juin 2009

²²⁵ Article R.624-2 du Code Pénal

rechercher »²²⁶. Ainsi, tout obstacle à l'accessibilité de l'œuvre, tant qu'il permet d'éviter à la victime potentielle de se confronter à l'expression offensante, diminue l'atteinte.

L'atteinte ne se matérialise que lorsque l'expression s'impose à autrui, non quand il la recherche pour la combattre. Or, la Cour de cassation, dans l'affaire dite de *La Cène*, n'a pas retenu l'analyse des juges du fond relative au contexte de diffusion pour juger de l'existence d'une atteinte. Ne jugeant que sur le contenu, la Cour n'a pas cru bon de relever que les conditions de diffusion²²⁷ ouvertes imposaient la perception dévoyée du tableau de *La Cène* dans un lieu public lors du Carême. Ce raisonnement cantonné au contenu – nécessairement subjectif – n'a pas relevé ce facteur et a nié l'hypothèse d'une atteinte, d'où l'inutilité de la justifier par la suite. Quoi que l'on puisse penser de l'œuvre en cause, les conditions de diffusion apparaissaient nécessairement comme un facteur exacerbant le degré d'atteinte subie par les croyants. Ainsi, l'analyse des conditions de diffusion peuvent, tant minimiser l'atteinte, que l'accroître.

651. Le critère de la connaissance du message offensant par autrui est à relativiser. La simple connaissance de l'existence du message est susceptible d'atteindre autrui. Toutefois, elle joue un rôle informatif à valoriser. Cette connaissance par autrui de l'existence du message peut faire office d'empêchement à la réception afin que les victimes potentielles soient protégées contre la confrontation au message. En effet, si cette connaissance provient d'une information préalable, elle joue en faveur de la liberté individuelle de choix. L'atteinte découle donc des effets du support d'information de l'œuvre et non ne se laisse pas supposer à travers l'analyse de l'œuvre que ce support vise. Ainsi, les conditions de diffusion peuvent légitimer la diffusion d'un message à caractère offensant en prémunissant les victimes potentielles contre la réception. Il faut alors qu'elles indiquent ce caractère potentiellement offensant afin que le récepteur potentiel puisse y échapper. La Cour de cassation a estimé que « *la rubrique régulière (...) au ton acide, faite d'ironie mordante et d'humour noir* » propre à l'artiste ne peut « *surprendre le lecteur que dans une faible mesure* »²²⁸. Les juges ont vu, en l'espèce, une diffusion s'adressant à des lecteurs non enclins à retenir une atteinte par la réception de l'œuvre. Bien évidemment, cette analyse inclut l'idée inverse. On ne saurait accorder la même latitude à un artiste « *dans le*

²²⁶ M. LEVINET, « *La liberté de la presse* », *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., p.608 sur les arrêts Cour EDH, *Leander c. Suède*, 26 mars 1997, Cour EDH, *Guerra c. Italie*, 19 fév. 1998

²²⁷ « *L'installation de l'affiche litigieuse (s'effectuait) sous la forme d'une bâche géante, de 40 mètres de long sur 11 de large, apposée sur un échafaudage couvrant l'immeuble portant le n° 28 de l'avenue Charles-de-Gaulle à Neuilly, prévue pour la durée du mois de mars 2005* » CA Paris, 14e ch. B, 8 avr. 2005, *SAS JC Decaux Publicité Lumineuse et a. c/ Assoc. Croyances et Libertés*, n° Juris-Data n° 2005-274875, P. MALAURIE, « *Caractère outrageant d'une affiche publicitaire qui constitue une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881* », JCP G., 2005, II, 10109

²²⁸ C. Cass. 02 mai 2007, *AGRIF c. S.July*, préc.

contexte d'une émission d'information générale »²²⁹, ou dans un journal d'information tel que dans l'arrêt *Leroy* de la Cour EDH²³⁰. Qu'il soit question d'injure ou de diffamation, le contexte précise la portée de l'atteinte invoquée.

652. Les restrictions générales apparaissent le plus souvent comme la censure d'un contenu qui est injustifiable. Injustifiable car conduisant à des effets néfastes pour ceux que le message vise. Ainsi, les messages artistiques peuvent avoir un effet direct sur le récepteur et engendrer un risque pour autrui ou emporter leurs effets sur ces acteurs de la liberté aux intérêts divergents. Or, lorsqu'il est question d'effets du message, la seule interprétation du contenu ne suffit pas. L'analyse du message, bien que devant prendre en compte les effets potentiels du message sur les personnes qu'il vise, ne saurait oublier les personnes à qui il s'adresse. La prise en compte de l'ensemble du contexte de la diffusion met en balance la protection d'autrui et le droit de recevoir. Le droit de recevoir un message artistique n'admet pas l'accès à tout contenu, mais il peut, dans les modalités de son exercice, faire varier l'impact d'une atteinte invoquée.

En outre, l'hypothèse d'une atteinte subie par une part de la population, souvent subjectivement considérée, n'enlève pas tout intérêt au contenu du message. L'analyse du message peut faire ressortir l'impossibilité de déterminer objectivement la cible de l'expression offensante. Elle peut, de même, légitimer l'expression en raison du débat qu'elle suscite. En effet, la victime potentielle, lorsqu'elle se sent touchée par un message, y perçoit subjectivement une atteinte à son honneur. Or, le respect du pluralisme n'est pas là pour épargner toute sensibilité de tout heurt. Alors, cette atteinte, subjectivement entendue, se confirme par l'existence d'une atteinte à la considération de la victime par les récepteurs. La déconsidération ressentie par la victime doit aussi être une déconsidération de la sensibilité visée par le reste de la société à travers le message. Ainsi, ces restrictions générales restent nécessaires en ce qu'elles garantissent une protection du respect des droits d'autrui. Toutefois, leur analyse contextuelle est de rigueur, car ces restrictions sont la limite au pluralisme des idées et des opinions inhérentes à toute société démocratique.

²²⁹ C.Cass, Ch. crim., 29 nov. 1994, *X. et a. c. Y*, Bull. crim., n°382, D. 1997 somm. P.74 obs. **C. BIGOT**. Néanmoins, il peut être noté que, comme le relève Christophe Bigot, que la fonction d'humoriste était, en l'espèce, de nature à éclairer sur la nature des propos. Néanmoins, il n'est pas à douter que le contexte de l'espèce laisse moins de latitude à un humoriste que lorsque celui-ci se retrouve face à un public, déterminé comme artistique, car en attente de ce que l'artiste remplisse ses fonctions d'humoriste.

²³⁰ Cour EDH, *Leroy c. France*, 2 oct. 2008

Conclusion du Chapitre 2

653. L'analyse des restrictions à la liberté de réception démontre leur nécessité. Tout d'abord, les restrictions partielles jouent le jeu de la présomption d'adéquation entre l'œuvre et le public. Intervenant à titre préventif, elles mettent en avant l'hypothèse de l'inopportunité de la réception par une partie du public, voire par un individu. Ce type de restriction devient l'ingérence la moins radicale dans la liberté artistique. Ces restrictions laissent une chance à l'œuvre de se propager en société sans quoi elle n'aurait que peu de chance de survie. En effet, l'absence de restriction préalable conduit le message sur le terrain de mesures répressives postérieures plus radicales. En excluant une partie des personnes composant le public de la réception, la restriction partielle se veut protectrice de l'intérêt général en matière de réception. Néanmoins, ces restrictions ne sont pas toujours possibles ou souhaitables.

654. Seules restent les restrictions générales du message. Ces restrictions offrent deux raisonnements différents. Dans un premier temps, le délit de provocation intervient en sanction du contenu d'un message que la société démocratique ne justifie pas. En effet, la restriction vient sanctionner un message qui va à l'encontre du pluralisme et étant de nature à réduire et combattre les diversités. Dans un second temps, les délits de diffamation et d'injure, dans le cadre artistique, interviennent plus largement pour remettre en cause les conditions de diffusion que le contenu lui-même. Même si la référence à un contenu de nature à offenser autrui est exigée, le contexte de diffusion prend une part prépondérante dans l'analyse de la restriction. La restriction intervient, dès lors, comme la sanction de la diffusion d'un message qui n'a su respecter l'équilibre nécessaire entre diffusion pour les uns et protection des autres.

Conclusion du Titre 1

655. La matière artistique a toujours réveillé les sensibilités individuelles, que ce soit en tant que fervent défenseur ou virulent opposant au message artistique. Les sensibilités plurielles qu'implique la dimension collective de la liberté de réception ont souvent servi à soutenir la censure. Il était, d'ailleurs, difficile de prétendre que le message délivré puisse relever de l'intérêt général. Cependant, l'opposition systématique ne peut pas justifier la restriction. En effet, l'art ne peut pas plaire à tous. S'il ne devait choquer personne, il se démarquerait par sa fadeur. La valorisation du message artistique, souvent riche de sens, passe par l'idée que l'intérêt général se trouve dans la garantie du pluralisme des idées et, par conséquent, du respect du pluralisme des sensibilités. L'intérêt que peut revêtir la réception pour certains implique la tolérance par les autres. Si certains sont choqués, cette réaction attendue doit être relativisée au profit de libre jeu du débat démocratique.

656. Malgré la dimension collective, l'impact de la réception du message dépend, plus que de son contenu, de ses conditions de diffusion. Ainsi, ces dernières peuvent opérer une protection mutuelle de ceux qui souhaitent et de ceux qui ne souhaitent pas recevoir. La diversité de sensibilités des personnes composant le public implique l'épanouissement du pluralisme des idées en matière artistique. Elle conduit alors à une relativisation de l'analyse du contenu de l'œuvre au profit des conditions de réception. Néanmoins, il n'est encore aucunement question d'absolutisme de la réception. Si des restrictions s'imposent, elles doivent avoir pour objectif de restreindre la liberté de réception de la façon la moins radicale. Ainsi, ce n'est que si les restrictions partielles ne peuvent suffire qu'une restriction générale s'impose. En définitive, le pluralisme des sensibilités n'est pas un obstacle à la liberté de réception, mais assure aux diverses sensibilités liberté de choix et protection.

La dimension collective n'aboutit pas seulement à l'opposition entre les récepteurs et les tiers hostiles au message en raison des sensibilités plurielles. L'intérêt commun porté sur l'art par l'ensemble de ces individualités les regroupe en une entité : le public.

Titre 2 : L'unité du public

657. La mise en exergue des sensibilités plurielles des récepteurs conforte cette idée qu'il n'y a pas un, mais des publics. Traiter du public, pourrait donc sembler superfétatoire après avoir évoqué l'ensemble des personnes le composant. Cependant, le public de l'art n'est pas qu'un ensemble d'individualités qui s'affrontent. Le public est aussi perçu comme une entité se définissant par sa vocation à la réception. C'est d'ailleurs cette conception qu'a traditionnellement retenue la Cour EDH, d'abord en matière de liberté d'information puis en matière d'expression artistique. Rattacher la liberté d'expression de l'artiste à sa réception par le « *public en général* »¹ avait pour principal défaut d'anéantir toute hypothèse de contextualisation de la diffusion. Parallèlement à la contextualisation de la diffusion par la détermination du public, la Cour EDH semblerait mettre en exergue un droit « *(d')accès du public* »² aux messages artistiques.

658. Il n'est pas ici question de juger de la simple opportunité de recevoir une œuvre donnée, mais de garantir à l'ensemble de la société, la pratique d'une activité d'ordre culturel. Les droits du public se rattachent alors au respect des conditions qui permettent, à tout individu, de pratiquer cette activité. Cette affirmation laisse place à l'idée que les droits du public pourraient constituer un corpus de principes guidant l'évolution des libertés individuelles. En effet, le public, entité particulièrement abstraite et vaste, regroupe l'ensemble des individus susceptibles d'être placés en position de récepteur³. Il a été vu que le recours à la notion de public, en tant que somme déterminable d'individus, est de nature à renforcer les droits individuels du récepteur. De même, l'existence des droits attachés au public serait de nature à influencer sur l'équilibre entre les différents acteurs de la liberté artistique. Cependant, l'appréhension du public, en tant qu'entité autonome, pose en premier lieu la question de l'existence de droits qui lui sont attachés (Chapitre 1). C'est ensuite qu'il sera nécessaire d'envisager l'influence du public sur les autres acteurs de la liberté artistique (Chapitre 2).

¹ Cour EDH, *Otto-Preminger c. Autriche*, 20 sept. 1994, §56

² Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010, §30

³ Voir définition article L122-5-3 du code de la propriété intellectuelle

Chapitre 1 : Les droits du public

659. Traditionnellement, la Cour EDH affirme qu'à la liberté de diffuser des idées et informations « *s'ajoute, pour le public, le droit d'en recevoir* »⁴. La portée donnée de ce principe a été décevante. La Cour a su retirer de cette affirmation des règles relatives aux attentes générales du public de l'information⁵ afin des les opposer aux autres acteurs de la liberté de la presse et aux autorités. En matière artistique, cette affirmation a été réduite, en matière artistique, à l'idée que derrière la diffusion des idées se cache l'objectif de leur réception. Pourtant, la récurrence du recours à la notion de public n'est pas anodine. Ce recours sert souvent à cerner l'objectif de la liberté de communication⁶. Il permettrait alors de dégager l'intérêt de la réception dans la société démocratique et les garanties qu'il impose. Cependant, le public ne semble pas posséder de rôle défini dans la conception de la liberté artistique. L'utilisation de nombreuses variantes dans les expressions utilisées pour définir ses droits tend à la confusion. Le doute subsiste alors sur la nature de ces droits (Section 1) et sur leur contenu (Section 2)

⁴ Notamment, Cour EDH, *Lindon Otchakowsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, §62 : Cour EDH, *Ruokanen c. Finlande*, 6 avril 2010, §39

⁵ La Cour a mis en avant, par exemple, que le public de l'information attendait du journaliste des informations « *exactes et dignes de crédit* ». Ex., Cour EDH, *Brunet Lecomte et Lyon Mag c. France*, 6 mai 2010, §44

⁶ Par exemple : La Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifié par la Loi n°2009-258 du 5 mars 2009 dans son article 2 par ainsi de communication au public ou de mise à disposition du public.

Section 1 : La notion de droit du public

660. La notion de public est de plus en plus mise en avant dans le cadre de la liberté d'expression. Parfois consacré par la loi, mais non défini⁷, les droits du public émergent. Toutefois, leur entrée en force se limite souvent à la question du droit à l'information. Cette évolution sur le terrain du droit à l'information pourrait doucement dériver vers la matière artistique. Même si elle est souhaitée, elle n'est pas des plus simples. Elle tient en partie à la difficulté d'appréhender le public du message artistique de manière globale. En effet, le public est une entité dépourvue de toute reconnaissance. Alors, si l'on peut affirmer l'existence de droits du public (§1), il est impératif d'en déterminer sa nature (§2)

§1. L'affirmation de droits

661. Qu'il soit question d'intérêt général de la réception, de droit du public à la réception ou de droit à la réception du public, la variété des expressions suppose, soit la confusion, soit la variété de ces droits. Il s'agit donc de rechercher la réalité de l'existence de droits attachés au public (I). Ensuite, la notion même de public implique de lever le doute sur la qualification de droit individuel ou collectif (II).

I. Le public, des intérêts à protéger ou des droits à respecter

662. La liberté d'expression artistique ne saurait s'exercer pleinement sans l'existence d'un public amené à recevoir l'œuvre. La Cour EDH affirme de manière récurrente le droit pour le public à recevoir des idées et informations ou son intérêt à la réception. Toutefois, en matière de liberté artistique, les juges ont classiquement pris en compte l'existence du public en fonction de

⁷ Voir **J. LESUEUR**, « *La coupe : la presse hors jeu* », note sous C.Cass. 1^{ère} civ., 2oct. 2007, *Hachette Filipacchi associés c. Fédération internationale de football*, LP n°249, 2008, pp.19 et s.

son intérêt supposé. L'affirmation du droit du public à la réception n'apparaît plus⁸. Les juges établissaient généralement le postulat que le public était nécessairement composé, soit d'individus à protéger contre le message, soit d'individus intéressés par le message. La prise en compte du public était limitée à une approche casuistique, voire subjective. Elle n'a pas permis à la Cour de développer de définir la place du public dans la liberté artistique. Derrière la recherche classique de l'intérêt du public (A), se profilerait l'affirmation de droits (B).

A/ La recherche classique de l'intérêt du public

663. L'intérêt se définit comme « *une utilité, matérielle ou morale* » concrète consistant « *pour son porteur à avoir la possibilité matérielle de satisfaire des besoins, soit d'obtenir un avantage, soit d'éviter un inconvénient* »⁹. L'intérêt du public intervient lors de la mise en conflit de droits individuels – le plus souvent dans le public – pour assurer la meilleure protection de l'intérêt collectif. L'intérêt du public se retrouve, soit dans le fait de retirer l'avantage de la réception du message, soit d'éviter l'inconvénient de cette confrontation. La malléabilité de l'intérêt du public et son appréciation subjective n'offre qu'une prise en considération accessoire. On peut relever un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris affirmant que « *la remémoration sous la forme de ce que l'appétence du public pour ce type de programme conduit désormais à dénommer sous l'appellation de docu-fiction ne modifie pas l'équilibre ainsi fixé entre liberté d'expression, d'une part, et aspiration légitime des personnes concernées à un droit à l'oubli auquel le droit demeure rétif* »¹⁰. La prise en compte du public, lorsqu'il n'est pas question d'information passe par sa déconsidération. Implicitement, les juges n'ont pas souhaité aborder la question de l'intérêt du public, au risque de faire un amalgame avec la question de son désir. Le juge rejette donc toute influence du public sur la liberté d'expression car il la présume néfaste.

664. Considérer le public, entité abstraite, à travers son désir procède d'une certaine confusion. L'intérêt commun à l'ensemble des récepteurs composant le public ne se fonde pas sur le désir. Dans un public il n'y a pas un désir, mais des désirs qui coïncident ou qui

⁸ Sauf à considérer que l'œuvre ait une vocation informative. En ce sens, Cour EDH, *Lindon Otchakowsky-Laurens et July c. France*, préc. et Cour EDH, *Leroy c. France*, 02 oct. 2008

⁹ A. GERVAIS, « *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts* » », Mélanges Paul Roubier, T.1, 1961, pp.241 et s., p.241

¹⁰ TGI Paris, ord. réf., 10 fév. 2006, *Murielle Bolle c. France Télévision Interactive, Studio International et autres*, LP n°232 juin 2006, III, pp.126-127

s'affrontent. L'abstraction et la généralisation de la notion de public écarteraient toute question de sensibilité pour ne retenir son intérêt que dans le cadre strict de son information¹¹. Les sensibilités plurielles des récepteurs divisent le public. La confrontation de ces sensibilités aboutit souvent à confondre la notion d'intérêt du public avec la notion, d'application plus large, d'intérêt public. En effet, dans l'arrêt *Alves Da Silva* de la Cour EDH, l'intérêt du public à recevoir le message artistique a été retenu en raison de l'importance de l'œuvre dans un débat d'intérêt général¹². L'intérêt du public relevait alors de la vocation informative du message. Ainsi, la question de l'intérêt du public à la réception d'un message artistique a souvent été éludée, si ce n'est pour affirmer sa protection contre l'expression litigieuse¹³. En effet, les juges n'ont pas cru bon de trouver un intérêt commun à un groupe dont les individus s'affrontent perpétuellement. L'émergence du principe d'autonomie personnelle conforte ainsi la prévalence de la volonté de l'individu sur son intérêt supposé.

665. Une collectivité d'intérêts existe et n'est pas à nier car « *le pluralisme repose (...) sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique, (notamment) des idées et concepts artistiques* »¹⁴. La reconnaissance d'un intérêt du public à protéger a pu faire son apparition. Par exemple, le juge canadien Binnie a pu affirmer que la loi sur le droit d'auteur « *est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur* »¹⁵. En France, la loi relative à la liberté de communication met aussi en avant la poursuite de l'objectif de mise à disposition au public¹⁶. Le caractère de nature à intéresser le public d'un message artistique commence à trouver sa place dans la jurisprudence de la Cour EDH¹⁷. Cependant, l'existence d'un intérêt pour le public de recevoir des messages artistiques lui confère-t-il des droits ?

Le recours récurrent à la notion d'intérêt n'empêche pas l'existence de droits. L'imprécision terminologique de la Cour EDH conduit à l'utilisation d'une « *terminologie basée sur*

¹¹ Notamment, Cour EDH, *Dammann c. Suisse*, 25 avril 2006, Cour EDH (Gde ch.), *Stoll c. Suisse*, 10 déc. 2007

¹² Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009

¹³ En ce sens, Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994

¹⁴ Cour EDH, *Gorzelik c. Pologne*, 17 fév. 2004

¹⁵ Cour Suprême du Canada, *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-canada*, [2004] 1 R.C.S., 339, p.10

¹⁶ Par exemple : La Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée par la Loi n°2009-258 du 5 mars 2009 dans son article 2 parle ainsi de communication au public ou de mise à disposition du public.

¹⁷ En ce sens, Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009. De manière annexe, on peut aussi voir dans le code criminel canadien l'insertion de l'intérêt du public au sein de l'article 319. « (3) *Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants: c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies* ».

l'opposition des intérêts et la recherche de leur juste équilibre même lorsqu'il s'agit clairement de résoudre un conflit de droits »¹⁸. La défense apparente « *de l'intérêt général peut recouvrir la défense des droits d'un individu ou d'un groupe* »¹⁹, en l'occurrence le public.

B/ L'émergence de droits

666. L'appréhension du public en fonction de son intérêt n'empêche pas l'existence de droits qui lui sont attachés. En effet, les notions de droit et d'intérêt restent voisines. Selon Ihering, « *Le droit est un intérêt, ce qui signifie qu'il correspond à un avantage ou à une utilité ; mais tout intérêt ne peut être élevé au rang de droit* »²⁰. Ainsi, les droits peuvent être définis « *comme des intérêts juridiquement protégés* »²¹. Ils se placent alors « *sur un plan normatif (...), à la fois parce que le droit est reconnu par une règle sociale et parce que lui correspond un devoir ou obligation d'autres personnes* »²².

667. La Cour EDH a procédé d'une même logique en affirmant qu'un message « *de nature à intéresser le public* »²³ emportait pour ce dernier le droit de le recevoir. De l'intérêt de la réception par le public naîtrait un droit, donc une protection juridique de cet intérêt. À l'image de la reconnaissance de la liberté d'expression artistique au sein de l'arrêt *Müller*, la consécration d'un droit du public à recevoir s'impose car il est naturellement contenu dans la liberté artistique. En effet, cette dernière comprend « *la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte* »²⁴. Ainsi, l'affirmation du « *droit de communiquer au public des idées* » sous forme artistique implique « *le droit, pour les personnes intéressées, de prendre connaissance de ces idées* »²⁵. Ce droit n'existe que si le public possède un droit à la réception, source de la liberté individuelle de recevoir ou de ne pas recevoir. La Cour le confirme en

¹⁸ P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit., p.45, n74

¹⁹ *Ibid.*, p.47, n°77

²⁰ Paul Roubier, reprenant la définition du Jhering. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, Réédition, Dalloz, 2005, p.68

²¹ *Ibid.*

²² A. GERVAIS, « *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts »* », préc., p.242

²³ Cour EDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, 27 mai 2004

²⁴ Cour EDH, *Müller et autre c. Suisse*, 24 mai 1988, §27. De même, en ce sens Cour EDH *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc. Opinion partiellement dissidente commune des juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Sikuta,

²⁵ Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., §55

affirmant que « l'existence d'un droit pour le public de recevoir des informations a été maintes fois reconnue »²⁶.

668. Cependant, dans l'arrêt *Guerra*, le juge de strasbourgeois a distingué « le droit pour le public de recevoir des informations (...) corollaire de la fonction propre au journaliste », de « la liberté de recevoir des informations »²⁷ rattachée à l'individu. Les droits du public semblent s'ancrer dans une conception restrictive limitée au cadre de l'information et de la mission du journaliste²⁸. Ils ne pourraient s'étendre au public du message artistique. Seule la liberté individuelle serait protégée. Les principes généraux, encore rappelés dans l'arrêt *Orban*²⁹, laissent effectivement supposer la soumission de l'existence de droits du public à la qualification préalable du message en tant que sujet d'intérêt général. Dès lors, l'absence d'intérêt commun du public du message artistique ferait échec à l'émergence de droits du public. L'immixtion dans le débat public d'intérêt général n'est pourtant plus le seul apanage des journalistes³⁰ et peut même revenir de l'initiative d'artistes³¹. Alors, la possibilité pour l'artiste de s'immiscer dans le débat d'intérêt général, consacrée par l'arrêt *Alves da Silva*³², joue en faveur d'un droit pour le public à recevoir le message artistique. Cependant, soumettre l'existence de droits du public à la qualification de débat d'intérêt général ou en raison de la vocation informative du message est trop restrictif. En effet, la Cour a elle-même jugée comme non nécessaire de définir « avec précision ce qu'il y a lieu d'entendre par informations et idées »³³.

669. Dans l'affaire *Yalçın Küçük*, la Turquie avait condamné l'auteur d'un livre, contenant un entretien avec le chef du PKK, pour propagande séparatiste. La Cour EDH est venue, quant à elle, relever le « style littéraire et métaphorique »³⁴ de l'écrit. La Cour en a retiré que le teneur du livre apparaissait plus comme « un reflet de l'attitude » de la personne interviewée sur le

²⁶ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, 17 fév. 1998, §53. Cette analyse tranche avec des affirmations antérieures plus timides tel que les arrêts *Sunday Times et Weber* restant sur le seul intérêt du public. (Cour EDH, *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990 et *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 2- avril 1979)

²⁷ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, préc. On peut voir une analyse au sein de la décision du Conseil Constitutionnel : Cons. Const. déc. N°84-181 DC, 10-11 oct. 1984, *Entreprise de presse*, dans **L. FAVOREU** et **L. PHILIP**, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2007, p.530

²⁸ En ce sens, le Professeur Françon estime qu'« admettre que la liberté de recevoir ou de communiquer des informations (puisse) s'appliquer à des œuvres (...) c'est confondre une information et une œuvre ». **A. FRANCON**, « Reportage télévisé d'une exposition publique et convention européenne des droits de l'homme », RTD Com., 2000, pp.96 et s., p.97

²⁹ Cour EDH, *Orban c. France*, 15 janv. 2009, §45, **A. LEPAGE**, « Violence de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », CCE, n°5 2009, pp.39 et s.

³⁰ En ce sens, Cour EDH *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 fév. 2005, Cour EDH, Vides Aizsardzibas Klubs, préc.

³¹ En ce sens, Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc. ; Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

³² Cour EDH, *Alves da Silva c. Portugal*, 20 cot. 2009

³³ Cour EDH, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, §55

³⁴ *Ibid.*, §40

conflit que comme une « incitation à la violence »³⁵. Ainsi, la Cour, pour conclure à la violation de l'article 10, a reproché aux autorités nationales de ne pas avoir « suffisamment pris en compte le droit du public de recevoir une information d'une autre manière »³⁶. Cette solution posée par la Cour offre plusieurs perspectives.

Le livre litigieux portait sur « un sujet d'actualité dans une démocratie »³⁷. Sans recourir au critère du sujet d'intérêt général, la Cour a mis en avant le « rôle essentiel des publications, autres que celles de la presse périodique », y compris portant sur des « informations et idées (...) qui divisent l'opinion »³⁸. Ainsi, la qualification de sujet d'intérêt général ne doit pas conditionner l'existence du droit du public à la réception. Cette hypothèse se confirme par l'affirmation du droit à recevoir l'information d'une autre manière. En effet, cette conception du droit à la réception engendrerait une extension de l'information. La Cour n'entendant pas distinguer de manière précise les idées et informations, la fonction informative d'une expression existe à travers des messages qui n'ont pas principalement cette vocation. La manière dont le public a le droit d'être informé recouvre les expressions qui ont pour rôle d'informer, mais aussi l'ensemble de celles qui y participent, telle que la satire dans l'arrêt *Alves Da Silva*³⁹. L'ouverture des manières d'informer le public participe inévitablement à une extension des contenus protégés.

670. L'affirmation du droit du public à recevoir des informations d'une autre manière peut toucher l'ensemble des formes d'expression. Dans l'arrêt *Yaçin Küçük*, la Cour a reconnu le droit du public à recevoir des informations à travers un livre écrit dans un style littéraire et métaphorique. Elle n'entend plus laisser de côté la matière artistique. En effet, si l'expression n'est pas ici qualifiée de message artistique, elle en emprunte la forme. Cette mise en forme particulière du propos, conditionnant sa réception, constitue donc l'autre manière d'informer le public. Ainsi, cette extension du droit à l'information et de la façon d'y parvenir permet d'affirmer que le droit du public à la réception s'applique à des modes de réception telle que la forme artistique. Tout du moins, si la Cour EDH n'a pas reconnu explicitement l'existence d'un droit du public à la réception d'un message artistique, elle l'envisage. Toutefois, trop étendre le droit du public à être informé pour englober l'ensemble des expressions le vide de sa consistance. Il est alors plus à propos de s'en tenir à l'existence du droit du public à la réception.

³⁵ Cour EDH, *Yaçin Küçük c. Turquie*, 05 déc. 2002, §40

³⁶ Cour EDH, *Yaçin Küçük c. Turquie*, 05 déc. 2002, §41

³⁷ *Ibid.*, §38

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Cour EDH, *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009

671. L'intérêt du public, notion plus malléable, est utile à la résolution des conflits internes au public. Néanmoins, il peut être affirmé en parallèle un droit du public à la réception du message artistique plus protecteur. En effet, cette affirmation réduit « *les inégalités produites par l'assimilation (de ce droit) en tant que simple intérêt [...] ne serait ce que parce que l'idée de droit porte une charge symbolique d'un poids supérieur à celui du simple intérêt et pèsera donc forcément plus lourd dans la balance* »⁴⁰. Cependant, l'affirmation d'un tel droit n'est qu'indirecte. Alors, la notion même de public pose la question du caractère individuel ou collectif des droits.

II. Des droits individuels ou collectifs

672. Le caractère indéterminable des individus qui composent le public suppose que le droit du public puisse se former par la somme de droits individuels. Néanmoins, peut-on envisager l'existence d'un droit collectif dont le titulaire prioritaire serait le public ? Toute réponse ne peut qu'emporter la critique en raison des multiples définitions du droit collectif (A) ainsi que de sa timide reconnaissance (B).

A/ Une définition équivoque des droits collectifs

673. La principale difficulté de l'analyse des droits du public tient au fait qu'ils ne sont pas nouveaux, mais issus d'une interprétation évolutive du droit à la liberté d'expression à la lumière de nombreuses influences⁴¹. Elle distingue entre droit du public, en tant que droit collectif et droit du récepteur, en tant que droit individuel. Doit-on alors penser que les droits du public sont nécessairement des droits collectifs ? Si l'on reprend les différentes définitions répertoriées par M. le Professeur Szymczak⁴², les droits en cause ne peuvent être qualifiés sans équivoque. Une première conception définit les droits collectifs comme « *ceux qui protègent un intérêt collectif* »⁴³. Cette conception est la plus large. Elle revient à inscrire dans les droits collectifs

⁴⁰ P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit., pp.502-503, n°872

⁴¹ On peut penser aux droits culturels (en ce sens, P. LEUPRECHT, « *Le sous développement des droits culturels, vu depuis le Conseil de l'Europe* », *Les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, op.cit., pp.73 et s.

⁴² D. SZYMCZAK, « *Droits Culturels* », Jcl. Fasc.1220, n°10

⁴³ *Ibid.*

toute invocation des droits du public. Il a été vu que l'analyse de la liberté de réception ne peut que rarement se faire sans recours au public, tout du moins, sans se soucier de l'intérêt de la collectivité. Cette conception est alors trop vague pour être retenue.

674. Selon le Professeur Rivero, le « *critère (serait) celui des titulaires des droits* ». Sont alors « *collectifs les droits dont le titulaire est une collectivité ou un groupe* »⁴⁴ et non l'individu. Ne sont appelés droit collectif que les droits dont la titularité revient, non pas à l'individu, mais à un ensemble. Cette conception restrictive supposerait que, seul le public, en tant que groupe déterminé, devient titulaire du droit. Toute invocation individuelle ne saurait se fonder sur l'exercice du droit du public. Ce caractère éminemment collectif conduit à l'absence de prérogatives invocables de manière directe. Cette conception semble peu propice à la reconnaissance de droits du public. En effet, une action de groupe n'est que peu envisageable pour les faire respecter. En outre, toute invocation du droit du public, en soutien de l'exercice d'une prérogative individuelle, est alors à remettre en cause.

675. M. le Professeur Sudre a qualifié de collectifs les « *droits dont le titulaire est un individu mais dont l'exercice est collectif, c'est-à-dire des droits qui ne peuvent être exercés qu'en groupe* »⁴⁵. Cette conception, que M. le Professeur Sudre envisage comme « *droits individuels à dimension collective* »⁴⁶, englobe une large part des émanations du droit du public. Fondé sur une prérogative individuelle relevant d'un droit proclamé, son analyse impose la considération de la dimension collective de l'exercice de la liberté. Partant, il suffirait que l'exercice individuel de la liberté, que ce soit la liberté de communiquer ou de recevoir, s'appuie sur le droit du public pour emporter la qualification de droit individuel à dimension collective. Il se distingue, dans son analyse, de l'exercice de la liberté dans sa dimension strictement individuelle. Cette conception revient à cette confirmation que l'exercice du droit individuel s'analyse à travers le prisme du droit collectif du public. Elle possède l'avantage d'assurer l'invocation du droit du public à la réception, même rattaché de l'exercice d'une prérogative individuelle. Son analyse se fait alors en fonction de l'intérêt collectif du public et non en fonction de l'intérêt personnel du requérant. Ainsi, l'invocation d'un droit individuel permet indirectement de mettre en action le droit du public. Toutefois, cette hypothèse, est marquée par sa fragilité. Elle tient au fait qu'un individu seul agit au nom d'un groupe, le public. Il peut lui

⁴⁴ **J. RIVERO**, « *Les droits de l'homme, droits individuels ou droits collectifs ?* », in **G. COHEN-JONATHAN** (ss dir.), *Les droits de l'Homme – Droits collectifs ou droits individuels ?*, Paris LGDJ, 1980, p.17 cité dans, **D. SZYMCZAK**, « *Droits Culturels* », Jcl. Fasc.1220, n°10

⁴⁵ **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.95

⁴⁶ *Ibid.*

être reproché de ne pas représenter l'ensemble du groupe, mais une partie des individus qui le compose.

Face aux antagonismes des définitions ainsi qu'à leur défauts, l'idée d'un droit collectif n'émerge que trop difficilement.

B/ Une difficile qualification de droit collectif

676. La Cour EDH a marqué une certaine réticence à la reconnaissance de droits collectifs. L'intitulé même des articles de la Convention en « *toute personne a droit ...* » marque l'individualisation des droits et libertés. Même si l'article 34 de la Convention admet la saisine par tout groupe de particulier qui se prétend victime d'une violation, la Cour s'est défendu de tout *actio popularis*⁴⁷. En ce sens, la Cour n'a pas pour vocation de juger dans l'abstrait mais « *sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant (...) lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention* »⁴⁸. Ainsi, l'intention d'agir au nom du public, par le biais du recours individuel, est regardée avec prudence par la Cour de Strasbourg. En effet, lorsque la Cour a jugé de la requête introduite par l'AGRIF dans l'arrêt *Giniewski* elle n'a pas entendu « *se prononcer sur la représentativité de se groupement, ni sur sa vocation à défendre* »⁴⁹ l'ensemble d'un groupe. Les juges n'ont pourtant dégagé qu'une hypothèse d'atteinte directe réduite à « *l'association plaignante ou aux intérêts qu'elle entend défendre* »⁵⁰. L'invocation d'un intérêt collectif par un requérant n'est pas explicitement remise en cause. Toutefois, les juges s'accordent le droit d'analyser la réalité et l'importance de son influence dans le conflit. Ainsi, si les droits du public sont invocables par tous, seule la Cour serait maîtresse de la qualification de l'intérêt collectif.

677. Les droits du public profite de la « *lente mais profonde transformation de la nature du contentieux européen qui, en se déplaçant du plan individuel au plan général, se fait de moins en moins subjectif pour devenir de plus en plus objectif* »⁵¹, comme l'avait déjà démontré l'arrêt

⁴⁷ **J.-P. MARGUENAUD** « *Les victimes potentielles* », *Les grand arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., p.760

⁴⁸ Cour EDH, *De Becker c. Belgique*, 27 mars 1962.

⁴⁹ Cour EDH, *Giniewski c. France*, 31 janv. 2006, §48

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ **J.-P. MARGUENAUD**, « *Transfert du droit au bail au concubin homosexuel et actio popularis européenne* », note sous CEDH, *Karner c. Autriche*, 24 juil. 2003, RTD Civ., 2003, pp.764 et s., p.765

*Open door*⁵². Le juge Zupancic, dans son opinion dissidente relative à l'arrêt *Broniowski*, a mis en exergue que « *ce n'est pas la violation continue des droits fondamentaux d'un unique requérant, mais la violation continue des droits fondamentaux de milliers d'autres sujets de droits* »⁵³ dont il s'agit, car la Convention EDH repose sur l'idée de garantie collective⁵⁴. Alors, si un « *droit d'expression collectif des idées et opinions* »⁵⁵ existe, son pendant réceptif ne peut être nié. La réticence d'antan doit laisser place au développement de la garantie collective des droits du public en raison de la vocation de la Cour « *à trancher des questions d'intérêt général* », permettant de dépasser « *les limites du cas d'espèce* »⁵⁶. On se rapproche de l'émergence possible d'un droit collectif à la réception du message artistique.

Une mutation du rôle de la Cour concentré sur les garanties collectives ne laisserait-elle pas le droit individuel de côté ? L'idée soutenue, tendant à considérer que le respect du pluralisme des sensibilités, et non la majorité, conditionnerait l'intérêt général, ne semblerait pas aller en ce sens. En outre, le droit du public n'interviendrait que si, « *au départ cette requête a été introduite par une personne pouvant se prétendre victime d'une violation* »⁵⁷. Ainsi, la mise en jeu de la dimension collective par l'immixtion du droit du public n'enlèverait pas le caractère individuel du droit invoqué.

678. La Cour EDH, dans la décision *Stop Melox et Mox*⁵⁸, a encadré le droit d'agir en vue de faire respecter des garanties collectives. Une association opposée à un décret portant autorisation d'une installation nucléaire avait saisi le Conseil d'État. La question était posée de savoir si l'association avait un intérêt à agir. La requête était elle recevable du fait de la vocation de l'association à agir au nom de l'intérêt général de l'association ? La Cour a estimé qu'une contestation devait être « *réelle et sérieuse* ». Ainsi « *elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. En outre, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le « droit » en question ; un lien ténu ou des*

⁵² Cour EDH, *Open door and dublin well woman c. Irlande*, 29 oct. 1992

⁵³ Cour EDH, *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004

⁵⁴ En ce sens, **F. LAZAUD**, « *l'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme (Lecture de l'arrêt Broniowski à la lumière du protocole n°14)* », RRJ Droit prospectif, n°2, 2005, pp.913 et s.. En outre, la Cour EDH met en évidence que la convention « *crée des obligations objectives qui (...) bénéficie d'une garantie collective* », Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, §239

⁵⁵ Conseil Constitutionnel, déc. 94-352, 18 janv. 1995, Rec. 140, cons.16

⁵⁶ **P. FRUMER**, « *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant le Cour Européenne des droits de l'homme* », note sous Cour EDH, *Karner c. Autriche*, 14 juillet 2003, RTDH, 2004, pp.663 et s., p.686

⁵⁷ En ce sens, **F. LAZAUD**, « *l'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme* », RRJ Droit prospectif, n°2, 2005, pp.913 et s., p.916

⁵⁸ Cour EDH (déc.), *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c. France*, 28 mars 2006 ; Voir aussi, Cour EDH, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c. France*, 12 juin 2007

répercussions lointaines ne suffisent pas à faire entrer en jeu ». En l'espèce, elle a conclu que « *si l'objet de la procédure litigieuse était essentiellement la défense de l'intérêt général, la « contestation » soulevée par l'association requérante avait en sus un lien suffisant avec un « droit » dont elle pouvait se dire titulaire* »⁵⁹. Malgré une conception souple de la notion de victime, la seule vocation défense de l'intérêt général ne saurait suffire. L'existence d'un lien avec le droit invoqué est exigée. Rattaché à notre cas, il est nécessaire que les personnes invoquant un droit du public « *participent sans aucun doute à la composition de ce « public* » »⁶⁰. Cette idée de participation englobe les différents acteurs de la liberté artistique. Si le message de l'artiste est nécessaire à la création d'un public, le diffuseur matérialise ce lien avec l'ensemble des récepteurs qui le compose. Alors, on comprend mieux pourquoi l'invocation du droit du public soutient les acteurs de la liberté artistiques dans la défense de leurs droits individuels. Cette conception offerte par le Cour européenne n'a donc pas pour objectif de mettre de côté le caractère individuel des droits fondamentaux.

679. « *La dichotomie droits collectifs/individuels laisse (...) apparaître un entre-deux* »⁶¹ ; « *un droit mixte* » où le sujet tire sa place en raison de son appartenance à un groupe, procédant « *à la fois du particulier et de l'universel* »⁶². Cette conception impose la complémentarité du droit individuel du récepteur et collectif du public. Alors, « *la garantie des droits individuels devrait être complétée par une protection des droits (du) groupe(s)* »⁶³ auquel l'individu appartient. D'autant que « *le droit du public à l'information (sujet collectif) a été accordé au public pour permettre l'épanouissement de sa personnalité (sujet individuel)* »⁶⁴. Cependant, cette conception complémentariste ne doit pas avoir pour effet de soumettre l'exercice du droit individuel à l'omnipotence du public. Les développements antérieurs ont démontré la nécessité d'affirmer la dimension individuelle de droit à la liberté de recevoir contre le risque que le public devienne source d'oppression, car les rapports entre les individus sont aussi sources d'antagonisme. Les droits du public s'immiscent donc dans l'ensemble de la liberté artistique sans pour autant se rattacher à un titulaire précis. Le droit du public artistique semble renfermer, en premier lieu, des droits individuels à dimension collective. Si l'objet - le public - est collectif, une telle conception n'exclut pas toute appropriation individuelle. L'idée d'une invocation, à titre individuel, d'un droit procédant de l'intérêt général serait contestable, car source de dérives

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ **D.SZYMCZAK**, « *Droits Culturels* », Jcl. Fasc.1220, n°10

⁶² *Ibid.*

⁶³ **P. LEUPRECHT**, « *Le sous développement des droits culturels, vu depuis le Conseil de l'Europe* », préc., p.77

⁶⁴ **J. LESUEUR**, « *La coupe : la presse hors jeu* », LP n°249, mars 2008, III, pp.19 et s., p.20

potentielles. Or, une détermination précise de la nature et de la fonction des droits du public permet d'en éclaircir sa portée. Elle est un préalable essentiel à l'appréhension des droits attachées au public et de leur valeur.

§ 2. Nature et fonction des droits du public

680. L'émergence de tels droits laisse de nombreux doutes sur leur nature. Déjà, la difficulté de leur appréhension sous l'angle individuel/collectif l'a démontré. Malgré une valeur juridique indéniable et une influence croissante dans le contentieux de la Cour européenne, parler de droit du public, ne serait-ce pas un abus de langage ? Le récepteur ne retire un droit de recevoir, qu'après être devenu membre d'un public et parce qu'il en est membre. Toutefois, cette prérogative, liée à la volonté privée, n'est pas transposable à l'entité indéterminée qu'est le public. Le public n'est pas, en lui-même, titulaire d'un droit. L'existence d'un public n'est-elle pas qu'une situation préétablie dans laquelle s'épanouissent les droits individuels ? Le droit du public ne saurait être réellement mis en œuvre par la main d'un seul homme. En effet, si toute personne est susceptible de se l'approprier, elle n'en a pas la maîtrise. De tous ces doutes sur la nature même des droits du public, qu'il est nécessaire d'éclaircir(I), dépendent aussi leur fonction (II).

I. La nature des droits du public

681. La doctrine a laissé transparaître l'affirmation que les droits individuels sont des droits subjectifs⁶⁵. En effet, les droits subjectifs sont nommés ainsi en raison de leur qualification de prérogative individuelle⁶⁶. Ainsi, l'artiste, le diffuseur et le récepteur usent de prérogatives fondées sur le droit de communiquer au public ou en tant que partie intégrante de cette entité. Or, si l'on considère le public en tant que sujet collectif, porteur d'un intérêt général, le droit qui lui est attaché relève plus largement du droit objectif. Ainsi, la distinction classique entre droit subjectif et objectif doit être étudiée. La qualification de droit du public en tant que droit subjectif est alors à proscrire (A). Elle s'inscrirait alors dans le droit objectif (B).

⁶⁵ Voir en ce sens, notamment : **J. LESUEUR**, « *La coupe : la presse hors jeu* », préc., **A. GERVAIS**, « *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts »* », préc.

⁶⁶ En ce sens, **G. CORNU**, *Droit civil*, op.cit., 12^{ème} éd., p.28, n°37

A/ Le rejet de la qualification de droits subjectifs

682. Différentes définitions des droits subjectifs et objectifs apparaissent. Selon Windscheid et Savigny le droit subjectif est avant tout un « *pouvoir de volonté* »⁶⁷, alors que pour Ihering, il serait question « *d'intérêt* »⁶⁸. Roubier s'est détaché du vocable de droit objectif et droit subjectif. Il a remis en cause la terminologie traditionnelle en ne distinguant plus le droit objectif et le droit subjectif, « *mais les règles juridiques et les situations juridiques* »⁶⁹. Selon l'auteur, toute prétention ou prérogative relevant d'une situation juridique ne saurait être élevée au rang de droit⁷⁰. Roubier a donc estimé qu'une « *situation juridique subjective a pour but de créer principalement des prérogatives ou avantages (...) (où) la volonté privée est l'élément qui anime ces situations* »⁷¹. Ainsi, « *lorsqu'on est en présence de véritables droits subjectifs (...) il importe de mettre particulièrement en relief le principe de l'autonomie de la volonté* »⁷².

683. Malgré la distinction des termes, droits subjectifs ou situations juridiques subjectives ont un caractère éminemment individualiste. Une part de la doctrine en a conclu qu'un droit subjectif est perceptible dès lors qu'il s'analyse en une prérogative individuelle susceptible de fonder une action⁷³. Il apparaît donc que l'existence d'un droit subjectif s'analyse en fonction de son titulaire. Si la position de Dabin se rattache elle aussi à l'individu, l'auteur a rejeté les critères de volonté et d'intérêt en tant que fondement du droit subjectif. Pour l'auteur, le droit subjectif a deux critères principaux : l'appartenance et la maîtrise. Ainsi, « *tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance (...) en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est sien* »⁷⁴. Ensuite, le droit subjectif se perçoit « *parce que la chose appartient au sujet, il a pouvoir sur elle, il en est le maître* »⁷⁵. L'individu a un « *pouvoir de libre disposition de la chose, objet du droit* »⁷⁶. Enfin, mis face à autrui, l'appartenance-maîtrise du droit subjectif suppose son « *opposabilité à autrui* », qui s'explique par les concepts d'inviolabilité et d'exigibilité. L'inviolabilité impose « *l'obligation du respect*

⁶⁷ Windscheid et Savigny dans, **J. DABIN**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, pp.56 et s.

⁶⁸ *Ibid.*, pp.65 et s.

⁶⁹ **P. ROUBIER**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, p.2

⁷⁰ *Ibid.*, p.47

⁷¹ **P. ROUBIER**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, Réédition, Dalloz, 2005, p.72

⁷² *Ibid.*, p.22

⁷³ En ce sens, **G. CORNU**, *Droit civil*, op.cit., p.15, n°9 ; **A. GERVAIS**, « *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts »* », préc. ; **J. LESUEUR**, « *La coupe : la presse hors jeu* », note sous C.Cass. 1^{ère} civ., 2oct. 2007, *Hachette Filipacchi associés c. Fédération internationale de football*, LP n°249, 2008, pp.19 et s.

⁷⁴ **J. DABIN**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, pp.80-81

⁷⁵ *Ibid.*, p.87

⁷⁶ *Ibid.*, p.89

de ce (...) droit » par autrui. L'exigibilité donne au sujet « *le droit de revendiquer ou de défendre ce qui lui appartient ou lui revient* »⁷⁷. Bien que la position de Dabin soit préférée aux autres, l'ensemble de ces théories conduisent à rejeter la qualification de droit subjectif du droit du public.

684. Il existe bien un intérêt juridiquement protégé relatif au public. Toutefois, cette entité est abstraite et non clairement déterminable. Dès lors, l'intérêt collectif ne saurait conduire à l'existence de prérogatives rattachées à la volonté privée. En effet, le public est composé d'une multitude de volontés privées, non nécessairement convergentes. On ne peut donc attribuer un droit subjectif à un titulaire déterminé, en tant que représentant légitime du public. Le droit du public ne sert pas forcément au respect de la volonté de celui qui l'invoque ; il ne peut être conçu comme un droit pour l'individu d'en disposer ou d'y renoncer⁷⁸ ; ceci est l'affaire du droit individuel. Alors, l'individu n'agit pas au nom de son intérêt personnel en vue de retirer un avantage, mais au nom de l'intérêt collectif. Cet intérêt collectif protégé par le droit du public se heurte aux critères issus de la théorie de Dabin. Les droits du public, soit sont insusceptibles d'appartenance, soit appartiennent à tous. Les divers acteurs de la liberté artistique sont susceptibles d'invoquer le droit du public lors d'actions. On peut alors penser que ce droit appartient à chacun d'entre eux. Il est tout de même préférable, en vue de le protéger contre toute appropriation abusive, d'estimer que ce droit est valeur commune dont les individus ne sont que gestionnaires. Alors, sa mise en œuvre, en tant que seul moyen de défense, démontre que celui qui invoque le droit ne dispose pas de la maîtrise. En effet, une personne n'est maître que de son bien ou de son intérêt propre, non de celui d'autrui, à supposer même qu'elle se sente investie de son respect⁷⁹.

La notion de public se heurte à l'acception individualiste des droits de l'Homme⁸⁰. Toutefois, considérer que les droits du public ne puissent être des droits subjectifs ne les privent pas de toute valeur juridique.

⁷⁷ *Ibid.*, p.95

⁷⁸ **P. ROUBIER**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op.cit., p.50

⁷⁹ Jean Dabin affirmait qu'on « *n'est maître en effet que de son bien propre, non du bien d'autrui, eût-on de celui-ci la gestion et la responsabilité* ». **J. DABIN**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.88

⁸⁰ Le Professeur Sudre affirme « *(qu')attachés à la qualité même de personne humaine, les droits de l'homme sont des droits individuels, dont l'individu est titulaire* ». **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op.cit. p.87

B/ Les droits du public inscrits dans le droit objectif

685. Selon Roubier, certaines situations d'une valeur juridique indéniable ne peuvent réellement être conçues comme des droits « *parce qu'elles ont la figure de situations établies d'autorité en vue du bien commun, et non pas pour le service d'intérêts individuels* ». Ces situations que l'auteur a rangé sous le vocable « *situations objectives* »⁸¹ peuvent inclure le cas du public. L'existence du public est alors une situation préexistante qui commande la relation sociale née de l'exercice de la liberté artistique. Elle est alors source « *de prérogatives et de charges* », et leurs titulaires ne pourraient « *pas s'en désister et y renoncer* »⁸². Cette conception du public, en tant que situation objective, est pertinente lorsqu'il convient de confier à l'État la protection de la liberté artistique. Toutefois, elle ne saurait convenir pour l'artiste et le récepteur en raison de la liberté qui leur est conférée. Ces situations juridiques objectives sont principalement l'œuvre du droit objectif, car elles se rattachent au « *rôle du droit objectif de rappeler les particuliers (voire l'État) à l'observation de leur devoirs* »⁸³.

686. Le droit objectif, selon Roubier, est celui « *qui ne vient pas du sujet, mais de la société* ». Ainsi, il prescrit « *non seulement le respect de certains droits, mais encore le respect de certains devoirs* »⁸⁴. La dimension sociale du droit objectif avait déjà été affirmée par Dabin. « *Le droit objectif (...) existe pour la société et par conséquent pour les individus membres de cette société. D'où il résulte que ceux-ci ont un intérêt (...) à voir respecter par tous, gouvernants et gouvernés et en tous ordres de rapports, cette règle qui est la charte de la vie commune* »⁸⁵.

Le droit du public s'inscrit dans cette conception. Incluant l'individu dans le public, elle fait du droit du public, un ordre général que l'ensemble des acteurs de la liberté artistique doivent observer⁸⁶. Alors, le droit du public, inscrit dans le droit objectif, connaît des obligations qui interviennent dans différents cas. Selon Dabin, la première est « *l'obligation générale de respecter les droits subjectifs* »⁸⁷. En outre, l'obligation peut posséder une face active, devenant génératrice de droits « *par contre-coup* ». Ou encore, « *l'obligation s'insère dans une situation*

⁸¹ **P. ROUBIER**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op.cit., pp.9-10

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*, p.60

⁸⁴ **P. ROUBIER**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op.cit., p.1

⁸⁵ **J. DABIN**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.22

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.* p.52

juridique complexe, en corrélation avec un droit dont elle est la cause ou la suite »⁸⁸. Les droits du public semblent intervenir de la même manière que ces obligations issues du droit objectif. En effet, le droit du public, rattaché à un intérêt collectif, ne saurait nier l'existence des deux versants du droit individuel à la liberté de recevoir fondés sur l'autonomie personnelle. Toutefois, c'est parfois l'intérêt du message pour le public qui engendre l'existence du droit individuel de recevoir. Ainsi, les droits du public s'insèrent dans des situations en corrélation avec un droit dont il est la cause, le droit de recevoir, ou dont il peut être la suite, le droit à la liberté d'expression.

687. Ces émanations du droit du public, inscrites dans le droit objectif, font apparaître deux conséquences en harmonie avec la théorie de Dabin. Elles reviennent à considérer les droits du public comme des prérogatives « *reconnue[s] par le droit objectif à un sujet collectif et invocable[s] en tant que moyen de défense* »⁸⁹. Le public, en tant que sujet collectif, conduit à ce que « *le droit de faire valoir la règle par une voie de droit pourra bien être remis, soit en partage (...), soit de manière exclusive, à toute personne intéressée* »⁹⁰. Dans un second temps, cette règle qu'est le droit du public peut « *prétendre au titre de droit objectif* » car elle est « *la règle d'un groupe social, procédant du groupe et sanctionné par lui, disons pour simplifier, l'État* »⁹¹. La jurisprudence de la Cour EDH confirme cette matérialisation. Traditionnellement concentrée sur l'artiste et ses opposants, la Cour ne fait appel à la notion du public qu'à titre d'intérêt légitime. Le juge protège ce droit lorsqu'il concilie les intérêts en conflit. En effet, que le droit du public soit invoqué par l'artiste en vue de la communication du message ou par ses opposants afin d'en restreindre sa diffusion, seul le juge est maître de la détermination de l'intérêt du public.

688. Le droit du public à la réception est un moyen de mettre à la charge d'un État l'obligation négative de ne pas empêcher la publication d'une œuvre⁹² ou de caractériser l'abus dans l'exercice de la liberté d'expression artistique⁹³. C'est le juge, qui, au regard du cas donné,

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ **J. LESUEUR**, « *La coupe : la presse hors jeu* », note sous C.Cass. 1^{ère} civ., 2 oct. 2007, *Hachette Filipacchi associés c. Fédération internationale de football*, préc., p.20

⁹⁰ **J. DABIN**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.22. Le cas particulier de l'analyse du droit d'auteur sous l'égide du droit du public à l'information corrobore alors l'idée que le public n'est que titulaire d'un droit objectif. Christophe Geiger affirme cette idée tout en la modérant par sa possible remise en cause. Il s'appuie notamment sur l'idée développée par J-L. Goutal, au regard des exceptions au droit d'auteur, que les usagers possèdent seulement des moyens de défense et non des moyens offensifs pour le respect de leur droit. **C. GEIGER**, Thèse, op.cit., p.191.

⁹¹ *Ibid.*, p.46

⁹² En ce sens, Cour EDH, *Yalçin Kulcuk c. Turquie*, 05 déc. 2002, Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

⁹³ En ce sens, Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007

déduit où se situe le bien commun. Il analyse la mise en œuvre des droits subjectifs individuels à la lumière de l'ensemble du droit du public, en vue de protéger la relation sociale née de l'échange artistique. Le droit du public a pour but de garantir une collectivité d'intérêts.

II. La fonction des droits du public

689. La diversité des acteurs de la liberté d'expression fait que chacun d'eux entend tirer profit du public et des droits qui s'y rattachent. Or, ces droits ont pour vocation « *le bien de la généralité* »⁹⁴. Alors toute invocation d'un droit du public n'en change pas la fonction pour « *reconnaître à l'intéressé un droit subjectif* ». En effet, le droit du public « *est et reste conçu dans l'intérêt de tout le monde, de personne en particulier. Que si en qualité de membres du public, un ou plusieurs individus particuliers sont mis en situation d'en recueillir quelque bénéfice, ce ne sera que de façon indirecte et en quelque sorte adventice, par rejaillissement de la règle* »⁹⁵. Or, le rejaillissement du droit du public, est de plus en plus recherché afin d'appuyer l'exercice des droits individuels. De nombreux prétendants qui espèrent retirer un avantage de son application. Malgré une diversité de titulaires prétendus, l'invocation du droit du public reste à l'état de moyen de défense (A). Cette limitation se comprend en raison de la fonction de conciliation qui lui est attribuée (B).

A/ Un moyen de défense pour l'ensemble des acteurs de la liberté artistique

690. On peut se pencher, dans un premier temps sur le cas de l'artiste. La Cour EDH a reconnu de nombreuses fois, « *l'existence d'un droit pour le public de recevoir des informations (...) comme corollaire de la fonction propre aux journalistes* »⁹⁶. Ce droit, qu'il conviendrait de nommer plus justement droit à l'information du public⁹⁷, se conçoit comme celui pour le journaliste « *de porter à la connaissance du public des informations* »⁹⁸. Étant par nature intéressé par la relation sociale qu'est l'échange d'informations et d'idées, le journaliste peut invoquer le droit du public. Il dispose ainsi de prérogatives, issues du droit objectif, invocable en

⁹⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.50

⁹⁵ Ibid., p.53

⁹⁶ Voir par exemple, Cour EDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991, §59, Cour EDH, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, §63

⁹⁷ En ce sens, *Ibid.*

⁹⁸ J. LESUEUR, « *La coupe : la presse hors jeu* », *Op.cit.*

tant que moyen de défense à l'appui de l'exercice de sa liberté d'expression. Ce soutien n'a pas pour but premier de garantir la liberté d'expression du journaliste, mais de l'envisager en vue de sauvegarder l'échange public d'idées et d'informations. Cette démarche s'applique aussi à l'artiste. En effet, la Cour a bien admis que protéger le rôle spécifique de l'artiste, c'est protéger l'intérêt de tous lorsqu'elle affirme que « *la liberté d'expression artistique (...) permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte* »⁹⁹. Dès lors, l'artiste, à l'appui de sa liberté d'expression, est disposé à défendre le droit du public à la réception du message artistique. Il se pare de prérogatives qu'il oppose aux tiers pour faire respecter l'intérêt collectif de l'échange public des messages artistiques.

691. L'artiste, bien qu'il puisse l'invoquer, ne dispose pas de la maîtrise de l'intérêt lié au droit du public, car il ne lui appartient pas. L'exemple de la distinction entre un message qui tend à l'échange artistique et celui où la forme artistique n'est qu'un vecteur pour informer le public¹⁰⁰ illustre cette affirmation. Ces deux types de messages distinguent entre la mise en jeu du droit du public à la réception du message artistique et le droit à l'information du public. Ces deux droits s'insérant dans le domaine plus large du droit du public¹⁰¹, ils peuvent s'affronter. Cette confrontation revient alors à une mise à l'épreuve de la vocation du message invoquée par l'artiste à celle retenue par le juge. Cette hypothèse d'opposition démontre, plus largement, que cette prérogative n'est pas la chasse gardée de l'artiste. Les diverses invocations du droit du public, en fonction du résultat attendu, s'opposent parfois lors de conflits. Leur mise en exergue par les diverses parties oblige le juge à retenir la conception la plus respectueuse de l'intérêt collectif.

692. Le diffuseur peut tout autant se prévaloir du droit du public. L'existence de ce droit, tout comme pour le cas du journaliste, est le corollaire indispensable à sa fonction. En effet, le diffuseur a pour vocation de permettre la réception au public. Il agit tant dans le respect des droits de l'artiste que de ceux du public pour créer la relation sociale de l'échange public. Parfois même garant des droits de l'artiste, il lui peut lui être reconnu cette même prérogative afin d'assurer leur protection commune¹⁰².

⁹⁹ Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, §27 ; Cour EDH (Gde Ch.), *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, §47

¹⁰⁰ En ce sens, Cour EDH, *Leroy c. France*, préc.

¹⁰¹ Justine Lesueur met en avant l'existence des droits du public qui peuvent être catégorisée tels que le droit du public à la santé, à l'information. **J. LESUEUR**, « *La coupe : la presse hors jeu* », préc.

¹⁰² Artistes et diffuseur se retrouvent souvent associés au sein des requêtes en raison de la concordance soit de leurs droits, soit de leur responsabilité. On peut ainsi voir que les diffuseurs se retrouvent, pour la plupart impliqué. (En

693. En dernier lieu, la question se pose de savoir si le public lui-même dispose de cette prérogative. Selon Justine Lesueur, « *les droits du public (...) sont des droits collectifs, entendus comme des prérogatives reconnues par le droit objectif à un sujet collectif* »¹⁰³. Si le public est titulaire de droits, ces derniers ne sont qu'à l'état de moyen de défense. Christophe Geiger admet, dans le même sens, que le public n'obtient qu'un « *droit objectif d'accomplir (des) actes énumérés dans la limitation au droit* »¹⁰⁴. Cette affirmation revient à la première obligation développée par Dabin concernant le droit objectif.¹⁰⁵ Le droit du public a pour obligation le respect préalable des droits subjectifs d'autrui. Par exemple, il a été affirmé que le droit du public à l'information ne constitue pas une entrave au droit d'auteur dès lors que ce droit respecte les prérogatives du créateur¹⁰⁶.

694. Une subjectivisation du droit du public apparaîtrait. L'exemple de la loi allemande du 10 septembre 2003, transposant la directive communautaire du 22 mai 2001, offre des prérogatives offensives au public pour s'assurer de moyens techniques permettant le bénéfice de la copie privée¹⁰⁷. Cependant, si la loi française offre des moyens offensifs¹⁰⁸, elle ne le fait qu'au profit de l'individu et non du public. Le droit du public n'est encore qu'un appui aux prétentions individuelles libres d'interprétation par le juge. En effet, les actions intentées sur la question de la copie privée par des associations au nom de tous sont analysées par les juges au regard des droits du consommateur¹⁰⁹, donc du droit individuel. Le droit du public n'est donc pas l'objet de subjectivisation. Toutefois, si les droits du public ne relèvent que du droit objectif, on ne peut affirmer qu'un tel moyen de défense « *s'avère (...) inopérant* »¹¹⁰.

ce sens, Cour EDH, *Müller et autres c. Suisse*, préc., Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janvier 2007)

¹⁰³ **J. LESUEUR**, « *La coupe : la presse hors jeu* », préc., p.20

¹⁰⁴ **C. GEIGER**, Thèse, op.cit., p.191

¹⁰⁵ Cf. *supra*, n°683

¹⁰⁶ En ce sens C.Cass., Civ., 7 mars 2006, Bull. Civ. I, n°140

¹⁰⁷ Voir **C. GEIGER**, Thèse, op.cit., p.192, note 3

¹⁰⁸ Sur le cas précité, on peut penser à l'article L.331-15 du code de la propriété intellectuelle

¹⁰⁹ Voir en ce sens, **E. PIERRAT**, *La guerre des copyrights*, Fayard, 2006, pp.141 et s.

¹¹⁰ C.Cass., Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2003, *Fabris, ADAGP c. Société nationale de télévision France 2*, note **V. VARET** « *Droit d'auteur et droit du public à l'information* », LP, mars 2004, III, pp.23 et s. L'invocation du droit du public à l'information avait, pourtant, déjà été admise dans un arrêt : C.Cass., 1^{er} civ., 6 fév. 1996, *FR3*, **B. ADER** « *Retransmissions sportives : limites au droit d'exclusivité du diffuseur* », LP, juil.-août 1996, III., pp.87 et s.

B/ Un moyen de concilier les droits individuels concurrents

695. L'intervention du droit du public dans les conflits nés de titulaires déterminés, tels que l'artiste ou le diffuseur, a pour but d'assurer un équilibre dans l'exercice de la liberté artistique. Les droits du public agissent effectivement sous la houlette d'un droit subjectif pour s'immiscer dans les relations interindividuelles. Les droits du public appartiennent soit à celui qui l'invoque, soit à tous les acteurs de la liberté artistique, soit à aucun d'entre eux. Le droit du public est alors à concevoir avant tout comme un outil de conciliation entre les droits fondamentaux concurrents. Les conflits relatifs à la liberté artistique se traduisent souvent « *par l'opposition entre un intérêt général, défendu par l'État, et le droit du requérant* ».

Or, comme l'explique Peggy Ducoulombier, il est nécessaire de « *rechercher derrière les apparences de cette présentation classique l'existence d'éventuels droits en conflit et le contenu de ces droits* »¹¹¹. La question se pose donc de savoir si le droit du public peut affronter les prérogatives de l'artiste ou du diffuseur ou s'allier à l'une d'elles. La place du public dans la liberté artistique le laisse pressentir. Alors, « *le conflit apparu entre droits (artiste et diffuseur) se transforme en un conflit plus complexe et est englobé dans l'opposition classique d'un droit et d'un intérêt collectif* »¹¹² voire, des deux droits en concurrence avec l'intérêt collectif du public. La position de Peggy Ducoulombier en matière de conflit de droits laisse une place à l'appréhension du droit du public en leur sein. Selon l'auteure « *il apparaît nécessaire d'appréhender la titularité de manière large* » ; « *l'indétermination du titulaire et la référence à l'intérêt ne fait pas sortir le litige de la catégorie des conflits de droits mais permet de mettre à jour une catégorie particulière de conflits* »¹¹³.

696. L'introduction du public n'est donc pas simple car elle fait apparaître « *un conflit entre titulaires de droits de statuts différents* »¹¹⁴. En tant que « *titulaire abstrait* »¹¹⁵ d'un droit, le public intervient dans un conflit indentifiable *a posteriori*, « *opposant formellement un droit à un intérêt légitime* »¹¹⁶, qui correspond matériellement à une valeur protégée par un droit du public. En effet, lors de l'opposition de deux droits individuels concurrents, tels que ceux de l'artiste et du diffuseur, la considération d'intérêt général qui génère l'équilibre n'est souvent qu'une

¹¹¹ P. DUCOULOMBIER, Thèse, op.cit., p.36, n°54

¹¹² *Ibid.*, p.57, n°96

¹¹³ *Ibid.*, p.68, n°114-115

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Voir P. DUCOULOMBIER, p.127, n°223

¹¹⁶ *Ibid.*, p.69, n°117

matérialisation de l'incidence du droit du public sur ces droits. Si l'on a tendance à parler d'intérêt général ce n'est que parce qu'il se substitue à l'ensemble des récepteurs. Ils sont fondus dans la catégorie unique de public, dans laquelle chacun d'entre eux n'est pas individualisé, mais peut voir ses droits sauvegardés. Or, « *on peut distinguer, au sein de ce que l'on nomme l'intérêt public ou l'intérêt général de la société, les droits attribués à une catégorie de titulaires indifférenciés et les autres biens collectifs qui ne peuvent être traduits par le biais de droits fondamentaux subjectifs* »¹¹⁷. La non subjectivation du droit du public ne remet alors pas en cause sa fonction conciliatrice entre les droits individuels concurrents. Le public est un autrui, « *indéterminé, conceptualisé, intellectualisé, mais néanmoins titulaire de droits dont l'État va assurer le respect* »¹¹⁸. La prise en compte des droits du public dans les conflits interindividuels « *se justifie par une analyse plus précise des conflits* »¹¹⁹ nait de titulaires déterminés pour en modifier sa structure. En effet, le juge ne saurait ignorer la présence des autres titulaires de droits dans un litige qui subissent les conséquences de la décision. Il est donc logique que les conflits portant sur la liberté d'expression permettent l'introduction du droit du public de recevoir des idées et information, malgré son caractère passif¹²⁰.

697. Une telle prise en compte s'inscrit dans la position développée par Peggy Ducoulombier sur le besoin d'analyser les conflits à la lumière de « *la fonction des droits* »¹²¹. L'application d'une théorie « *démocratique fonctionnelle* »¹²² implique de ne pas concevoir les droits qu'en fonction du bien-être qu'ils procurent aux personnes, mais en analysant sa fonction dans la société démocratique. Cette logique fonctionnelle, rattachée à l'article 10 de la CEDH, suppose donc l'appréhension de l'ensemble des acteurs. La prise en compte du public participe au bon fonctionnement de la liberté artistique dans son ensemble ; elle soutient l'importance de la fonction sociale de la liberté, revenant « *à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte* »¹²³.

698. La CJUE, dans l'arrêt *Schmidberger*¹²⁴, a corroboré l'idée d'une analyse des droits fondamentaux au regard de leur fonction. Les faits sont relatifs au conflit entre la libre

¹¹⁷ *Ibid.* p.148, n°259

¹¹⁸ *Ibid.* p.142, n°250

¹¹⁹ *Ibid.* p.150, n°263

¹²⁰ *Ibid.*, p.180, n°317

¹²¹ *Ibid.* p.565

¹²² *Ibid.*, p.566, n°989

¹²³ Cour EDH, Müller et a. c. Suisse, 24 mai 1988, §27

¹²⁴ CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, C-112/00

circulation des marchandises et le droit à la liberté d'expression et de manifestation. Les autorités autrichiennes avaient bloqué la circulation sur une autoroute en raison d'une manifestation. Ce rassemblement, prévu sur l'autoroute avait pour but de sensibiliser la population sur l'augmentation du transit autoroutier et ses conséquences. Si les faits sont éloignés de la question de la liberté artistique, ils permettent de dégager la logique fonctionnelle de la liberté d'expression. L'affaire soulevait, en effet, « *la question de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par la traité* »¹²⁵. Après avoir rappelé que les dispositions des articles 10 et 11 de la CEDH sont susceptibles de limitation, la Cour met en balance les intérêts en jeu afin de rechercher, de manière classique, un juste équilibre qui assure « *la protection des droits fondamentaux* »¹²⁶. L'intérêt de cet arrêt réside dans l'analyse des droits à la liberté d'expression et de manifestation par la Cour. En effet, elle estime que ces droits « *doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société* »¹²⁷. La fonction de la liberté artistique réside dans « *l'échange public des informations et idées culturelles, politique et sociales de toute sorte* »¹²⁸ « *indispensable à une société démocratique* »¹²⁹. Le public, en tant que destinataire des idées, est en rapport direct avec cette fonction définie en termes d'échange. Il ne peut être écarté de l'analyse de la liberté artistique.

699. La liberté artistique est un tout indivisible ; le droit du public devient le protecteur de son aspect fonctionnel ; il fait donc œuvre de conciliation entre les prérogatives individuelles au nom de l'échange. Le droit du public offre un socle de protection d'où se dégagent diverses émanations de ce droit. L'État doit prendre des mesures en vue de les assurer.

¹²⁵ *Ibid.*, §77

¹²⁶ *Ibid.*, §82

¹²⁷ *Ibid.*, §80

¹²⁸ Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, §27

¹²⁹ Cour EDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv.2007, §26

Section 2 : Le contenu des droits du public

700. Les droits du public, inscrits dans le droit objectif, bénéficient « *de l'appui de la puissance publique* ». Ils sont alors assortis de « *l'impératif juridique* »¹³⁰, ce qui conduit à ce qu'il soit respecté par les gouvernants¹³¹. Lorsqu'ils sont mis face à l'État, ces droits possèdent un caractère éminemment culturel, de nature à le rattacher au droit à la culture, relevant des droits économiques et sociaux. À l'instar du droit à la culture, l'existence d'un droit du public la qualifierait droit créance, impliquant « *non pas (seulement) une abstention de l'État, mais une action positive destinée à rendre les droits effectifs. Les droits créances appellent une intervention des pouvoirs publics, que ce soit celle de l'État ou des collectivités territoriales* »¹³². Toutefois, cette protection des droits du public par l'État, qu'elle exige son abstention ou la prise de mesures positives, ne se détermine pas sans sa mise en lumière avec le droit individuel à la liberté de recevoir. Le public, quoi qu'indéterminé, regorge de volontés et sensibilités diverses qui exigent tant le respect de l'autonomie personnelle que celui du pluralisme. L'émergence d'un droit du public n'a pas l'objectif de briser cette diversité dans les choix individuels, mais de la conforter. Cet objectif conduit à mettre en avant deux différentes garanties : le droit à l'échange artistique (§1) et le droit à la diversité artistique (§2).

§1. Le droit du public à l'échange artistique

701. Il n'y a pas d'art sans enseignement de l'art. « *Faire acquérir la connaissance ou la pratique (...) d'un art* »¹³³ est essentiel à son épanouissement dans la société. Même, l'autodidacte, « *qui s'est instruit lui-même* »¹³⁴, ne crée pas *ex nihilo*. Le développement de sa maîtrise artistique a nécessité la confrontation aux œuvres. La place de l'art dans la société est inévitablement liée à son accès, mais aussi à sa transmission et à sa pratique. Ces éléments doivent être considérés en fonction de la réciprocité de leurs effets, car chaque élément favorise

¹³⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op.cit., p.2

¹³¹ En ce sens, J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p.22

¹³² S. MONNIER, E. FOREY, *Droit de la Culture*, op.cit., p.17

¹³³ Le petit Larousse illustré 2010, « Enseigner », Éditions Larousse

¹³⁴ *Ibid.*, « Autodidacte »

l'autre. Plus que d'être des récepteurs de l'art, les individus participent à sa vie. Quoi de plus logique que la condition même de l'art dans la société soit appréhendée en fonction du public, représentant l'intérêt de tous. La seule garantie de l'accès au message artistique est en dessous des objectifs à la charge de l'État ; elle reste, toutefois, un préalable nécessaire (I). Une assise solide du droit d'accès sert à protéger les droits corollaires indispensables par la mise en avant de la part active du public (II).

I. Le droit d'accès du public au message artistique

702. Qu'un public ait accès à l'art est une chose. Que l'ensemble du public y ait accès en est une autre. Alors, le droit du public supposant le respect de l'intérêt de tous, le droit d'accès au message artistique doit prendre en compte certaines situations, inhérentes à la société, pour s'inscrire dans la même philosophie. L'affirmation première d'une protection du droit d'accès du public au message artistique à la charge de l'État est indispensable (A). Ensuite, il est nécessaire de développer les caractéristiques du droit d'accès (B).

A/ L'État garant du droit d'accès

703. Si le droit du public n'était qu'un simple corollaire de la liberté d'expression, il aurait peu de conséquences¹³⁵. Seule la communication importerait, l'efficacité de la transmission et l'effectivité de la réception ne seraient qu'accessoires. La recherche des idées en matière artistique serait un droit protégé, il apparaîtrait comme une contrainte. Elle supposerait la part active des récepteurs pour accéder à l'art. Le droit de recevoir pourrait imposer une obligation de recherche du message constitutif d'un effet inhibiteur pour le public. Toutefois, selon la Cour EDH, « *la liberté de recevoir des informations ne comporte pas, par autant, celle d'en rechercher* »¹³⁶. Alors, le cantonnement à l'activité de réception par le public suppose la garantie de l'accès aux messages artistiques. Dès lors, si la communication du message reste une

¹³⁵ On peut ainsi voir au sein de la Convention dite TSF la différence entre les articles 9 et 9 bis relatifs à l'accès du public à l'information et aux événements d'importance majeurs et l'article 10 ne retenant que l'objectif culturel. Convention européenne transfrontière, 5 mai 1989.

¹³⁶ M. LEVINET, « *La liberté d'expression* », dans *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.608

protection essentielle, le droit pour le public de parvenir à la réception est à garantir. En effet, l'accès se définit comme la « *possibilité de connaître* »¹³⁷ le message artistique. Le droit d'accès du public au message artistique reste à l'état de possibilité afin de préserver la liberté individuelle de recevoir le message. La protection de la possibilité pour le public de connaître du message artistique entraîne deux types d'obligations pour l'État. La première obligation est de ne pas entraver la diffusion du message car toute restriction à la diffusion réduit la possibilité de le recevoir. Cette obligation n'est pas toujours suffisante. Alors, l'État peut avoir à sa charge l'obligation de donner les moyens au public de connaître du message.

704. Dans un premier temps, le droit d'accès du public astreint l'État à un rôle passif, consistant en un devoir de non ingérence. Dans l'arrêt *AG Autronic*, la Cour EDH a affirmé que l'État ne peut s'ingérer en vue de prohiber le captage par satellites d'émissions destinées à l'usage général du public¹³⁸. L'État a donc une obligation négative de ne pas empêcher l'accès par le public aux émissions en cause. Cette obligation, qui s'étend au caractère transfrontalier de la réception¹³⁹, interdit essentiellement aux autorités de prendre des mesures visant à écarter la possibilité pour le public de connaître de messages qui lui sont destinés. Toutefois, le devoir d'abstention de l'État n'est pas absolu. L'article 10§1 de la CEDH prévoit la soumission des entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisation. Cette disposition limite donc le rôle passif de l'État en matière artistique. En effet, ces moyens de diffusion constituent une large part de la réception de messages artistiques. Néanmoins, ces régimes d'autorisations sont eux même à analyser à la lumière du droit du public.

705. Dans un second temps, l'État ne s'abstient pas seulement d'entraver la communication des messages. Il a une obligation de créer les conditions nécessaires à l'accès à la culture et aux arts¹⁴⁰. Cette démarche, dans laquelle s'inscrivent les régimes d'autorisation précités, doit garantir l'existence d'un public du message artistique, dans lequel s'épanouit la liberté

¹³⁷ Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, « accès », p.15

¹³⁸ En ce sens, Cour EDH, *AG Autronic c. Suisse*, 22 mai 1990, §63

¹³⁹ En ce sens, Cour EDH, *AG Autronic c. Suisse*, préc., Cour EDH, *Association Ekin c. France*, 17 juil. 2001

¹⁴⁰ On peut voir l'affirmation de l'objectif « *de permettre à chaque homme d'accéder à la connaissance, de jouir des arts et des lettres de tous les peuples, de participer aux progrès de la science accomplis dans toutes les parties du monde et à leurs bienfaits, et de contribuer pour sa part à l'enrichissement de la vie culturelle* ». Déclaration des principes de la coopération culturelle, Conférence générale de l'UNESCO, 4 nov. 1966, Art.IV

De même au sein du préambule de la Convention dite TSF « *Désireux d'offrir au public un plus grand choix de services de programmes permettant de valoriser le patrimoine et de développer la création audiovisuelle de l'Europe, et décidés à atteindre cet objectif culturel grâce à des efforts pour accroître la production et la circulation de programmes de haute qualité, répondant ainsi aux attentes du public dans les domaines de la politique, de l'éducation et de la culture* » Convention européenne sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe, 5 mai 1989

individuelle. L'idée d'astreindre les États à des mesures positives s'est manifestée très rapidement. Toutefois, ces mesures ne touchaient qu'un domaine limité. Dès 1954, la Convention culturelle européenne demande aux États parties, « *dans la mesure du possible, (de) faciliter la circulation et l'échange (...) des objets de valeur culturelle* »¹⁴¹ et de prendre « *les mesures nécessaires pour les sauvegarder et en faciliter l'accès* »¹⁴². Diverses recommandations postérieures ont poursuivi le même objectif, que ce soit en vue de « *l'intégration de l'art dans la vie quotidienne* »¹⁴³ lorsqu'il est question de l'écrivain, de la préservation de la danse¹⁴⁴ ou de l'engagement à « *une politique de diffusion culturelle (expositions, spectacles, exécution d'œuvres musicales, etc...)* »¹⁴⁵ de manière plus générale¹⁴⁶. La Constitution espagnole offre, de même, un exemple assez explicite d'une telle obligation. Son article 20.3 prévoit « *le droit d'accès aux moyens de communication sociale qui dépendent de l'État ou d'un organisme public, pour les groupes sociaux (...)* »¹⁴⁷.

706. L'Union européenne s'est penchée sur les mutations « *autant culturels qu'économiques* »¹⁴⁸ des technologies de l'information et de la communication pour offrir des garanties articulées au public. L'union impose, notamment, aux États membres de « *prendre des mesures destinées à protéger le droit à l'information et à assurer un large accès du public aux retransmissions télévisées d'évènements [...] d'une importance majeure pour la société* »¹⁴⁹. L'article 13 de la Directive du 10 mars 2010 garantit le droit d'accès aux productions européennes sur les services de médias audiovisuels à la demande¹⁵⁰. La Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 a modifié la Directive 2002/22/CE concernant les droits des utilisateurs des services de communication électroniques¹⁵¹. Cette nouvelle Directive, selon son article 1^{er}, « *vise à assurer la disponibilité, dans toute la Communauté, de services de bonne qualité*

¹⁴¹ Convention culturelle européenne, Conseil de l'Europe, Paris, 19 déc. 1954, Art. 4

¹⁴² *Ibid.*, Article 5

¹⁴³ Recommandation 815 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la liberté d'expression et au rôle de l'écrivain en Europe, 6 oct. 1977

¹⁴⁴ Recommandation 1011 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la situation de la danse professionnelle en Europe, 4 juillet 1985. Notons que ce texte vise, dans son paragraphe 2, la danse professionnelle et amateur.

¹⁴⁵ Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle de l'UNESCO, 26 nov. 1976, 10.b),iii). Celle-ci énonce de même que les Parties « *se fixent notamment pour objectif de favoriser l'accès de tous à leurs réalisations culturelles respectives* ».

¹⁴⁶ « *Rapport sur la liberté d'expression et le rôle de l'artiste dans la société européenne* » Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 25 Septembre 1973

¹⁴⁷ **G. PECES-BARBA MARTINEZ**, *Théorie générale des droits fondamentaux*, droit et société, Maison des Sciences de l'Homme, L.G.D.J., 2004, p.387

¹⁴⁸ Directive du Parlement européen et du Conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010, (4)

¹⁴⁹ *Ibid.*, (49)

¹⁵⁰ Article 13 de la Directive du Parlement européen et du Conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010

¹⁵¹ Directive du Parlement européen et du Conseil, 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communication électronique

accessible au public »¹⁵². Elle définit, en particulier, « l'ensemble minimal de services s'une qualité spécifiée accessible à tous les utilisateurs »¹⁵³.

L'Union européenne n'impose pas seulement aux États de garantir le droit d'accès à Internet ; elle met à leur charge l'obligation de garantir un accès fonctionnel à la lumière de l'utilisation qui en faite par la majorité des utilisateurs¹⁵⁴. L'accès aux messages artistiques et la possibilité technique de leur réception serait donc garantie. En effet, la réception des œuvres sur Internet est une activité couramment pratiquée par la majorité des utilisateurs. L'Union européenne offre une protection étendue et évolutive du droit d'accès du public aux technologies de communication. Elle permet alors d'y intégrer, en tant qu'élément culturel, la réception des messages artistiques.

707. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles¹⁵⁵ offre une garantie plus explicite de l'accès de public à l'art. Selon ce texte, si l'État doit protéger spécifiquement l'art, c'est parce qu'il reconnaît en amont « *la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteur d'identité, de valeur, et de sens* »¹⁵⁶. L'expression artistique s'inscrit donc dans la définition donnée des expressions culturelles, à savoir celles « *qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel* »¹⁵⁷. Ce « *déterminant culturel* »¹⁵⁸ du message artistique impose sa prise en compte par l'État dans les « *politiques et mesures relatives à la culture, à un niveau local, national ou international, qu'elles soient centrées sur la culture en tant que telle, ou destinées à avoir un effet direct sur les expressions culturelles (...) y compris sur la diffusion et la*

¹⁵² Article 1^{er}, Directive du Parlement européen et du Conseil, 2009/136/CE, 25 novembre 2009

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ En ce sens : Article 4 de la Directive 2009/136/CE

¹⁵⁵ Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, UNESCO, du 20 octobre 2005, entrée en vigueur le 18 mars 2007

¹⁵⁶ Article 1 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, de l'UNESCO, préc.. Les activités, biens et service culturelles sont définis comme « *activités, biens et services qui, dès lors qu'ils sont considérés du point de vue de leur qualité, de leur usage ou de leur finalité spécifiques, incarnent ou transmettent des expressions culturelles, indépendamment de la valeur commerciale qu'ils peuvent avoir. Les activités culturelles peuvent être une fin en elles mêmes, ou bien contribuer à la production de biens et services culturels.* »

¹⁵⁷ Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, définition de l'expression culturelle, préc.

¹⁵⁸ **P. MEYER-BISCH**, « *Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique de droits de l'homme ? Quelques difficultés logiques* », pp.17-43, p.32, *Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, op.cit. Si l'on venait à encore douter de la dimension culturelle du droit à la liberté artistique, son approche à l'égard de la propriété intellectuelle peut être une preuve de plus. **P. LEUPRECHT**, « *Le sous-développement des droits culturels vu depuis le Conseil de l'Europe* », préc., p.83. Notons que les dispositions relatives aux mesures techniques de protection issues de la Loi n°2006-961 du 1^{er} Août 2006 font une large place à la question de l'accès. En particulier l'article L.331-12 du Code de la Propriété Intellectuelle énonce que « *les conditions d'accès à la lecture d'une œuvre, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'un phonogramme et les limitations (...) doivent être protégées à la connaissance de l'utilisateur* ».

distribution d'activités, de biens et de services culturels et sur l'accès à ceux-ci »¹⁵⁹. Ainsi, le public du message artistique bénéficie donc de la garantie d'un espace d'échange par la protection, à la charge des autorités, de l'accès aux messages artistiques, à l'art et à la culture¹⁶⁰.

708. La protection de l'accès au message est la première garantie que doit offrir l'État au public¹⁶¹. Elle est d'autant plus importante qu'elle bénéficie tant à l'individu qu'à l'ensemble. Le message artistique, dans sa dimension culturelle, participe de la simultanéité de « *du particulier et de l'universel* »¹⁶², permettant d'évoquer l'idée de son attachement à un droit « *à double face* »¹⁶³. En effet, il contribue tant à « *l'épanouissement* »¹⁶⁴ de l'individu qu'au « *développement de la culture pour le progrès de la société dans son ensemble* »¹⁶⁵. Alors, le droit d'accès du public exige que l'art s'offre à l'ensemble.

B/ Les caractéristiques du droit d'accès

709. Les obligations à la charge des autorités a pour vocation de tendre à l'accès à l'art pour tous. L'indétermination du public conduit à la prise en compte de l'ensemble des individus. Elle implique alors plusieurs types d'obligations. Outre l'aspect quantitatif et diversifié de l'offre artistique, relevant du pluralisme, ces obligations résideraient dans l'accès raisonnable (1) et adapté (2) au message artistique.

¹⁵⁹ Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, définition des politiques et mesures culturelles, préc.

¹⁶⁰ Ces obligations peuvent relever de la liberté de réunion en ce qu'elle imposerait la fourniture de locaux. Par exemple, on peut prendre l'existence de mesures destinées à « *l'aide à la pratique musicale amateur ou semi-professionnelle à travers la construction ou l'aménagement de studios de répétition, le soutien à l'implantation de petits lieux de diffusion type cafés-musiques* » ainsi que « *l'aide aux professionnels, et donc à des groupes confirmés, par des festivals ou par une diffusion de qualité dans les équipements culturels traditionnels ou dans des salles spécialisées de type Zénith* ». P. MOULINIER, *Politique culturelle et décentralisation*, L'Harmattan, 2002, p.168.

¹⁶¹ « *La culture fait partie intégrante de la vie sociale et qu'à cet égard la politique culturelle doit être envisagée dans le cadre plus large de la politique générale des Etats* », Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, UNESCO, 26 nov. 1976.

¹⁶² S. PERRE-CAPS, *La Multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995, p41 cité dans, D. SZYMZACK, *Droits culturels*, préc., n°11

¹⁶³ P. MEYER-BISCH, « *Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique de droits de l'homme ? Quelques difficultés logiques* », préc., p.26

¹⁶⁴ Voir Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Art.27 al.1

¹⁶⁵ Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, définition des politiques et mesures culturelles, préc.

1) L'accès raisonnable

710. La réception des messages artistiques a inévitablement un coût. Forcément, tout coût restreint le public dans ses activités. Néanmoins, le domaine artistique possède une complémentarité de ses aspects économiques et culturels. La diffusion du message artistique, activité éminemment culturelle, ne saurait survivre sans la protection de son économie. L'accès à Internet est un bon exemple. L'Union européenne, dans sa Directive du 25 novembre 2009, a souligné le besoin de créer « *un accès au réseau dans des conditions raisonnables et transparentes [...] afin que les utilisateurs [...] bénéficient pleinement de la concurrence* »¹⁶⁶. Le droit d'accès du public au message artistique passe par l'obligation de créer les conditions sociales économiques et financières propres à assurer cet accès¹⁶⁷. Cette charge de l'État doit favoriser un accès raisonnable à l'art ; elle permet d'assurer la jouissance effective de l'art au public sans pour autant que l'un de ses aspects soit dénigré. Une telle approche a plusieurs conséquences.

711. La notion d'accès raisonnable, à rallier aux idées d'équilibre et de juste mesure, ne veut pas dire un accès gratuit. Il n'a donc aucune vocation à éluder la protection des intérêts découlant de la production artistique¹⁶⁸ au titre de l'article 1 Protocole 1 de la CEDH. Le droit d'accès du public ne remet donc pas en cause, en tendant vers l'accès gratuit,¹⁶⁹ le respect dû aux droits de l'artiste dans l'exercice du droit individuel de recevoir. Toutefois, il en aménage les contours afin de garantir que l'ensemble des individus puisse l'exercer. L'intervention étatique est

¹⁶⁶ Directive du Parlement européen et du Conseil, 2009/136/CE, 25 nov. 2009, (38)

¹⁶⁷ Définition du principe de solidarité et de complémentarité des aspects économiques et culturels du développement. Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, définition des politiques et mesures culturelles, préc. Cette affirmation se trouve aussi concernant le rôle des pouvoirs publics en matière cinématographique : Voir, Décision du Conseil de la Concurrence n°07-D-44, 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.

¹⁶⁸ Le paragraphe 2 de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose : « *Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.* ». Le même droit est reconnu dans des instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme tels que la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme de 1948, en son article 13, paragraphe 2, le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels de 1988 (« *Protocole de San Salvador* »), en son article 14, paragraphe 1 c), ou encore, quoique de façon non explicite, le Protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1952 (Convention européenne des droits de l'homme), en son article premier. » Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire et artistique dont il est l'auteur, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Conseil économique et social, 7-25 nov. 2005, observation générale n°17

¹⁶⁹ On peut aussi voir une analyse similaire au sein de l'arrêt CJCE, *Coditel* du 6 octobre 1982, (262/81) concernant la mise à disposition d'œuvres cinématographiques et la redevance possible à chaque représentation.

principalement indirecte car elle se touche surtout les conditions financières de la création¹⁷⁰, de la production et de la diffusion¹⁷¹. Pour discerner un véritable droit du public, les mesures prises par les autorités doivent directement se rattacher à l'accès du public.

712. La réduction de la T.V.A. sur certains produits et services culturels est une mesure en faveur de l'accès raisonnable du public au message artistique car elle touche directement les consommateurs¹⁷². La mise en application d'un tel accès par le prêt d'œuvres en bibliothèque a suscité la controverse. Même « *si le droit de prêt semble faire partie des prérogatives de l'auteur sur son œuvre* »¹⁷³, l'État a partiellement réformé le domaine pour offrir un droit d'accès raisonnable aux livres sous un financement de nature publique¹⁷⁴. La loi du 18 juin 2003 comporte deux mesures particulières en vue de garantir cet accès. La première mesure « *interdit aux auteurs de s'opposer au prêt par les bibliothèques de leurs livres imprimés* ». Elle a pour but d'assurer l'accès à des œuvres de nature à intéresser le public. Ensuite, il est prévu que la rémunération des auteurs et éditeurs ne soit pas supportée « *par les usagers, pour ne pas les détourner de la lecture public, mais par l'État* »¹⁷⁵. Afin d'éviter toute inhibition du public, voire pour l'encourager à lire, le système de prêt garantit un droit d'accès gratuit.

713. Le contrôle de l'activité des salles de cinéma au regard de pratiques anticoncurrentielles s'est aussi emparé de la question de l'accès raisonnable. Le Conseil de la concurrence (désormais nommé autorité de la concurrence) a sanctionné des actes anticoncurrentiels lorsque « *le*

¹⁷⁰ On peut voir le décret n°2007-994 du 25 mai 2007 relatif aux attributions du ministre de la Culture et de la Communication. Le ministre y est chargé de favoriser « *la création des œuvres de l'art et de l'esprit* » et doit mettre « *en œuvre, conjointement avec les autres ministres intéressés, les actions de l'Etat destinées à assurer les rayonnement dans le monde de la culture et de la création française* ». De nombreuses institutions, tels que les fonds régionaux d'art contemporains (art plastiques), les centres dramatiques nationaux et régionaux (théâtre et spectacle vivant), les scènes de musiques actuelles et centres nationaux de création musicale (musique), les centres nationaux (danse), participent au soutien à la création, à la production et à la diffusion des œuvres. Pour une analyse approfondie voir : **S. MONNIER, E. FOREY, Droit de la Culture**, préc., 2009

¹⁷¹ Ces mesures peuvent inclure « *les mesures qui visent à fournir aux industries culturelles nationales indépendantes et aux activités du secteur informel un accès véritable aux moyens de production, de diffusion et de distribution d'activités, biens et services culturels ; (d) les mesures qui visent à accorder des aides financières publiques* ». Article 6 2) de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, définition des politiques et mesures culturelles, préc

¹⁷² Article 278 bis 6° concernant les opérations d'achat importation exportation intracommunautaire des livres. De même, on peut voir les spectacles mentionnés à l'article 279 b) bis. Cependant, son application reste contestable car ne couvrant qu'une part mineur de la matière artistique, elle peut apparaître subjective. Par exemple, « *un spectacle composé d'attractions variées comportant une succession de tableaux et de passages chantés* » ne peut en bénéficier, ne rentrant ni dans la catégorie des concerts et théâtres. Cour administrative d'appel de Nancy, 22 juin 1995, n°93-559

¹⁷³ **R. MARIE**, « *Une œuvre inachevée : le droit de prêt en bibliothèque* », LP n°206, nov. 2003, pp.135 et s., p.136

¹⁷⁴ Notons que la loi du 18 juin 2003 a modifié l'article 3 de la loi du 10 août 1981, offrant une exception au prix unique du livre lorsque l'acheteur est une bibliothèque accueillant du public.

¹⁷⁵ **R. MARIE**, « *Une œuvre inachevée : le droit de prêt en bibliothèque* », op.cit., p.136 et p.138

consommateur final a subi les conséquences de ces pratiques (...) (concernant) des films qui sont susceptibles de plaire à un large public ». La pratique en cause avait pour effet que « *les spectateurs n'ont pas eu le choix de la salle. Or, les prix fixés par les établissements membres du GIE Ciné Alpes ont un tarif plus élevé que la moyenne nationale* ». « *Les spectateurs (étaient) captifs et leur demande a une faible élasticité au prix ce qui engendre pour eux un dommage supérieur* »¹⁷⁶. Ainsi, L'offre cinématographique ne possédait pas de rapport raisonnable avec les attentes traditionnelles du public sur ces prestations. Le Conseil a donc condamné la captivité des spectateurs aux excès tarifaires pratiqués par la salle de cinéma. L'impact économique de la pratique sur le public n'offrait pas la garantie d'un accès raisonnable aux films.

714. Un dernier exemple réside dans l'interprétation jurisprudentielle des coûts de frais de port relatif à l'achat de livres. Les juges ont affirmé que l'offre des frais de port en la matière n'était pas prohibée par la loi du 10 août 1981¹⁷⁷. Cette question, relative à la réglementation du prix du livre, relevait de la conformité de l'acquisition de livre sur Internet aux droits de l'artiste relevant de l'article 1 Protocole 1. Les juges ont souscrit à l'idée que l'objectif de la loi était la garantie de la perception de l'intégralité du prix du livre fixé par l'éditeur « *et non d'imposer à l'acheteur d'en supporter intégralement le coût* »¹⁷⁸. En l'espèce, la perception de l'intégralité du prix du livre n'étant pas remise en cause, les juges ont effectuée une interprétation de la loi, confortant le droit d'accès raisonnable aux messages artistiques. Il était ainsi possible d'offrir des avantages tarifaires au public dès lors que le paiement du prix du livre était en lui-même respecté.

715. L'accès raisonnable, en tant que principe inscrit dans le droit du public à la réception, ne tend pas à la recherche de la gratuité. Tout de même, il a pour but, en pratique, de favoriser un accès au coût le moins élevé. Toutefois, ce contrôle se prémunit contre une dévalorisation de l'aspect économique de l'art. Il possède donc une limite : le respect des droits patrimoniaux de l'artiste.

¹⁷⁶ Voir, Décision du Conseil de la Concurrence n°07-D-44, 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.

¹⁷⁷ Voir **A. DEBET**, « *La vente en ligne de livre avec offre de frais de port sauvée par la Cour de cassation* », note sous Cass. Com., 6 mai 2008, *Sté France Télécom E-commerce c. Syndicat de la librairie française*, CCE n°7, juil.août 2008, comm.93, pp.36 et s.

¹⁷⁸ Cass. Com., 6 mai 2008, *Sté France Télécom E-commerce c. Syndicat de la librairie française*

2) L'accès adapté

716. L'indétermination du public ne conduit pas à l'envisager totalement abstraitement. Au contraire, il est à appréhender en fonction des particularismes inhérents à tout public. Un accès peut être conditionné par une spécificité qui fait la particularité du groupe, voire de l'individu. L'accès adapté joue alors dans deux sens : un accès intellectuel et un accès matériel¹⁷⁹. Quant il est question du groupe, l'accès touche à la possibilité, pour le public, de connaître le contenu du message. Le public ne connaît un message que parce qu'il lui est compréhensible, et plus particulièrement en raison de langue utilisée. Toutefois, la protection à la charge de l'État ne s'arrête pas là. Pour que l'ensemble des individus puisse réellement connaître des messages, il est nécessaire de leur assurer la possibilité d'accéder physiquement au message. Or, certains individus, en raison de leur handicap, ne bénéficient pas d'un accès aux espaces de diffusion artistique sans intervention de l'État.

717. Dans un premier temps, la Cour EDH garantit le droit du public d'accéder intellectuellement aux messages artistiques ; il revient, plus particulièrement, à l'accès au message dans sa langue. Dans l'arrêt *Akdas*, les juges ont affirmé que « *la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe, ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée* »¹⁸⁰. Les autorités avaient interdit la publication du roman en cause en raison de la protection de la morale. Toutefois, l'œuvre en cause, faisant partie du patrimoine littéraire européen, était accessible pour le public par des moyens alternatifs. Cependant, le public n'y aurait accédé qu'en langue étrangère et non en turc. Si la protection de la morale avait justifié une telle restriction, elle n'aurait pas permis à la population de recevoir l'expression litigieuse dans leur langue. Elle aurait, en pratique, laissé une marge de la population y accéder dans la langue d'origine de l'œuvre ou dans une autre langue étrangère. Or, la Cour a affirmé que l'accès à une œuvre dans une langue adaptée au public qu'elle vise primait sur la protection de la morale. Il pourrait être opposé que le droit du public à la réception dans une langue donnée serait justifié par deux circonstances : l'entrée de l'œuvre dans le patrimoine européen et le fait que la langue en cause était la langue nationale.

¹⁷⁹ En ce sens, voir la thèse : **A. PERRIER**, *Le patrimoine culturel en droit privé*, Thèse, soutenue le 28 juin 2010, à Clermont-Ferrand, pp.81 ets.

¹⁸⁰ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010, §30

718. Le précédent de l'arrêt *Ulusoy*¹⁸¹ combat cette thèse. En l'espèce, l'interdiction de la représentation d'une pièce de théâtre, au motif qu'elle serait jouée en kurde, était de nature à constituer une violation de l'article 10 de la CEDH selon la Cour. Deux remarques sont alors à faire. La Cour n'entend pas limiter le droit d'accès à une langue donnée aux seules œuvres issues du patrimoine culturel européen. Elle l'étend à l'ensemble des œuvres qui ont vocation à être reçues. En outre, la Cour ne protège pas seulement le droit d'accès aux œuvres artistiques de langue nationale, mais englobe celles attachées aux singularités ethniques et culturelles. Alors, si les singularités ethniques et culturelles n'empêchent pas l'accès du public d'une langue donnée à un message¹⁸², elles le favorisent. Cette conception fait apparaître deux critères en vue de sa protection : l'existence d'un diffuseur désireux de fournir l'accès à un message artistique dans une langue donnée et l'existence d'un public qui s'y rattache.

719. Dans un second temps, l'accès adapté ne joue pas que sur un plan d'ordre intellectuel, mais se comprend aussi comme un accès matériel à l'œuvre. La question du handicap pourrait imposer le retour à la dimension individuelle du droit à la liberté de recevoir. Toutefois, une telle problématique s'ancre plus largement dans la question de l'accès adapté au public. En effet, elle conditionne la possibilité, pour les personnes handicapées, de faire partie intégrante du public.

Dans une affaire *Zehnalova et Zehnal*¹⁸³, la requérante, handicapée physique, ne pouvait accéder à de nombreux bâtiments publics ouverts au public car ils ne bénéficiaient pas d'un accès adapté. Elle invoquait notamment une violation du droit au respect de sa vie privée. La Cour EDH a considéré que l'article 8 était applicable dans des cas exceptionnels, lorsque l'absence d'accès à des établissements ouverts au public affectait la vie d'une personne handicapée de telle sorte qu'elle interférait avec le droit au développement personnel et son droit à développer des relations avec ses semblables¹⁸⁴. En l'espèce, la requérante n'avait pas démontré, de lien spécifique entre l'impossibilité d'accéder à l'établissement et le besoin particulier pour sa vie privée. Il n'y avait donc pas d'atteinte à l'article 8 de la CEDH. La Cour émet, tout de même, l'hypothèse que l'État puisse avoir l'obligation positive d'assurer l'accès à des établissements qui ont un impact direct sur le droit au développement personnel de la personne handicapée. L'accès à des établissements offrant une réception de messages artistiques pourrait faire partie de ces hypothèses.

¹⁸¹ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007

¹⁸² Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010, §30

¹⁸³ Cour EDH (déc.), *Zehnalova et Zehnal c. République Tchèque*, 14 mai 2002

¹⁸⁴ *Ibid.*

720. La recommandation du Comité des Ministres du 9 avril 1992 a demandé aux États de permettre aux personnes handicapées de « *jouer dans la société un rôle à part entière et participer aux activités (notamment) de loisirs, récréationnelles et culturelles* »¹⁸⁵. Les personnes handicapées ne peuvent jouer un tel rôle que si, en amont, elles bénéficient d'un accès aux expressions culturelles et récréationnelles dans lesquelles s'inscrivent les messages artistiques. L'accès établissements publics qui ont pour vocation la diffusion de messages artistique a un lien suffisamment spécifique avec leur vie privée sociale. L'absence d'accès à ces établissements affecte les personnes handicapées de telle sorte qu'elle interfère avec le droit au développement de l'individu. Ces circonstances doivent conduire à obliger l'État à prendre des mesures en vue de permettre un droit d'accès adapté aux personnes handicapés¹⁸⁶.

721. L'Union européenne s'est prioritairement préoccupée du droit d'accès des personnes handicapées aux nouvelles technologies. La Directive du 25 novembre 2009, relative aux services de communication électronique, souligne qu'il « *convient de garantir l'équivalence entre le niveau d'accès des utilisateurs finals handicapés aux services et le niveau offert aux utilisateurs finals* »¹⁸⁷. Les États membres doivent veiller à ce que des moyens spécifiques soient mis en œuvre afin d'assurer un droit d'accès, sur le plan fonctionnel, aux utilisateurs handicapés. En outre les États doivent s'assurer que ce droit d'accès n'aboutisse pas à une politique tarifaire discriminatoire envers les personnes handicapées. L'équivalence des conditions d'utilisation des services de communication sont donc garanties, « *y compris en matière de prix et de tarifs* »¹⁸⁸. La promotion des droits des personnes handicapées par l'Union européenne est aussi inscrite dans la Directive du 10 mars 2010 relatives aux services de médias audiovisuels. Il est affirmé que « *le droit de personnes handicapées [...] à participer et à s'intégrer à la vie sociale et*

¹⁸⁵ Recommandation du Comité des Ministres n° R (92) 6 du 9 avril 1992, relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées. Cette recommandation estime notamment que « (...) toutes les activités de loisirs, culturelles et de vacances devraient être rendues accessibles aux personnes handicapées ; il faudrait éliminer les obstacles structurels, techniques, physiques et relatifs à l'attitude qui limitent la jouissance de ces activités. En particulier, il y aurait lieu d'améliorer l'accès aux cinémas, théâtres, musées, galeries d'art, sites touristiques et centres de vacances. (...) Les lieux culturels et de loisirs devraient être conçus et équipés de manière à les rendre accessibles aux personnes handicapées et à ce qu'elles puissent en profiter. »

¹⁸⁶ Une telle approche se comprend aussi pour les sourds et malentendants. La France a mis en avant le droit des sourds et malentendants à la réception dans l'article 3 de la Loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. La Suisse a fait de même dans son Ordonnance sur la radio et la télévision (RS 724.401) qui prévoit dans son article 7 l'adaptation des émissions de télévision pour les malentendants et les malvoyants. Encore le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a prévue une politique réglementaire de radiodiffusion et télécom (CRTC 20096430) comportant l'adaptation des programmes aux personnes malentendantes (.72)

¹⁸⁷ Directive du Parlement européen et du Conseil, 2009/136/CE, 25 nov. 2009, (12)

¹⁸⁸ *Ibid.*, (36)

culturelles de l'Union est indissociable de la fourniture de services de médias audiovisuels »¹⁸⁹.

La protection d'un droit d'accès des personnes handicapés aux technologies de communication fait donc l'objet d'une attention particulière.

722. Les aspects du droit d'accès ne sont pas limitatifs. Le droit d'accès évolue et oriente ses objectifs après chaque acquis. Nous pourrions évoquer ici l'idée d'un droit d'accès durable, expression du droit d'accès à la culture¹⁹⁰. Il obligerait l'État à la conservation du patrimoine artistique¹⁹¹ et organiserait le sort des œuvres tombées dans le domaine public. Néanmoins, cet aspect du droit d'accès s'inscrit plus largement dans la question de l'accès à la diversité culturelle, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement. La garantie de l'accès du public à la charge de l'État se situe dans les conditions d'accès à l'art. L'évolution des attentes du public conduit vers l'obligation de lui garantir un épanouissement artistique. Cette protection ne cantonne plus le public à un rôle passif de récepteur, mais à un rôle actif à travers sa participation.

II. Les droits corollaires du droit d'accès

723. Pour que l'art vive dans la société, il faut qu'il s'inscrive dans une continuité. De la place accordée à l'art vient la possibilité de devenir un artiste ou un amateur qui aime l'art et veut le faire vivre. Lorsque l'on est artiste, même si l'on possède un don, il faut apprendre à l'exprimer ; car être artiste c'est apprendre et s'inspirer pour produire. Lorsque l'on ne reste qu'amateur d'art, l'apprentissage est tout aussi nécessaire pour le comprendre, l'aimer et donner l'envie de s'y investir. Un développement durable du domaine artistique et de la liberté individuelle du récepteur nécessite la garantie de certains corollaires à la réception pour en faire un droit effectif. La part active du public serait à protéger, qu'elle relève de l'éducation (A) ou de la participation (B).

¹⁸⁹ Directive du Parlement européen et du Conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010, (46)

¹⁹⁰ En ce sens voir : **A. PERRIER**, *Le patrimoine culturel en droit privé. L'empreinte de la patrimonialité culturelle*, Thèse, soutenue le 28 juin 2010, à Clermont-Ferrand

¹⁹¹ Par exemple, l'article 322-2 1° du code pénal prévoit les sanctions de la détérioration de biens destinées à l'utilité ou à la décoration publique appartenant à une personne publique. Il s'agit de mettre en jeu une obligation positive de l'État de protéger les biens culturels et œuvres artistiques, permettant, en définitive au public, de jouir des arts. Cependant à la lecture de la jurisprudence en la matière nous pouvons remarquer que l'œuvre d'art bénéficie d'une protection qui ne serait pas spécifique et aurait droit à la même protection qu'un urinoir.

A/ Le droit à l'éducation artistique

724. L'éducation artistique est une préoccupation commune à l'ensemble des systèmes¹⁹². Dès 1973, avant même la reconnaissance explicite de la liberté d'expression artistique, le Conseil de l'Europe a évoqué le besoin « *(d')enseigner l'art dès l'école* »¹⁹³. Son intégration officielle dans le système scolaire français s'est effectuée rapidement, par la loi du 11 juillet 1975¹⁹⁴. L'union européenne n'est pas en reste. La résolution du Parlement européen du 24 mars 2009 a rappelé que « *l'éducation artistique et culturelle (...) constitue un élément essentiel du système éducatif des États membres, (voire) une composante essentielle de l'éducation des enfants et des jeunes* »¹⁹⁵. L'UNESCO a construit un réseau d'experts et de praticiens appelé LEA (Lien pour l'éducation artistique) afin de renforcer l'éducation artistique dans l'enseignement. Il est ressorti de ses premiers travaux que l'éducation artistique « *visé à développer comme tout autre discipline enseignée, la personnalité de l'individu à travers une approche spécifique du réel* »¹⁹⁶.

725. Le préalable éducatif est donc d'une importance fondamentale pour la garantie des droits de l'article 10. En effet, « *l'exercice effectif du droit à la liberté d'opinion et d'expression est un indicateur important du niveau de protection d'autres droits de l'homme. Des taux d'analphabétisme élevés persistent dans le monde, en particulier chez les femmes, et réaffirme que l'accès à l'éducation, sans restriction et sur un pied d'égalité, pour les filles et les garçons, les femmes et les hommes est d'une importance cruciale pour la pleine jouissance du droit à la liberté d'opinion et d'expression* »¹⁹⁷. La corrélation entre l'éducation et les libertés de l'article

¹⁹² L'éducation en elle-même fait l'objet d'une attention particulière au sein de nombreuses conventions. Notamment, l'article 14 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, L'article 13 du PIDESC du 16 décembre 1966, l'article 6 de la déclaration de Fribourg du 7 mai 2007.

¹⁹³ ASS consult conseil eur 73 rôle Art §321. On peut aussi voir par la suite des recommandations spécifiques de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe telle que la recommandation 929 relative à l'éducation musicale pour tous du 8 octobre 1981. Celle-ci affirme notamment « *que l'éducation musicale, en dehors de la formation spéciale qui doit être donnée aux enfants particulièrement doués, devrait être reconnue comme faisant partie de l'éducation générale dans tous les pays* ».

¹⁹⁴ Loi n°75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation dite loi Haby. Désormais, c'est l'article L.121-6 du code de l'éducation qui dispose que « *Les enseignements artistiques contribuent à l'épanouissement des aptitudes individuelles et à l'égalité d'accès à la culture. Ils favorisent la connaissance du patrimoine culturel ainsi que sa conservation et participent au développement de la création et des techniques d'expression artistiques. (...) Les enseignements artistiques font partie intégrante de la formation scolaire primaire et secondaire. Ils font également l'objet d'enseignements spécialisés et d'un enseignement supérieur* ».

¹⁹⁵ Résolution du Parlement européen du 24 mars 2009 sur les études artistiques dans l'Union européenne (2008/2226(INI))

¹⁹⁶ **N. ABDALLAH ALI**, « *Tradition artistique et dynamique de création* », Contribution à la Conférence régionale sur l'éducation artistique scolaire et extrascolaire, Port Elizabeth, South Africa, 26-30 juin 2001, <http://portal.unesco.org/culture/en/files/19703/10818741423naguib.pdf>

¹⁹⁷ Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/38 du haut commissariat des nations unies

10 artistique doit jouer de la même manière en matière artistique. L'éducation artistique, en conformité avec le pluralisme des sensibilités, ne joue pas que sur le plan individuel. Elle est « *au service de la tolérance et de la cohésion sociale* »¹⁹⁸.

Cet objectif d'éducation artistique peut-il aller jusqu'à attribuer à la charge de l'État une obligation positive de l'assurer ? Il ressort de l'arrêt de la Cour EDH *Affaire linguistique belge*¹⁹⁹ que le droit à l'instruction ne consacre pas « *un droit absolu à toutes les formes d'éducation* »²⁰⁰. Pourtant, l'éducation artistique, quoique spécifique, participe à l'ensemble du processus d'instruction. En effet, elle favorise « *le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit* » des élèves et devient « *un élément inhérent, voire indispensable, à tout système éducationnel* »²⁰¹. La reconnaissance de l'éducation artistique oblige l'État à la garantir, au risque d'entraîner une violation de l'article 2 du Protocole 1 de la CEDH²⁰².

726. Le droit à l'éducation artistique, composante du droit du public, n'est pas amené à jouer un rôle unique sur la mise en place d'une politique éducative. Il s'intègre de manière directe dans la liberté de recevoir et communiquer des idées et informations. La polémique suscitée par le film *4 mois, 3 semaines et 2 jours* de *Cristian Mungiu*, palme d'or 2007 au festival de Cannes et prix de l'Éducation nationale l'illustrerait²⁰³. Ce dernier prix reçu par le film devait aboutir à la création d'un DVD pédagogique. Ce dernier aurait eu vocation à être diffusé dans les collèges et lycées avec l'assistance d'un suivi pédagogique de l'enseignant. Cependant, le Ministère de l'Éducation a, tout d'abord, opté pour une « *censure pédagogique* »²⁰⁴ du film fondée sur la protection du mineur avant d'en accepter sa diffusion²⁰⁵. Les précautions prises dans les conditions de réception par le mineur, s'analyse donc sous l'angle de son droit à la réception. La tentative de censure dont a fait l'objet ce film pose une nouvelle question : existe-t-il un droit du mineur à l'éducation artistique d'une application comparable au droit du public à l'information ?

¹⁹⁸ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Résolution (95) 38 sur la stratégie culturelle

¹⁹⁹ Cour EDH (Cour Plénière), *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juil. 1968

²⁰⁰ M. LEVINET, « *Le droit à l'instruction* », *Les Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op.cit., p.596

²⁰¹ Cour EDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 fév. 1982, §33-34

²⁰² Notons que l'obligation positive d'assurer une éducation artistique ne relève que de l'obligation de moyen. L'étendue de l'obligation s'évaluerait alors en termes de « *ressources et de priorité* » pour éviter que « *cette obligation ne doit pas non plus être interprétée de manière à imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* ». Cour EDH, *Appleby c. Royaume-Uni*, op.cit.

²⁰³ Cf. *supra*, n°473

²⁰⁴ « *Pas de censure pour la palme d'or* », Communiqué de l'Observatoire de la liberté d'expression en matière de création de la LDH, 25 juillet 2007.

²⁰⁵ Notons que la Commission de classification des œuvres cinématographique a classé l'œuvre tout public. Visa n°118712.

La réponse doit être affirmative. L'importance, déjà démontrée, de l'intérêt du mineur à ne pas être seulement protégé, mais éduqué, impose cette garantie²⁰⁶.

727. La qualité de message artistique à caractère éducatif, qu'il réside dans son contenu ou dans la manière dont il est porté à la connaissance du public, implique deux obligations : d'une part, l'obligation négative de ne pas empêcher sa réception, en particulier par le mineur, et, le cas échéant, l'obligation positive, d'en donner l'accès²⁰⁷.

B/ Le droit de participer à la vie artistique

728. Si l'éducation artistique est un préalable nécessaire à la liberté de réception, elle engendre aussi le désir de participer à la vie artistique en vue de jouir pleinement des bienfaits de l'art²⁰⁸. Il est souvent question du droit de chacun de participer à la vie culturelle. Sa protection est d'ailleurs reconnue par un ensemble de textes²⁰⁹. Cependant, c'est une appréhension collective qui doit en être faite par l'État. La déclaration de Fribourg sur les droits culturels du 7 mai 2007²¹⁰ a adopté une conception contemporaine en affirmant « *le droit d'accéder et de participer librement (...) à la vie culturelle* » à « *toute personne, aussi bien seule qu'en commun* »²¹¹. Toutefois, l'intégration de la participation à la vie artistique à la vie culturelle n'est encore une fois qu'implicite, et non pleinement consacrée. Elle se déduit de travaux spécifiques²¹² attachés à des pratiques artistiques particulières.

²⁰⁶ Cf. *supra*, n° 141 et s.

²⁰⁷ La réalisation de cette obligation positive peut engendrer un accès indirect, l'accès étant donné directement à la personne en charge de l'éducation artistique.

²⁰⁸ L'article 27 1) de la DUDH dispose que « *toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent* ».

²⁰⁹ L'article 27 de la DUDH reconnaît à toute personne « *le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté* ». L'article 15 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) du 16 décembre 1966 dispose que « *les Etats parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit (...) de participer à la vie culturelle* ». Pour d'autres exemples, la Charte arabe des droits de l'homme du 14 septembre 1994 dispose dans son article 36 que « *Toute personne a le droit de participer à la vie culturelle et d'accéder aux œuvres littéraires et artistiques. Elle a le droit de développer ses facultés artistiques, intellectuelles et créatrices.* »

²¹⁰ Cette déclaration est une initiative d'un groupe international d'expert regroupé sous le nom « Groupe de Fribourg ». Ce groupe est né du colloque « *Les droits culturels : une catégorie sous-développée des droits de l'homme* ». Actes précitées.

²¹¹ Déclaration de Fribourg sur les droits culturels, 7 mai 2007, Article 5

²¹² Par exemple la Recommandation 1011 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la situation de la danse professionnelle en Europe, 4 juillet 1985. Notons que ce texte vise, dans son paragraphe 2, la danse professionnelle et amateur. Elle note notamment, « *l'importance du rôle que la danse peut avoir dans l'épanouissement aussi bien artistique et physique qu'intellectuel et psychique de la société et de l'individu* »

729. Le texte le plus explicite reste la Recommandation de l'UNESCO concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle du 26 novembre 1976. Elle énonce que « *l'accès de larges couches de la population aux biens culturels ne peut être assuré que si sont réunies les conditions (...) qui permettent (...) de prendre une part active à toutes les manifestations de la vie culturelle* ». Ainsi, la recommandation vise la protection de l'ensemble de la population²¹³, constituant le public dans sa plus grande généralité. De plus, elle intègre l'art dans le concept de culture qui se définit comme « *élargi à toutes formes de créativité et d'expression des groupes ou des individus, tant de leurs modes de vie que de leur activité artistique* ». Cependant, cette recommandation qui tend à obliger les Etats à prendre des mesures en vue de « *garantir, en tant que droits de l'homme, les droits concernant l'accès et la participation à la vie culturelle* »²¹⁴ n'a qu'un impact limité, car elle n'a aucune force obligatoire.

730. L'ensemble du pan culturel de la liberté artistique, comprenant pour partie le droit d'accès, le droit à l'éducation et le droit de participer, semble mal assuré en raison du manque d'effectivité des textes. La question est donc posée : les droits culturels sont-ils une catégorie sous développée ?²¹⁵ Le droit dur (*hard law*) n'offre qu'une protection de principe de la culture. L'essentiel du travail d'approfondissement et de rattachement au domaine artistique est issu du droit mou (*soft law*)²¹⁶. C'est à ce droit mou que se rattache l'idée d'un manque d'effectivité de la protection. Or, le recours au droit mou n'est pas dénué de tout avantage. La portée limitée d'une large part des garanties offertes au public en matière d'accès, mais surtout d'éducation et de participation, montre la faveur de « *l'incitatif-explicatif* » sur « *l'impératif* »²¹⁷. Non

²¹³ On peut noter le souci d'assurer « *l'intégration des handicapés à la vie culturelle et leur offrir des possibilités d'y contribuer* » au sein de la Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle (26 nov. 1976, UNESCO)

²¹⁴ Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle, 26 nov. 1976, UNESCO

²¹⁵ En ce sens voir : **P. MEYER-BISCH** (sous la direction de), *Actes du VIIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, collection interdisciplinaire volume 22, série droits de l'homme, Fribourg Suisse, Éditions universitaires, 1993

²¹⁶ « *On désigne sous le nom de "soft law" ("droit mou" en français) par opposition à "hard law" un corpus juridique fait de résolutions, déclarations, textes programmatiques, dont aucun n'est assorti de force obligatoire. Ils peuvent toutefois par leur répétition contribuer à l'élaboration d'une coutume internationale qui, une fois constatée, correspond à des obligations réelles. Plus fréquemment, ils participent d'un effet d'affichage idéologique non accompagné de réelle intention d'agir de la part de leurs locuteurs* ». **M. CHEMILLIER-GENDREAU**, « *Pour une éthique de l'économie : le droit élément de frein ou de progrès ?* », Programme interdisciplinaire Ethique de l'économie Secteur des Sciences sociales et humaines, Economie éthique n°1, UNESCO 2003

²¹⁷ **C. THIBIERGE**, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD Civ., 2003, pp.599-628, p.600 note 8

sanctionné, le droit mou ne peut obliger l'État à prendre des mesures. Néanmoins, cet ensemble fixe « *des objectifs, véritables sources d'inspiration, d'orientation et de guidance* »²¹⁸.

731. Ce recours au droit mou offrirait de nouvelles perspectives. Le droit du public, dans sa globalité, relève aussi du droit dur. Alors, l'ensemble non contraignant conserve un lien étroit avec les dispositions contraignantes, en tant que source d'inspiration. La Cour EDH peut se référer à cet ensemble, l'intégrant dans le droit dur, afin d'étendre les obligations positives de l'État²¹⁹. Cet ensemble non contraignant est à prendre comme un « *outil* », « *vecteur d'harmonisation* » et « *d'évolution* »²²⁰ du droit du public. Le caractère incitatif-explicatif prépare les États à prendre des mesures, de manière plus souple, avant qu'elles ne deviennent, en fonction des conditions économiques et sociales, des droits durs.

L'idée d'un durcissement de ces droits est plus claire depuis l'adoption, le 10 décembre 2008 du Protocole facultatif au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels²²¹. Ce protocole, qui instaure la possibilité de communication individuelle auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, peut devenir un poids de plus pour la justiciabilité de ces droits. Comme l'affirme le Professeur De Schutter, « *l'adoption d'un tel Protocole contribuerait à encourager les juridictions nationales à prendre appui sur les ressources du droit interne et sur les obligations internationales de l'État pour exiger de l'Exécutif et du Législatif qu'ils se justifient, face au constats que les droits économiques et sociaux continuent de n'être pas réalisés pour tous* »²²². Ainsi, l'hypothèse d'un contrôle rendrait ces droits effectifs, favorisant leur influence sur les Cour régionales, telle que la Cour EDH. Néanmoins, la liste des droits directement applicables est résiduelle. Même si elle inclut en partie l'éducation, elle ne consacre pas de droit effectif à la participation à la vie culturelle²²³. Cette évolution offre, du moins, la perspective de « *la réalisation progressive* »²²⁴ de ces droits, tout en

²¹⁸ *Ibid.*, p.622

²¹⁹ On peut ainsi voir la forte influence de la Charte européenne des droits fondamentaux au sein des arrêts : Cour EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002, et Cour EDH, *Demir et Baykara c.Turquie*, 12 nov. 2008. Voir de même, **J.-F. FLAUSS**, « *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* », AJDA, nov. 2002, p1277 et s.

²²⁰ **C. THIBIERGE**, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », préc., pp.627-628

²²¹ *Protocole Facultatif au Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels (PIDESC), adopté le 10 décembre 2008 par l'Assemblée Générale des Nations Unies (Résolution de l'Assemblée générale des nations unies, A/RES/63/117)*

²²² **O. DE SCHUTTER**, « *Le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* », CRIDHO working paper, 2005/03, IV.Conclusion

²²³ Voir en ce sens, **B. WILSON**, « *Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies* », RTDH, avril 2009, pp.295 et s., p.306

²²⁴ *Ibid.*, p.302

tenant compte « *des réalités du monde et des difficultés que rencontre tout pays qui s'efforce d'assurer le plein des droits (...) culturels* »²²⁵.

732. Le droit d'accès du public au message artistique et ses corollaires prennent incontestablement de l'ampleur. Toutefois, ce mouvement ne peut être que progressif. Les questions qui y sont relatives tendent à conférer au public une protection dont la force contraignante ne cesserait de s'accroître et les exigences d'augmenter. Toutefois, cette protection ne se réaliserait pleinement que si, en parallèle de cette évolution, l'accent est mis sur la protection de la diversité artistique.

§2. Le droit du public à la diversité artistique

733. « *La diversité culturelle n'est pas un but en soi* »²²⁶. Elle n'en est pas moins nécessaire. Une société démocratique reposant sur un système pluraliste mène à la garantie un d'accès à des formes diverses d'expressions artistiques. Qu'il soit question de pluralisme ou de diversité culturelle, les préoccupations semblent identiques. Néanmoins, il convient de distinguer les deux termes. En effet, la diversité se rattache à ce « *qui présente plusieurs aspects, plusieurs caractères différents* »²²⁷, tandis que le pluralisme se rapporte à « *l'existence d'opinions politiques et religieuses, de comportements culturels et sociaux différents* »²²⁸. La confrontation de ces définitions suppose que la diversité se démarque par sa généralité et que le pluralisme est inextricablement lié à des questions de fond, de contenu. La logique veut alors que l'on parle de diversité en général, dans laquelle se trouve le pluralisme en particulier. Pour soutenir le propos, on peut rappeler que « *la diversité culturelle se manifeste non seulement dans les formes variées à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimée, enrichi est transmis grâce à la variété des expressions, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que*

²²⁵ Observation générale n°3, (1990) : la nature des obligations des Etats parties, (art. 2§1, du Pacte), §9, dans **B. WILSON**, préc.

²²⁶ **P. MEYER-BISCH**, « *La centralité des droits culturels* », *Actes du troisième colloque international des droits de l'homme, Annuaire international des droits de l'homme*, III, 2008, pp.31 et s., p.35

²²⁷ Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, « Divers »

²²⁸ Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, « Pluralisme »

soient les moyens et les technologies utilisées »²²⁹. Cette conception extensive de la diversité culturelle commande que la question du droit du public à la diversité artistique soit alors analysée eu égard à la diversité des formes (I) et le pluralisme des contenus (II).

I. La diversité des formes

734. La diversité des formes d'expression artistique provient de leur support ainsi que de la manière dont elles s'exercent. Deux éléments principaux ressortent. Toutes les formes artistiques ne sont pas identiques et n'ont pas les mêmes besoins en termes de protection. Les expressions artistiques empruntent des supports différents pour être communiquées. Certaines expressions nécessitent des structures adaptées à leur diffusion. En outre, les différents secteurs de l'industrie de l'art utilisent des modèles économiques différents pour assurer leur survie. Dans un premier temps, la diversité exige une protection structurelle, à savoir une diversité des moyens de réception pour le public, que ce soit de structures l'accueillant ou des moyens techniques à leur portée (A). Dans un second temps, l'accent est à mettre sur une protection des différents secteurs artistiques, qu'ils soient vulnérables économiquement ou enclin à une trop forte marchandisation (B).

A/ Une diversité structurelle

735. La Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles prévoit que les États peuvent « *adopter des mesures destinées à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire* »²³⁰. Ces mesures viseraient, notamment, à offrir « *des opportunités aux activités (...) culturel(le)s* », « *établir et soutenir, de façon appropriée, les institutions de services public* »²³¹ au service de la culture. Elles reviennent alors à fournir les moyens de la réalisation de l'échange artistique. Une telle exigence, visant l'ensemble des activités culturelles, touche tant la réception des œuvres que des

²²⁹ Définition de la diversité culturelle au sein de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, UNESCO, du 20 octobre 2005, entrée en vigueur le 18 mars 2007

²³⁰ Article 6,1 de la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles, préc.

²³¹ Article 6,2 de la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles, préc.

spectacles²³². L'État ne doit pas simplement s'abstenir de s'ingérer dans l'échange artistique ; il doit l'initier quand il ne peut exister sans son aide. Cette charge de l'État se concentre sur les infrastructures permettant la diffusion des œuvres et des spectacles. Une telle protection s'impose « *au nom de l'égalité matérielle et financière des individus, provoquant sur un plan géographique l'aménagement volontaire du territoire culturel, pour faire en sorte que la culture soit accessible à tous, surtout si la culture est un droit et l'objet de véritables services publics* »²³³. La fondamentalisation des droits culturels engendre donc « *des obligations positives (nécessaire afin) d'assurer la jouissance effective* »²³⁴ de lieux publics d'échange artistique. En effet, une part des établissements conventionnés œuvrant dans le domaine de la culture participe à une mission de service public culturel²³⁵. L'existence de cette mission affirme le caractère d'intérêt général de la mission entreprise par l'État, imposant sa garantie. Alors, si le doute devait encore persister sur une telle obligation, elle semble inévitable car les droits de l'homme ne visent pas qu'à « *respecter l'identité (...) culturelle (...) mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité* »²³⁶.

736. La jurisprudence européenne a mis en lumière une telle garantie. La Commission EDH a d'abord affirmé que les régimes d'autorisation évoqués à l'article 10 de la CEDH n'excluaient pas l'hypothèse d'un monopole public de l'État sur les moyens de communication²³⁷. Les juges, dans l'arrêt *Informationsverein Lentia*²³⁸, tout en condamnant le monopole public, ont estimé

²³² La Cour européenne semble admettre une telle protection. En effet, au sein de l'arrêt *Dajvit An*, « *le gouvernement défendeur affirme en outre qu'il est impossible de qualifier de « réunions » au sens de l'article 11 de la Convention les rassemblements mentionnés par le requérant, tels que des expositions, festivals, concerts, foires et réceptions. Selon lui, cette disposition ne s'applique pas aux rassemblements à caractère récréatif ni aux occasions où des personnes se rencontrent pour le plaisir de se retrouver ensemble* ». Ainsi, le gouvernement tendait à prouver que ces événements ne faisaient l'objet d'aucune protection spécifique. La Cour ne souscrit pas à cette thèse, elle rappelle ici le principe selon lequel la liberté de réunion « *ne doit pas faire l'objet d'une interprétation restrictive* ». (Cour EDH, *Djavit An*, 20 fév. 2003, §44) De là, la Cour faisant de l'article 10, la *lex specialis* de la liberté artistique, est apte à protéger les activités artistiques

²³³ **A.-H. MESNARD**, « *L'harmonisation des politiques culturelles* », AJDA, 2000, n° spécial, pp.103 et s., p.103

²³⁴ Cour EDH, *Djavit An*, préc.

²³⁵ On peut voir que « *des groupements d'intérêt public, dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière, peuvent être constitués par convention entre l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des associations et toute autre personne morale de droit privé, pour exercer pendant une durée déterminée des activités dans les domaines de la culture ainsi que pour créer ou gérer ensemble des équipements ou des services d'intérêt commun nécessaires à ces activités* ». Article 1^{er} du décret n°91-1215 du 28 novembre 1991 (J.O. 4déc. 1991). La loi n° 2002-6 du 4 janvier 2002 (art. 1er), a créé les établissements publics de coopération culturelle. (art. L. 1431-1 du code général des collectivités territoriales). Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent constituer avec l'État un établissement public de coopération culturelle chargé de la gestion d'un service public culturel. Ces établissements peuvent exploiter des salles de spectacle.

²³⁶ Cour EDH (Gde Ch.), *Gorzelik c. Pologne*, 17 février 2004, §93

²³⁷ Com. EDH, *X. c. Suède*, 07 fév. 1968.

²³⁸ Cour EDH, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 nov. 1993

qu'il pouvait favoriser la diffusion équilibré d'opinions diverses²³⁹. La légitimation passée des monopoles publics, avant de devenir une source de restriction²⁴⁰, reflétaient bien l'obligation pour l'État de créer les conditions de communication entre les individus. C'est donc, en premier lieu, aux autorités publiques d'assurer un échange pluraliste par une intervention dans les moyens et structures de communication²⁴¹. Ce n'est que lorsque l'État a su garantir un espace diversifié de communication, qu'il est en mesure de laisser place à la délégation de service public²⁴² ou à une alternative privée de l'ordre du complément²⁴³ pour le public. L'État n'est bien évidemment pas « *le garant absolu de la vie culturelle* »²⁴⁴. Il bâti, tout de même, le socle sans lequel son développement n'est pas possible.

737. Une telle obligation est donc limitée. Le développement des infrastructures à vocation artistique dépend essentiellement de leur coût. Les exigences du public ne vont pas jusqu'à obliger chaque commune à posséder un cinéma, une salle adaptée à l'ensemble des spectacles vivants, aux expositions, voire à l'ensemble des activités artistiques. La Cour de Strasbourg évalue classiquement l'étendue d'une obligation positive en termes de « *ressources et de priorité* ». La volonté de diversifier les moyens d'échange artistique ne peuvent donc « *imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* »²⁴⁵. Le rôle du juge est de comparer l'offre

²³⁹ Une telle interprétation peut se retrouver au sein de la jurisprudence communautaire. En effet, même si l'obligation de *must carry* (obligation de portage) apparaît comme une restriction à la liberté de prestation de services, elle est acceptable lorsqu'elle « *s'inscrit dans une réglementation qui poursuit un but d'intérêt général, tel que le maintien, au titre de la politique culturelle de l'Etat concerné, du caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision de ce territoire* ». **A. RAYNOUARD**, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n°2, 2008, p.139 Note sous, CJCE, 13 déc. 12007, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), Wolu TV ASBL C. Etat Belge*

²⁴⁰ Les monopoles d'État sont devenus, à travers le temps, restrictifs en ce qu'il ne permettait pas les initiatives privées. En France, la loi n°81-994 du 9 novembre 1981 est venue abolir le monopole d'Etat radiophonique. Le film *Good Morning England* de Richard Curtis, met en scène la critique du monopole radiophonique au Royaume-Uni.

²⁴¹ En ce sens : Recommandation du Comité des Ministres (2007)2 du 31 janvier 2007 sur le pluralisme des médias et la diversité du contenu des médias, Résolution du Parlement européen du 25 septembre 2008 sur la concentration et le pluralisme dans les médias dans l'Union européenne (2007/2253(INI))

²⁴² Voir en ce sens, pour la délégation d'un service public culturel en tant qu'activité d'intérêt général. **C. MONDOU**, « *Le champ d'application de la délégation de service public. A propos de la qualification d'une subvention à une association* », Note sous CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Section, n°284 736. Une mission de service public par une personne privée peut simplement résulter de la reconnaissance par la puissance publique de l'intérêt général d'une mission dont la personne privée a pris l'initiative. (CE, 18 mai 2004, n°370169). **F. SENERS**, « *Une personne privée peut prendre en charge un service public culturel même en dehors de toute délégation de service public* ». Note sous CE, 6 avril 2007, préc.

²⁴³ Dans un arrêt du 5 octobre 2007, le Conseil d'Etat s'est focalisé le « *complément de culture* » que pouvait apporter l'exploitation d'une salle de cinéma, sa « *politique culturelle* », pour rechercher si l'exploitation relevait du service public. En l'espèce même si le Conseil d'Etat ne voit pas de service public dans l'exploitation elle n'en retire pas le caractère d'intérêt général de l'activité. **A. MENEMEMIS**, « *Le cinéma, entre APREI et commune d'Aix-en-Provence* », *Droit Administratif*, déc. 2007, comm.65, pp.12 et s., note sous CE, 5 oct. 2007, *Société UGC-CINE-CITE*

²⁴⁴ **P. MOULINIER**, *Politique culturelle et décentralisation*, L'Harmattan, 2002, p.271

²⁴⁵ Cour EDH, *Appleby c. Royaume-Uni*, 06 mai 2003

aux attentes légitimes du public. Si cette analyse révèle un manquement, il faut donc qu'il ne puisse être justifié par une question de ressource, limitant ainsi l'obligation de l'État.

738. Une telle analyse conforte l'existence d'une obligation de l'État à fournir des structures et des moyens pour créer l'échange artistique. Toutefois, cette obligation est à appréhender avec souplesse. Elle reste limitée qu'aux manquements flagrants relevant d'une politique culturelle défailante. Cette protection des lieux d'échange doit se compléter d'un effort canalisé sur une approche ciblée des divers secteurs du domaine artistique.

B/ Une diversité sectorielle

739. La garantie d'une offre de formes artistiques variées n'implique pas seulement une garantie globale du droit d'accès. Certains secteurs du domaine artistique nécessitent une intervention étatique spécifique en raison de leur vulnérabilité. Cette dernière s'explique pour deux raisons : une fragilité économique ou une forte exposition aux tentations commerciales. Ces circonstances sont de nature à provoquer une rupture de la complémentarité des aspects économiques et culturels du secteur. Par conséquent, les enjeux économiques et le libre jeu de la concurrence engendrent un déclin du pluralisme. Un tel écueil s'évite par la régulation du marché.

740. Déjà utilisé dans le domaine des salles d'exploitations cinématographiques, l'interdiction de prix prédateurs joue en faveur de la diversité. Les prix prédateurs sont ceux « *ne poursuivant aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite tirer profit de la réduction du degré de concurrence existant encore sur le marché* »²⁴⁶. La réduction du coût de la réception paraît *a priori* favorable au droit individuel de recevoir. En effet, elle est économiquement profitable à l'individu car elle facilite lui l'accès au message²⁴⁷. Or, cet apport ne se conçoit qu'à court terme. À long terme, il nuit au droit du public à la réception. En effet, la réduction des prix, si elle élimine la concurrence, appauvrit l'offre artistique d'un secteur. Le public, derrière la croyance de trouver un avantage économique, est

²⁴⁶ M. CHAGNY, « *Les prix prédateurs devant le Cour de justice : du nouveau ?* », CCE, juil.-août 2009, comm.65, pp.29 et s., note sous CJCE, 2 avril 2009, C-202/07, *France Télécom SA c. Commission*

²⁴⁷ En effet, le coût de la réception peut apparaître comme une contrainte. Au contraire la gratuité de la réception serait un facteur de nature à attirer les individus vers le message. En ce sens : Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, §36

dépossédé d'une offre diversifiée, que ce soit en termes économiques ou culturels. L'idée déjà évoquée d'aboutir à la gratuité de l'art pour l'individu vole en éclat si, en amont, elle se fait à l'encontre du droit du public. L'interdiction des prix prédateurs, qui régule la situation économique d'un secteur soumis à la concurrence, peut s'étendre à l'ensemble du domaine artistique. Du moins, cet exemple démontre que la régulation de domaines spécifiques est inévitable.

741. L'État a émis cette volonté que la propension à la commercialisation de l'art ne dénature pas la cohésion d'ensemble des divers secteurs artistiques. Pour ce faire, il a restreint les recours possibles à la publicité de certains secteurs. L'État a donc accordé un accès progressif à la promotion des œuvres²⁴⁸. Cette libéralisation pouvait apparaître néfaste au « *pluralisme des médias* ». Il était donc préférable « *d'accompagner les mutations* » des différents secteurs en vue de « *ne pas remettre en cause les équilibres actuels* ». Il fut alors considéré qu'un « *échelonnement dans le temps permet(tait) d'assurer une progressivité de l'ouverture du secteur de la distribution, permettant aux autres médias, notamment la presse écrite et la radio, de s'adapter aux pertes de recettes qu'ils pourraient subir* »²⁴⁹. Bien que louable dans l'esprit, la prudence marquée dans l'ouverture à la publicité ainsi que les raisons de son évolution révèlent un protectionnisme dépassé et dévoyé.

742. La Commission européenne a remis en cause, le 7 mai 2002, l'article 8 du décret du 27 mars 1992 édictant les restrictions publicitaires relatives à l'édition littéraire et au cinéma. De telles mesures avaient été prises afin de protéger ces secteurs contre les incidences néfastes du caractère consumériste de la publicité ; une pleine concurrence dans ces secteurs aurait conduit à une fragilisation. Bien que le principe de cette protection n'ait été remis en cause, la Commission a affirmé douter de « *la proportionnalité de la mesure et (...) s'interroge sur l'existence d'autres moyens permettant d'atteindre les mêmes objectifs, moins restrictifs que l'interdiction totale de la publicité télévisée pour les secteurs concernés* »²⁵⁰. L'interdiction de l'accès à la publicité a donc

²⁴⁸ Le Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de téléachat n'interdit plus la publicité pour l'édition musicale (autorisé depuis 1988) et l'édition vidéo (autorisé depuis 1989). Depuis le 01 janvier 2004 le secteur de la littérature a fait l'objet d'une ouverture partielle aux chaînes diffusées par câble et satellite.

²⁴⁹ Rapport d'information n° 413 (2004-2005) de M. Philippe LEROY, fait au nom de la délégation du Sénat pour la planification, déposé le 21 juin 2005

²⁵⁰ **F.-J. CABRERA BLAZQUEZ**, « *La réglementation publicitaire française dans le collimateur de la Commission européenne* », Observatoire européen de l'audiovisuel, IRIS 2002-6 : 13/29

constitué une entrave à la libre prestation de service protégée par l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne²⁵¹.

743. Cette interdiction d'accès à la publicité serait tout aussi condamnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, l'impossibilité, pour ces secteurs fragiles, d'utiliser la publicité télévisée, les prive d'un des médias ayant les effets les plus « *immédiats et puissants* »²⁵². Si « *ceux qui promeuvent (les) œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le §2 de l'article 10* »²⁵³ de la CEDH, le principe veut qu'ils aient, avant tout, un droit à la promotion. Cette restriction, sous couvert de l'intérêt général, se heurte à la jurisprudence de la Cour EDH. Malgré sa nature publicitaire, le message est « *bien périssable* »²⁵⁴. Il fait office d'information sur une œuvre, peu importe « *la nature lucrative ou non du but recherché* »²⁵⁵. La peur du développement d'une publicité plus persuasive qu'informatrice entraîne donc « *une restriction préalable à la circulation* »²⁵⁶ des informations.

744. Le Conseil d'État a pourtant validé la restriction revenant à une ouverture partielle du secteur littéraire à la publicité. Cependant, ses motivations sont fortement critiquables. Selon le Conseil d'État, la publicité n'est ouverte qu'aux diffusions télévisuelles par câble et satellite afin de garantir « *l'objectif d'intérêt général d'apporter de nouvelles ressources à ces services, dont l'économie est fragile, tout en évitant des transferts trop importants de budgets publicitaires de la presse vers la télévision et la concentration des messages publicitaires à la télévision au bénéfice des sociétés d'édition les plus importantes* »²⁵⁷. L'interprétation du Conseil d'État corrobore la vocation affichée de cette ouverture ; une libéralisation qui n'est destinée « *(qu')à favoriser le développement des nouveaux modes de diffusion* » par le biais de « *recettes publicitaires supplémentaires générées par l'ouverture* »²⁵⁸. Rappelons d'ailleurs que la réforme de l'article 53 de la loi du 30 septembre 1986²⁵⁹ par la loi du 5 mars 2007, a créé une nouvelle restriction de la publicité sur le service public de l'audiovisuel²⁶⁰. Il apparaît que la volonté de

²⁵¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, version consolidée, 30 mars 2010

²⁵² Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994, §31

²⁵³ Cour EDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, §34

²⁵⁴ Cour EDH, *Edition Plon c. France*, 18 mai 2004, § 42

²⁵⁵ Cour EDH *Casado Coca c. Espagne*, 24 fév.1994, §35

²⁵⁶ Cour EDH, *Edition Plon c. France*, 18 mai 2004, § 42

²⁵⁷ CE, *Société TMC et société Pathé Régie*, 13 mars 2006, n°262348

²⁵⁸ Rapport d'information n° 413 (2004-2005) de M. Philippe LEROY, fait au nom de la délégation du Sénat pour la planification, déposé le 21 juin 2005

²⁵⁹ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

²⁶⁰ Article 28 de la loi n°2009-258 du 5 mars 2009. « VI. — *Les programmes diffusés entre vingt heures et six heures des services nationaux de télévision mentionnés au I de l'article 44, à l'exception de leurs programmes*

restreindre l'accès à la publicité se fonde sur des intérêts purement économiques étrangers à la protection des secteurs touchés. Les questions de la sauvegarde de la diversité des secteurs artistiques et du droit du public à la réception ou à l'information sont purement et simplement oubliées.

745. Que penser de l'influence de la réglementation publicitaire sur la sauvegarde de la diversité des secteurs artistiques ? La protection originelle des secteurs artistiques a dérivé vers une régulation économique des médias. L'art est ici instrumentalisé, la capacité informative de la publicité au profit du public est niée. L'ensemble de la réglementation doit être repensée, ne serait-ce qu'en considérant les techniques modernes de communication et le public. La réalité du recours au parrainage dans les émissions télévisuelles, notamment à vocation littéraire, ne permet pas une information objective et diversifiée dans le contenu. Elle est faussée par des arrangements antérieurs non visibles par le public. L'Union européenne a donc réagit face à cette situation. La Directive du 10 mars 2010 relative aux services de médias audiovisuels est venue réglementer le recours au parrainage et au placement de produit dans les médias. Sans les interdire de manière absolue, ces pratiques sont fortement limitées par la protection des consommateurs. Les articles 10 et 11 de la Directive imposent que « *les téléspectateurs [soient] clairement informés de l'existence* »²⁶¹ de la pratique. Ces informations doivent permettre aux récepteurs de clairement identifier la pratique « *afin d'éviter toute confusion* »²⁶² sur le caractère commercial de la communication audiovisuelle. L'Union européenne, contrairement à la France, ne cherche pas interdire la publicité. Toutefois, elle la réglemente pour poursuivre l'objectif de protection du récepteur-consommateur.

746. Refuser de prendre en compte l'incidence du droit du public à l'information en la matière, c'est préférer lui offrir peu d'informations de mauvaises qualités, qu'un ensemble d'informations potentiellement bénéfique. Surtout, l'ingérence de l'État dans la sauvegarde de la diversité des formes artistiques ne peut jouer sur la confusion entre la favorisation de l'accès aux formes existantes et une hostilité à leur mutation. La garantie d'une diversité de formes artistique

régionaux et locaux, ne comportent pas de messages publicitaires autres que ceux pour des biens ou services présentés sous leur appellation générique. Cette disposition s'applique également aux programmes diffusés par ces services entre six heures et vingt heures à compter de l'extinction de la diffusion par voie hertzienne terrestre en mode analogique des services de télévision mentionnés au même I sur l'ensemble du territoire métropolitain. Elle ne s'applique pas aux campagnes d'intérêt général... »

²⁶¹ Articles 10 et 11 de la Directive du Parlement européen et du Conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010

²⁶² Article 11 de la Directive 2010/13/UE

est essentielle pour que chaque artiste, quel que soit son art, puisse s'exprimer. Néanmoins, une telle diversité ne doit pas servir à masquer une déficience dans le pluralisme des idées propagées.

II. Le pluralisme de fond

747. « *Le pluralisme est une conception de l'ordre politique et juridique* »²⁶³ soutenant la diversité des idées et opinions. Ainsi, la puissance de la démocratie réside dans sa capacité garantir un accès à l'art pour tous. Or, les États font face à l'absence d'unicité de l'identité culturelle du public. Lorsqu'il est question de respecter le pluralisme en matière artistique, un facteur d'ordre culturel est à considérer. Plus communément dénommée diversité culturelle, cette composante offre une appréhension culturelle, et non politique, du pluralisme ; si dans le public, il peut exister une culture dominante, l'art proposé ne peut pas être le reflet de cette seule culture. En effet, le droit individuel au libre choix des messages artistiques ne prospère que si, en amont, le public bénéficie d'une offre culturellement diversifiée. Le public étant par essence hétéroclite, les individus qui le composent doivent pouvoir accéder à des messages artistiques propres à leur culture. C'est à l'État d'assurer aux « *différents groupes de la société – y compris des minorités culturelles, linguistiques, ethniques religieuses ou autres – la possibilité de recevoir ou de communiquer des informations, de s'exprimer et d'échanger des idées* »²⁶⁴. Dès lors, l'exigence de pluralisme, en tant que diversité des contenus, exige la mise en œuvre des conditions nécessaires au libre jeu des idées artistiques plurales (A). En sus, la sauvegarde du pluralisme laisse une possibilité d'ingérence de l'État dans la liberté artistique (B).

A/ Le libre jeu des expressions culturelles plurielles

748. La détermination des cultures ne s'établit pas en termes de frontière. Aboutir à un accès à des expressions culturelles diversifiées, dans un même espace, commence par les laisser se propager. L'abstention de toute ingérence est, dans un premier temps, de rigueur. La reconnaissance de la diversité culturelle, emportant la variété des contenus artistiques, semble

²⁶³ O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, p.756, dans S. LETURCO, *Standards et droits fondamentaux devant le conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique tome 125, L.G.D.J, p.121

²⁶⁴ Conseil de l'Europe, Recommandation 2007 (2) du Comité des Ministres aux Etats membres sur le pluralisme des médias et la diversité du contenu des médias, 31 janvier 2007

acquise²⁶⁵. En effet, le pluralisme des contenus, élément essentiel de la diversité culturelle, « a toujours été une caractéristique européenne dominante ainsi qu'un objectif politique fondamental dans le processus de construction européenne, et (...) elle revêt une importance particulière dans la création de la société de l'information et du savoir du 21^e siècle »²⁶⁶. Le respect de « la diversité culturelle et linguistique »²⁶⁷ sur les services de médias audiovisuels est un des objectifs affichés de l'Union européenne.

De son côté, le Conseil de l'Europe a incité les États membres à définir des « politiques visant à assurer la reconnaissance et l'expression des différentes formes de la diversité culturelle coexistant sur leur territoire »²⁶⁸. Appuyé par le concept voisin de l'égalité des cultures²⁶⁹, la diversité, sur le plan artistique, impliquerait « l'accès équitable à une gamme riche et diversifiée d'expressions culturelles provenant du monde entier et l'accès des cultures aux moyens d'expression et de diffusion »²⁷⁰. D'autant que cette notion est un pan culturel de l'exigence de pluralisme maintes fois rappelée par la Cour EDH²⁷¹. Les objectifs culturels de l'article 10 de la Convention européenne sur la télévision transfrontière²⁷², sa massive protection dans les textes internationaux²⁷³, placent la diversité culturelle comme composante essentielle de la liberté artistique.

749. La diversité culturelle doit envisager une libre circulation transfrontalière des idées quelle que soit leur provenance et leur langue. Le caractère transfrontalier du droit à la réception, affirmé par le Cour EDH, est une exigence primordiale²⁷⁴. Les arrêts *Association Ekin*²⁷⁵ et

²⁶⁵ A plus forte raison par sa protection par la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne dans son article 22, qui par la ratification du Traité de Lisbonne tend à prendre une force contraignante.

²⁶⁶ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Déclaration sur la diversité culturelle du 7 décembre 2000, Préambule

²⁶⁷ Directive du Parlement européen et du Conseil, 2010/13/UE, 10 mars 2010, (12)

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ « La protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles impliquent la reconnaissance de l'égalité des dignités et du respect de toutes les cultures, y compris celles des personnes appartenant aux minorités et celles des peuples autochtones. » Article 2, 3), de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, Voir de même l'article 1^{er} de la Déclaration de l'UNESCO du 4 novembre 1966

²⁷⁰ Article 2, 7), *Ibid.*

²⁷¹ « Le pluralisme repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques. Une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale ». Cour EDH, *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, §92, Cour EDH, *Baczowski c. Pologne*, 03 mai 2007, §62

²⁷² Article 10 de la Convention sur la télévision transfrontière, 05 mai 1989, Conseil de l'Europe. Cependant, les objectifs culturels de cette convention ne concernent que les œuvres européennes.

²⁷³ Notamment : Article 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 7 déc. 2000, Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, du 20 oct. 2005 UNESCO, entrée en vigueur le 18 mars 2007

²⁷⁴ En ce sens, Cour EDH, *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990. Voir aussi l'article 2 bis de la directive 89/552/CEE révisée dite par la Directive 2007/65/CE du 11 déc 2007 qui met en avant la liberté de réception transfrontalière en matière de services de média.

*Ulusoy*²⁷⁶ ont offert une vision intéressante en matière d'accès en fonction de la langue de l'œuvre. Dans la première affaire, le gouvernement français avait interdit un livre basque publié en différentes langues. Dans la deuxième affaire, le gouvernement turc s'était opposé à une pièce de théâtre dont la langue était le kurde. Implicitement dans la première affaire, explicitement dans la deuxième, la Cour a dénoncé les motivations des juges internes retenant la langue étrangère comme source potentielle de restriction. Les messages artistiques en langue étrangère ne sont plus alors des sources de danger, mais des ressources à protéger. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles va dans ce sens. Elle incite l'État à prendre des mesures qui « *offrent des opportunités aux activités, biens et services culturels (...) y compris les mesures relatives à la langue utilisée* »²⁷⁷. Pour une réelle prise en compte de la diversité, il aurait été préférable, dans le vocabulaire, d'encourager les mesures relatives aux langues utilisées. Néanmoins, la philosophie de ladite convention s'oriente vers l'idée d'un accès adaptée aux individus à raison de la langue.

750. Un respect du pluralisme de fond passe en priorité par la garantie de la libre circulation des messages artistiques sans restriction fondée sur la langue. Toutefois, la seule abstention ne saurait suffire. L'accroissement des technologies de communication à l'échelle mondiale et « *l'évolution des politiques commerciales multilatérales ont un impact sur la diversité culturelle* »²⁷⁸. L'ouverture des espaces de communication qui, *a priori*, profite à la diversité peut tout autant la menacer²⁷⁹. Ce n'est alors que par l'exigence d'un pluralisme soutenu que la diversité peut prospérer.

²⁷⁵ Cour EDH, *Association Ekin c. France*, 17 juillet 2001

²⁷⁶ Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, 03 mai 2007

²⁷⁷ Art 6.2 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, préc.

²⁷⁸ Préambule de la déclaration du Comité des Ministre du Conseil de l'Europe sur la diversité culturelle du 7 décembre 2000,

²⁷⁹ « *La mondialisation qui abolit les distances en se nourrissant des technologies modernes, se révèle être, sans doute, la première menace contre la diversité de la culture, celle-ci étant abandonnée aux seules lois du « marché », notamment du divertissement* ». **P. LAMBERT**, propos introductifs, *Actes du troisième colloque international des droits de l'homme, Diversité Culturelle et droits de l'homme, Annuaire international des droits de l'homme*, III, 2008, p.24

B/ Le pluralisme soutenu

751. L'art est « *un capital, (à savoir) l'ensemble des créations passées et présentes* »²⁸⁰. Sa protection exige une contribution de l'État. Cette idée d'ingérence appelle à la prudence. En effet, lorsque les autorités prennent des mesures, c'est bien souvent pour favoriser une culture contextuellement supposée fragile ou d'un intérêt particulier. Or, le soutien d'une culture ne doit pas s'effectuer au détriment des autres. Afin d'éviter un tel écueil, la mission de soutien de l'État est à concentrer sur deux exigences : la sauvegarde (1) et l'émergence des cultures (2).

1) La mission de sauvegarde du pluralisme

752. Le développement tant économique que technique du domaine artistique est susceptible de conduire à une « *domination des forts sur les faibles* »²⁸¹. Supposées moins rentables et noyées dans la masse des médias, certaines expressions artistiques deviennent peu accessibles et faiblement diffusées. D'autres doivent leur faible accessibilité au simple passage du temps. Ainsi, deux missions de sauvegarde s'envisagent : une régulation de la diffusion au profit d'expressions artistiques vulnérables et la protection du patrimoine artistique.

753. Tout d'abord, une régulation de la diffusion peut favoriser le respect de l'identité culturelle d'une part de la population. Elle offre une protection des œuvres de langue nationale²⁸², issue d'une tradition régionale, ou d'origine européenne. Le paradoxe est que la prise de mesures provient originellement de l'hostilité à la libéralisation de la culture. Elle a poussé les États à user « *de moyens d'intervention ou de correction (...) dans le cadre des politiques culturelles nationales* »²⁸³ pour assurer un certain socle identitaire en matière artistique. Les « *effets pervers d'homogénéisation au bénéfice des cultures les plus puissantes en moyens* » aboutiraient à « *une réduction de la diversité* »²⁸⁴. Même si la question de « *l'exception culturelle* »²⁸⁵ apparaît comme un échec, ces mesures perdurent de manière légitime. Un

²⁸⁰ D. SZYMZACK, « *Droits culturels* », op.cit., n°6

²⁸¹ F. HUWART, JO Assemblée nationale, 26 oct. 1999, p.8097-8098, à propos de l'OMC.

²⁸² Par exemple, la loi n°94-88 du 1^{er} février 1994 impose aux radios des quotas de diffusion de chansons d'expression française. Modifié par loi 1^{er} août 2000

²⁸³ H. RUIZ FABRI, « *Jeux dans la fragmentation : la convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles* », Revue Générale de Droit International Public, 2007, pp.43-87, p.52

²⁸⁴ *Ibid.*, p.53

²⁸⁵ *Ibid.*, p.52

appauvrissement de la diversité n'est pas acceptable si elle est justifiée par le « *choix des consommateurs* »²⁸⁶ et non des individus culturellement intéressés. L'uniformisation culturelle par l'absence de prise en compte de l'intérêt de l'Homme à la culture nie l'existence même de droits culturels. Cette uniformisation va à l'encontre de la reconnaissance l'hétérogénéité latente du public ainsi que l'idée selon laquelle l'art est un moyen d'accéder à d'autres cultures²⁸⁷. En effet, l'art ne peut être utilisé pour permettre d'édicter des normes culturelles ou d'entraver la promotion de la diversité par la protection d'une identité culturelle majoritaire. C'est pourquoi le Conseil de l'Europe s'est donné pour objectif « *de promouvoir la formation d'une véritable identité culturelle européenne (car) l'Europe abrite de nombreuses cultures différentes qui toutes, y compris les multiples cultures minoritaires, concourent à sa diversité* »²⁸⁸.

754. Une recherche d'universalité par la diversité ne prive pas les autorités de prendre des mesures « *pour assurer le maintien (...) et la diffusion (...) de la culture* » majoritaire de l'État²⁸⁹. La fonction des droits de l'homme et le rôle de la Cour EDH n'ont pas pour but d'attenter à l'identité culturelle d'un État. Le principe de subsidiarité laisse une marge d'appréciation aux autorités. Elles peuvent assurer une régulation de la diffusion artistique qui mêle identité et diversité culturelle. Cependant, elles ne sauraient effectuer cette régulation que sous couvert d'une ingérence proportionnée qui n'attente pas à la diversité. Par exemple, les quotas de chansons francophones à la radio, non démentis par la CJUE²⁹⁰, démontrent une attitude étatique qui, tout en étant volontariste, reste prudente. En effet, ces quotas sont mis en

²⁸⁶ *Ibid.* p.53

²⁸⁷ La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, définition de l'expression culturelle du 20 octobre 2005 a pour objectif de permettre « *aux cultures de s'épanouir et interagir librement de manière à s'enrichir mutuellement* » et de « *stimuler l'interculturalité* ». article 1er

²⁸⁸ Recommandation de l'Assemblée parlementaire de Conseil de l'Europe n°1203 (1993) relative aux Tsiganes en Europe, observations générales.

²⁸⁹ Pourtant, il peut être mis en avant que le droit communautaire, par le Traite de Rome ne prévoit que peu de restrictions à la liberté de circulation des marchandises en matière culturelle. L'article 30 CE autorise les Etats membres de prévoir des « *interdictions ou restrictions (...) justifiées par des raisons (...) de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique ...* ». Néanmoins, cette conception étroite des pouvoirs nationaux en matière de culture ne s'applique qu'à la circulation des marchandises, les mesures de régulation explicitées intervenants dans le cadre de la prestation de service. De plus, il apparaît que « *le véritable leitmotiv des dispositions des traités relatives à la culture est le respect de la diversité des cultures nationales et régionales* ». Cette interprétation converge avec la pratique étatique. **J. GERKRATH**, « *Libre-échange et diversité culturelle : de l'antagonisme à la conciliation* », *Légicom* n°36, 2006/2, pp.21 et s., p.23

²⁹⁰ CJCE, 1989-11-28, *Groener*, Recueil p. 3965, sur la sauvegarde et protection de la langue nationale ; CJCE, 1991-02-26, *Commission c/ France*, Recueil p. I-659 sur l'intérêt général lié à la meilleure diffusion possible des connaissances relatives au patrimoine artistique et culturelles d'un pays ; CJCE, 1991-07-25, *Gouda*, Recueil p.I-4007, sur l'intérêt de maintenir une certaine qualité des programmes dans le cadre d'une politique culturelle. De même, CE ass., 8 avril 1998, *Société SERC-Fun Radio*, n°161-411

place en fonction des différents publics des radios²⁹¹. Partant, l'hétérogénéité du public implique que la mission de sauvegarde de l'État, aussi légitime soit-elle, ne puisse être un frein à la promotion de la diversité culturelle.

755. Ensuite, l'ingérence de l'État doit assurer la conservation du patrimoine artistique à travers le temps²⁹². Envisager une obligation de conservation appelle à un lien étroit avec la notion de patrimoine culturel. L'art en est une part intégrante car il « *recouvre l'ensemble des traces des activités humaines qu'une société considère comme essentielles pour son identité* »²⁹³, tels que les « *biens présentant un intérêt culturel* »²⁹⁴. Selon Arnaud Perrier, « *la gestion du patrimoine culturel centrée sur la conservation, la préservation et l'utilisation des biens doit respecter les dispositions protectrices édictées pour en garantir l'accès* »²⁹⁵ au public. L'auteur met alors en avant que le droit du public confère une mission à ceux qui ont la charge « *de biens à vocation transgénérationnelle* » assimilable à « *un service public de conservation* »²⁹⁶. L'objectif de réception du patrimoine culturel laisse penser que « *pour chaque individu déterminé, le droit d'accès à la culture peut être un droit subjectif concret et effectif* »²⁹⁷. Or, une appréhension de cette mission de conservation de l'art n'est pas envisager de manière individualiste car l'intérêt qui s'y rattache « *n'est pas la somme des intérêts particuliers* ». « *L'intérêt social a pour bénéficiaires des hommes de la génération présente et des générations futures* »²⁹⁸. L'indétermination du sujet collectif du droit du public est la mieux à même de prendre en compte globalement la problématique.

²⁹¹ La loi du 1^{er} août 2000, modifiant la loi du 1^{er} août 1986, oblige les services radiophoniques à un quota de diffusion de chansons francophones en fonction de l'orientation de la radio. Les radios généralistes s'obligent à ce que les chansons francophones s'élèvent à 40% de la programmation. Les quotas des radios spécialisés dans la mise en valeur du patrimoine sont de 60%, 35 % pour les radios jeunes. Globalement inférieur à la moitié de la programmation, cette proportion ramenée au contexte français ne semble pas excessif.

²⁹² « *Le Comité intergouvernemental de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel a considéré que douze éléments du patrimoine culturel immatériel de huit pays nécessitaient des mesures urgentes de sauvegarde* ». Notamment, « *la paghjella (qui) est une tradition de chants corses interprétés par les hommes. La paghjella fait un large usage de l'écho et se chante a capella dans diverses langues parmi lesquelles le corse, le sarde, le latin et le grec. Malgré les efforts des praticiens pour réactiver le répertoire, la paghjella a progressivement perdu de sa vitalité du fait du déclin brutal de la transmission intergénérationnelle due à l'émigration des jeunes et de l'appauvrissement du répertoire qui en a résulté. Si aucune mesure n'est prise, la paghjella cessera d'exister sous sa forme actuelle, survivant uniquement comme produit touristique dépourvu des liens avec la communauté qui lui donnent son sens véritable* ». UNESCO : Le chant corse et un rite de pêche malien nécessitent des mesures de sauvegarde », 1^{er} Oct. 2009, Dépêche du service d'information des Nations Unies.

²⁹³ **A. PERRIER**, *Le patrimoine culturel en droit privé*, Thèse, op.cit., p.5

²⁹⁴ *Ibid.*, p.9

²⁹⁵ *Ibid.*, p.121

²⁹⁶ *Ibid.*, p.130

²⁹⁷ *Ibid.*, p.86

²⁹⁸ *Ibid.*, p.115

756. Cette mesure, largement plébiscitée par les instruments internationaux²⁹⁹ cherche à s'étendre logiquement au patrimoine culturel immatériel³⁰⁰. En effet, la protection du patrimoine culturel se développe et possède une définition de plus en plus extensive. Outre la protection du patrimoine culturel immatériel, la loi du 1^{er} août 2000 relative aux quotas de diffusion de chansons francophones à la radio vise explicitement les radios spécialisées dans la mise en valeur du patrimoine musical. Cette extension de protection y inclut l'ensemble du domaine artistique à travers le temps. L'arrêt *Akdas*³⁰¹ de la Cour EDH l'illustre. En l'espèce, les juges ont affirmé que le roman *Les onze milles verges* de Guillaume Apollinaire faisait partie du patrimoine littéraire européen en raison de son entrée dans la collection *La Pléiade*. On assiste, à travers cette reconnaissance, à une affirmation de la patrimonialité culturelle du roman.

757. La Cour EDH, dans l'arrêt *Kozacioglu*, a consacré une obligation positive de conservation de l'art. En effet, les juges ont estimé « *que la conservation du patrimoine culturel et, le cas échéant, son utilisation durable ont pour but (...) (notamment) la préservation des racines (...) culturelles et artistiques (...). À ce titre, elles constituent une valeur essentielle dont la défense et la promotion incombent aux pouvoirs publics* »³⁰². Cette protection prend en compte, au-delà des « *biens culturels patrimonialisés* », les produits culturels auxquels se rattachent « *les créations issues des industries culturelles* »³⁰³. Cet ensemble constitue un patrimoine artistique protégeable. Cette mission de conservation du patrimoine artistique à travers le temps par l'État n'a d'intérêt que si elle confère un accès au public et, comme l'affirme l'arrêt *Kozacioglu*, « *son utilisation durable* »³⁰⁴. L'accessibilité, qu'elle soit matérielle ou intellectuelle, s'inscrit donc dans « *les droits du public sur le patrimoine culturel* »³⁰⁵, selon Arnaud Perrier, ou encore un « *droit du public à jouir librement des œuvres* »³⁰⁶ selon M. le Professeur Pierre-Yves Gautier. L'arrêt *Akdas* va dans ce sens. Les juges n'ont pas analysé la restriction en termes de réception, mais « *d'accès du public (...) à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen* »³⁰⁷. Ils ont alors recherché si les autorités avaient respecté le droit d'accès du public à une œuvre figurant dans le patrimoine culturel.

²⁹⁹ Edicté par la Convention de La Haye en 1954 PIDESC, Article 15 (2), Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 16 novembre 1972, UNESCO

³⁰⁰ Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Paris, le 17 octobre 2003

³⁰¹ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010

³⁰² Cour EDH, *Kozacioglu c. Turquie*, 19 fév. 2009, §54

³⁰³ **J.-M. BRUGUIERE**, « *Le rapprochement de bien et de produit culturel* », Légicom n°36 2006/2, pp.9 et s., p.14

³⁰⁴ Cour EDH, *Kozacioglu c. Turquie*, préc., §54

³⁰⁵ **A. PERRIER**, *Le patrimoine culturel en droit privé*, Thèse, op.cit., pp.81 et s.

³⁰⁶ **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.416

³⁰⁷ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, préc., §30

758. L'obligation de conservation du patrimoine artistique en vue de son accès implique un certain interventionnisme. Le droit de l'Union Européenne s'est emparé de la question en matière de conservation du matériel culturel. L'exception de l'article 5§2 c) de la directive 2001/29/CE prévoyant un droit de reproduction pour les actes de conservation³⁰⁸ était une première étape. Elle reste, tout de même, insuffisante en raison de son caractère facultatif et trop spécifique au seul cas de la conservation. La Recommandation du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique³⁰⁹ a offert une approche plus intéressante. La conservation à long terme par la numérisation a l'objectif d'aboutir à « *un point d'accès multilingue commun* »³¹⁰ au profit du public³¹¹. En effet, la fonction essentielle de la liberté artistique étant l'échange artistique, elle impose que le délaissement de la protection de l'artiste s'accompagne d'une garantie accrue de l'accès des œuvres au public. Malgré sa complémentarité avec l'aspect économique de l'art, l'aspect culturel prime avec le temps, ce dernier étant moins périssable. C'est pourquoi l'accessibilité en ligne du patrimoine culturel apparaît comme un nouvel enjeu. Cette conservation ne touche malheureusement que certains domaines artistiques et a, parfois, du mal à subsumer l'art dans la culture³¹².

759. Une grande entreprise de conservation du patrimoine culturel est lancée. Il ne reste plus qu'à souhaiter que l'ensemble du matériel artistique puisse faire l'objet d'une conservation. Si cette conservation est une étape, elle doit être effectuée en vue d'une accessibilité du patrimoine au profit du public. Cette conservation essentielle pour garantir la diversité, est à accompagner d'un soutien à des œuvres issues de cultures peu exposées.

³⁰⁸ Cet article autorise le droit de reproduction pour les « *actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect* ».

³⁰⁹ Recommandation de la Commission 2006/585/CE du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique

³¹⁰ Ibid. (9)

³¹¹ Cette recommandation entend respecter absolument les droits d'auteur et n'a pas pour but d'offrir un libre accès aux œuvres protégées. Ibid. (10)

³¹² Cette mémoire collective comprend les documents imprimés (livres, revues, journaux), les photographies, les pièces de musée, les documents d'archive, le matériel audiovisuel (ci-après dénommés "matériel culturel"). Ibid. (1)

2) La mission d'émergence des cultures vulnérables

760. Sans en venir jusqu'à « *la revendication d'une violation de l'égalité au détriment d'un groupe structurellement vulnérable* »³¹³, la faible représentation de certaines cultures à travers leur art mérite un soutien de l'État. Ce soutien particulier est nécessaire car « *l'accès équitable à une gamme riche et diversifiée d'expressions culturelles provenant du monde entier et l'accès des cultures aux moyens d'expression et de diffusion constituent des éléments importants pour mettre en valeur la diversité culturelle et encourager la compréhension mutuelle* »³¹⁴. Il n'est pas question de rechercher une égalité au sein de l'offre artistique entre les cultures, mais de donner les moyens à des œuvres de cultures diversifiées d'exister dans l'espace d'échange artistique. Déjà observé en matière littéraire lorsqu'il est question d'« *encourager et (...) soutenir la littérature des minorités ethniques* »³¹⁵, une telle intervention est à étendre. La mission, pour l'État, de faire émerger dans l'espace artistique des œuvres de cultures diverses doit être érigé en tant que principe guidant la politique culturelle étatique. La Cour EDH, dans l'arrêt *Akdas*³¹⁶, n'a-t-elle pas montré sa faveur pour un tel principe ? Il le semble. En faisant primer le droit d'accès du public à une œuvre étrangère sur la protection de la morale, elle fait la part belle à la pluralité des cultures dans un espace d'échange artistique en manque de diversité. En effet, si l'œuvre en cause n'était pas en situation de faiblesse dans l'espace européen, en raison de son rayonnement important, elle l'était dans l'espace d'échange artistique visé par la publication litigieuse.

761. Une telle mission, même consacrée, reste difficile à mettre en œuvre. Elle relève, de manière globale, de l'aide publique³¹⁷ et n'est qu'un palliatif peu perceptible pour le public. « *Les considérations culturelles ont cédé le pas aux impératifs commerciaux* »³¹⁸ dans une large part de la matière artistique, notamment par l'influence de l'Organisation Mondiale du Commerce³¹⁹. Cette mission d'émergence artistico-culturelle de l'État, à concevoir comme une

³¹³ **E. DUBOUT**, « *Vers une protection de l'égalité collective par la CEDH* » RTDH 68/2006, pp.851 et s., p.853

³¹⁴ Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, UNESCO, du 20 octobre 2005, entrée en vigueur le 18 mars 2007, Article 1er

³¹⁵ Recommandation 815 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la liberté d'expression et au rôle de l'écrivain en Europe, 6 oct. 1977

³¹⁶ Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, préc.

³¹⁷ En ce sens, **C.GERMANN** « *Diversité culturelle à l'OMC et l'UNESCO* », Revue Internationale de Droits Economiques, n°3 2004, pp.325 et s., p.330

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ En ce sens *Ibid.*, ainsi que **P. DE FONTBRESSIN**, « *La diversité culturelle, la mondialisation et l'Organisation Mondiale du Commerce* », *Annuaire International des droits de l'homme*, 2008, pp.47 et s., p.55, Voir aussi,

obligation positive, ne constitue qu'une part marginale des ressources employées en matière de politique culturelle. Fort heureusement, la situation actuelle laisse encore exister une vaste offre artistique de cultures diverses.

762. Le lien entre ces œuvres et le public est particulièrement érodé ; un manque de connaissance de leur existence et de leur attractivité d'un point de vue consumériste en sont les causes. La mission d'émergence passe primordialement par la valorisation de ces œuvres commercialement sous-exposées. Cette valorisation à l'égard du public est en partie œuvre de communication. Certains n'ont pas hésité à stigmatiser la politique française qui voudrait faire régner l'exception culturelle sur son propre sol³²⁰. Malgré « *l'amorce d'un espoir humaniste au cœur des échanges commerciaux* »³²¹ dans le domaine artistique, l'État ne peut se reposer sur cette seule évolution attendue. Il doit intégrer dans sa politique culturelle un objectif d'émergence de cultures nouvelles. Cette ouverture, pour avoir un réel effet positif, est à effectuer dès la phase d'éducation pour que l'individu soit à même de s'intéresser et d'apprécier les cultures diverses plutôt que d'y rester hostile ou indifférent.

S.REGOURD, « *L'audiovisuel et le GATT : pour un questionnement juridique de l'exception culturelle* », LP n°106, nov. 1993, II, p.101 et s.

³²⁰ « *Tous les discours officiels sur la diversité culturelle et sur le message de la France gagnerait en crédibilité si notre pays donnait des preuves plus tangibles de la place qu'il reconnaît aux œuvres de l'esprit, dans leur diversité, sur son propre sol et au dehors* » **J. RIGAUD**, « *Libres propos sur la diversité culturelle* », L'Observatoire, été 2006, n°30, pp.23-24 dans **P. POIRRIER**, « *Les pouvoirs public et la culture. Le ministère de la Culture, 1959-2009 : quel bilan ? Quelles orientations ?* », Cahiers français n°348, 2009, pp.3 et s., p.7

³²¹ **P. DE FONTBRESSIN**, « *La diversité culturelle, la mondialisation et l'Organisation Mondiale du Commerce* », préc., p.56

Conclusion du chapitre 1

763. Le droit du public se montre éminemment culturel. La reconnaissance du public en une entité abstraite n'en fait pas oublier l'hétérogénéité des individus qui le compose. Néanmoins, l'abstraction et la généralité du public pose la difficulté des titulaires de droit et conséquemment de la force de ce droit. Son émergence n'est pourtant pas à remettre en cause ; ses émanations diverses tendent vers un but commun, bien qu'il ne reste souvent qu'à l'état d'objectif. L'intégration du public dans l'espace d'échange artistique a pour but sa protection et de sa régulation. Protection, tout d'abord, du public en lui-même, dans son éducation, son accès et sa participation à l'art ; ensuite, des messages artistiques de la diversité de fond et de forme. Régulation, enfin, de l'espace d'échange pour qu'il conserve une complémentarité de ses aspects culturels et économiques. Le droit du public oblige alors les autorités à œuvrer pour la valorisation culturelle de l'art pour tous, contrepartie de la libéralisation inévitable du domaine.

Le droit du public en raison de l'intérêt sociétal qu'il renferme fait office de conciliateur dans l'affrontement des droits individuels concurrents.

Chapitre 2 : L'influence des droits du public sur les droits individuels concurrents

764. Toute relation entre artistes et diffuseurs n'aurait aucune raison d'être en l'absence du public qui porte en lui la fonction de recevoir. Il en est de même pour les conflits qui les opposent. Cette évidence conduit inévitablement à considérer le public comme partie à ces conflits. La consécration de droits à son profit déteint sur les droits des autres acteurs de la liberté artistique. Les droits du public influent inévitablement sur les prérogatives de l'artiste et du diffuseur, que ce soit pour les conforter ou les affronter. Cette appréhension des droits du public dans l'exercice de la liberté d'expression modifie la structure des conflits et le point d'équilibre entre les intérêts concurrents. La particulière abstraction du public et la généralité des droits qui s'y attachent impliquent que cette influence agit sur la cohérence d'interprétation de l'ensemble de la liberté artistique. En effet, l'intégration de ce droit, renfermant un intérêt social éminent, fournit les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation de la conformité de l'exercice de la liberté artistique à l'ensemble des droits fondamentaux. L'exercice de la liberté artistique serait alors « *pris en considération par rapport à sa fonction dans la société* » pour répondre à un « *objectif d'intérêt général* »¹.

Certains préjugés pourraient amener à penser que le public serait l'allié naturel du seul artiste. Il peut, en effet, l'être lorsqu'il s'agit de protéger les spécificités du rapport de l'homme et l'art, son essence. Toutefois, le rôle grandissant de l'art dans la société démocratique crée, pour le public, de nouveaux besoins. Le public s'alliera alors plus facilement avec le diffuseur lorsque l'art la diffusion des œuvres répond à un besoin informatif ou culturel. Les droits du public influent sur les droits de l'artiste (Section 1) et du diffuseur (Section 2).

¹ CJCE, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre République d'Autriche*, Affaire C112/00, 12 juin 2003, §80

Section 1 : Le public et l'artiste

765. Pour qu'il puisse exister une relation entre le public et les messages artistiques, l'artiste doit créer. Le public, lorsqu'il se confronte à un message artistique, en a une perception pré-orientée. Le public perçoit le message artistique comme une création, fruit de l'imaginaire de l'artiste. Cet élément, inhérent à l'ensemble du public, s'intègre au droit du public à la réception car il crée un rapport particulier du public à l'œuvre. Il influe alors sur la protection du travail de création de l'artiste. Ainsi, l'existence du public peut conforter le travail créatif de l'artiste ou le restreindre. En outre, la création de l'artiste n'est pas protégée que dans son processus d'élaboration, mais aussi lors de sa diffusion. Une fois mise dans les mains du diffuseur, le travail créatif de l'artiste ne doit pas être dénaturé avant de parvenir au public. L'influence du public va alors directement toucher la liberté de création de l'artiste (§1). Ensuite, elle obligera le diffuseur à devenir garant de l'intégrité du message lors de sa diffusion (§2).

§1. Liberté de création et droit du public à la réception

766. Bien que l'artiste puisse s'inspirer de la réalité, il crée. Les emprunts effectués par l'auteur dans son travail de création sont divers : sa réalité, celle des autres, celle connue de certains ou de tous. Chaque source d'inspiration influe sur la création. Le recours à la réalité, du moins à une certaine réalité, peut donc être un facteur de limites à la liberté artistique. Toutefois, l'utilisation condamnable de la réalité par l'artiste est difficile à appréhender. On ne saurait se satisfaire de recueillir l'intention de l'auteur ou de juger de la seule véracité du propos artistique. Il faut encore que cette utilisation, pour être condamnable, parvienne jusqu'au public et produise des effets sur lui. L'appréhension de la création de l'artiste nécessite donc une mise en perspective avec sa perception par le public. Cette perception spécifique de l'œuvre par le public peut alors protéger les moyens de création de l'artiste (I), mais aussi les limiter (II).

I. La liberté de création protégée par le droit de recevoir

767. L'artiste peut, en tout ou partie, retranscrire une certaine réalité. Il peut la commenter, la reconstruire, la fixer, lui donner un sens. Toutefois, la perspective esthétique qu'il y apporte peut engendrer un aspect romancé, voire fictionnel à certains propos. Quoi qu'il en soit, sa reproduction d'un fait ne peut être fidèle à tous ceux qui l'ont vécue. Mêler réalité et fiction est donc un exercice périlleux pour l'artiste car il est source de confusion pour le public. Le travail de création commande souvent la prudence pour que le dénaturant ne prenne pas le pas sur le romanesque. Néanmoins, l'utilisation du moyen artistique porte son incidence sur la perception du message par le public. La perception d'un message par le public, à travers le prisme de l'art, peut aboutir à justifier des emprunts à la réalité qui en dehors du contexte artistique, serait la cause d'une restriction à la liberté d'expression. Ce rapport entre le public et la liberté créative de l'artiste joue dans deux cas : lorsque l'artiste tend à représentation esthétisée de la réalité (A) et lorsqu'il transporte le public dans le domaine de la fiction (B).

A/ L'esthétisation licite d'une réalité

768. Les artistes sont en droit de concevoir leur message à partir de faits réels « *sauf à consacrer une ingérence dans la liberté d'expression et de création* »². Les juges offrent une vision restrictive des « *mesure(s) d'ingérence sur la liberté de création des auteurs qui leur est constitutionnellement garantie* »³. Malgré les formulations quelque peu variables des diverses juridictions, les critères justifiant une ingérence dans la liberté de création de l'artiste apparaissent clairement. Ainsi, l'ingérence n'est justifiée que lors de « *circonstances exceptionnelles* » revenant à « *un risque d'atteinte grave* »⁴ aux droits d'autrui « *qui ne serait pas susceptible d'être réparée par des dommages et intérêts en cas d'abus* »⁵. La règle veut que

² CA Versailles, 26 janvier 2006, Grumberg et Enrico c. Fourquet, RLDI, n°13 2006, p.47

³ **A. FOURLON**, « *« Toute ressemblance avec des personnages existants ou ayant existé... » est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? Etude de la jurisprudence en matière de fictions du réel* », préc., p.10 §13 sur l'affaire TGI, réf., Aix en Provence et CA Aix-en-Provence, 1^{er} ch. sect. C, 24 oct. 2006

⁴ CA, Aix en Provence, 1^{ère} ch. sect. C, 24 oct. 2006 ; TGI Paris, réf., 10 fév. 2006. D'autres décisions demandent « *un cas d'une extrême gravité* ». TGI Nancy, 3 oct. 2006. Gaz. Pal., 2007, somm. p.2161

⁵ CA, Aix en Provence, 1^{ère} ch. sect. C, 24 oct. 2006. Il peut être trouvée la formule « *non susceptible d'être parfaitement réparée par l'allocation de dommages et intérêts* » (TGI Paris, ord. réf., 10 fév. 2006) ou « *insusceptible d'être convenablement réparée par l'allocation ultérieure de dommages et intérêts* ». (TGI Nancy, 3 oct. 2006). Gaz. Pal., 2007, somm. p.2161

« la divulgation licite de faits publiquement relatés permet(te) aux auteurs »⁶ de s'en inspirer ou d'en faire une œuvre. Il a d'ailleurs été jugé que « les affaires pénales, notamment criminelles ont toujours constitué une source privilégiée d'inspiration pour les auteurs de romans policiers, sans que les protagonistes de ces faits divers puissent s'en plaindre, sauf à démontrer que l'écrivain a manifesté, à leur égard, une volonté particulière de nuire »⁷.

En outre, l'artiste peut s'inspirer de la vie publique de tout un chacun et devenir créateur du fait ou révélateur d'une certaine réalité. La jurisprudence récente relative au domaine de la photographie d'art a affirmé le droit pour l'artiste de photographier les individus sans leur consentement et d'en publier le résultat artistique. L'exercice du droit à l'image aurait ici « pour effet de faire arbitrairement obstacle » à la liberté de l'artiste⁸. Par conséquent, « les auteurs (...) n'ont pas (...) à solliciter d'autorisation préalable pour puiser leur inspiration de (...) faits »⁹ réels. Cette position, protectrice de la liberté de création, garantit un droit à user de la réalité en tant que source d'inspiration de l'artiste.

769. Cette garantie vient conforter le rôle de l'artiste dans la société démocratique : proposer une perception de la réalité, la commenter, la critiquer, au profit du public. Ce travail créatif de l'artiste participe au « droit du public de recevoir une information d'une autre manière »¹⁰ reconnu dans l'arrêt de la Cour EDH *Yalçin Kulcuk*. L'esthétisation de la réalité offre ainsi au public le droit « de connaître et juger les idées »¹¹ pour contribuer à la formation d'une opinion. Si la Cour a reconnu l'incidence du droit du public sur les sujets d'actualité¹², elle ne limite pas son intercession à ce seul cas. L'arrêt de la Cour EDH, *Édition Plon*, est relatif à la publication, par le docteur Gubler, du livre *Le grand secret*. Cet ouvrage révélait notamment la dissimulation

⁶ **A. FOURLON**, « « Toute ressemblance avec des personnages existants ou ayant existé... » est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? Etude de la jurisprudence en matière de fictions du réel », CCE mars 2007, étude 5, §5

⁷ TGI Paris, 7 févr. 2000, *Preud'homme c. Jonquet et Gallimard*, inédit, décision infirmée par CA Paris, 5 avr. 2001, *Preud'homme c. Jonquet et Gallimard* : n° Juris-Data 2001-141162. Dans le même sens, TGI Paris, 9 déc. 2002, *Turquin c. Weitzmann* : D. 2003, jur. p. 1715

⁸ TGI, 17^{ème} ch. civ., 9 mai 2007, *I.Chastenet de Puysegur c. SA Editions Gallimard La nouvelle revue française et François-Marie Banier*, TGI de Paris, 17^{ème} ch. civ., 25 juin 2007, *Association Espace Tutelles et M.Dolibois c. François-Marie Banier et Editions Gallimard* ; commentaire : **A. TRICOIRE**, « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image » D. 2008, pp.57 et s. ; **A. FOURLON**, « Lorsque le droit à l'image cède devant la liberté d'expression artistique », LP nov.2007, III, pp.235 et s.. Confirmé par CA Paris, 11^{ème} ch. A, 5 nov. 2008, **C. BIGOT**, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image », D. 2009, pp.471 et s.

⁹ **A. FOURLON**, « « Toute ressemblance avec des personnages existants ou ayant existé... » est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? Etude de la jurisprudence en matière de fictions du réel », CCE mars 2007, étude 5, pp.9 et s., p.11, §18

¹⁰ Cour EDH, *Yalçin Kulcuk c. Turquie*, 05 déc. 2002, §41

¹¹ *Ibid.*, §38

¹² *Ibid.*, §38

de la maladie de François Mitterrand lors de son deuxième mandat présidentiel. La famille de François Mitterrand invoquait une violation du secret médical et une atteinte à leur sentiment. La Cour a affirmé, en l'espèce, que l'intérêt du public à la réception de l'œuvre peut primer sur l'intérêt individuel de celui qui se sent atteint par l'existence de l'œuvre¹³. Bien que la forme d'expression soit de nature à jouer sur l'analyse, il apparaît que le passage du temps n'évince pas le droit du public à la réception de certains faits, il en module simplement son impact.

770. Le droit du public vient parfois justifier la diffusion de créations pourtant condamnables. S'il ne les justifie pas, il permet, du moins, d'en faire état. En effet, certains procédés artistiques actuels se veulent sauvages. Ils s'effectuent, notamment, par l'utilisation de la place ou de la chose publique de manière illicite¹⁴, pouvant conduire à sa dégradation de manière juridique ou son embellissement selon les points de vue. Le droit du public devient alors un moyen de défense, voire un moyen de justification, de la communication d'une création conçue dans l'illicéité. L'acte de création reste en lui-même condamnable en raison du trouble qu'il occasionne¹⁵. On pourrait alors penser que le droit du public ne saurait devenir un allié de l'artiste. Or, il peut être une justification à la diffusion par reproduction de la création illicite. Une affaire relative à la diffusion d'images de wagons tagués dans une revue spécialisée a pris le parti de cette hypothèse. Il a été jugé que des revues d'informations, telles que celles relatives aux graffitis, « *ont pour objet d'être le témoin de l'art dans la rue et de reproduire les nouvelles créations en ce domaine* »¹⁶. Le résultat artistique de l'activité illicite était donc diffusable au public car le magazine en cause se positionnait en témoin de la pratique. Il n'avait pas pour but d'encourager l'acte en cause, mais de rendre compte au public de l'existence de la pratique et des œuvres qui en découle. Le magazine ne légitime pas le procédé de création de l'œuvre. Il lui accorde un espace d'expression au nom du droit du public à recevoir des informations d'une autre manière. Le public en est le seul juge.

¹³ En ce sens, Cour EDH, *Edition Plon c. France*, 18 mai 2004, §53

¹⁴ Il peut être pris pour exemples l'artiste Banksy, dessinateur en milieu urbain, ou le cas des graffitis et de performances improvisées au sein des rues, tel que le *freezing*.

¹⁵ La Commission européenne des droits de l'homme, dans la décision N. contre Suisse, avait affirmé que le fait de tagguer des immeubles, sans l'accord des propriétaires, constituait un dommage à la propriété. Elle affirmait ne pas avoir à « *se prononcer sur la valeur artistique des figures litigieuses. Il suffit de constater que le requérant a été condamné pour une action qui [...] constituait une infraction pour le droit national* »¹⁵. Com. EDH, N. c. Suisse, 13 oct. 1983

¹⁶ CA Paris, 11^e ch. A, 27 septembre 2006, *SNCF c. SARL Graff it ! Productions et a.*, note: **B. GLEIZE**, « *Images de wagons tagués: la preuve du trouble anormal n'est pas rapportée* », LP n°240, Avril 2007, III, pp.84 et s.

771. Le droit du public est un soutien à l'artiste dans son rôle de témoin de la réalité sociale. Cette fonction protégée revient à l'affirmation d'un droit pour le public de prendre connaissance de cette réalité, à travers les yeux de l'artiste. Toutefois, les éléments tirés de la réalité et les propos fictionnels peuvent se mêler dans un même message et emporter la confusion dans l'esprit du public. L'ajout d'éléments fictionnels peut tendre à dénaturer une certaine réalité¹⁷. Alors, la problématique de l'ambiguïté du message fait de réalité et de fiction ne peut s'analyser qu'à la lumière de sa perception par le public.

B/ La perception légitime de la fiction

772. L'appel au caractère fictionnel d'une œuvre ne peut justifier tous les propos¹⁸. Cet appel à la fiction, argument phare de l'artiste, n'a pas reçu une approbation générale en matière artistique. La difficulté d'analyse tient à la révélation de ce qui, pour le public, est pris pour vrai ou faux. Par essence, une œuvre de fiction ne peut se défaire de tout élément tiré du réel. Or, tout appel au réel n'est pas condamnable, soit parce qu'il ne crée aucun effet potentiellement préjudiciable, soit parce qu'il ne crée pas de confusion dans l'esprit du public. Il semble ainsi logique qu'une « œuvre de fiction dans laquelle le métro n'est pas représenté dans sa réalité mais de manière purement onirique »¹⁹ n'ouvre pas de droit à réparation au profit de la RATP. En outre, la condamnation de la seule confusion ne saurait suffire, sauf à condamner certaines démarches artistiques telles que l'imitation et le canular.

773. La qualification d'œuvre de fiction trouve pourtant sa limite. En effet, une « œuvre de fiction, appuyée sur des faits réels, si elle utilise des éléments de l'existence d'autrui, ne peut leur adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée »²⁰. La limite provient donc de la concurrence des intérêts liés au contenu du message : la réception par le public et les droits d'autrui. À l'image du droit au respect de la vie privée, ils « s'impose(nt) avec d'avantage de force à l'auteur d'une œuvre romanesque qu'à un journaliste

¹⁷ On peut voir l'hypothèse d'atteinte résultant de « la potentialité à rattacher des éléments de la fiction à la réalité ». **A. FOURLON**, « Toute ressemblance avec des personnages existant ou ayant existé... » est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? Etude de la jurisprudence rendue en matière de fictions du réel », préc., p.9

¹⁸ Une œuvre de fiction peut constituer une représentation condamnable en raison de son contenu. Par exemple, la diffusion en dehors des réglementations de représentations pornographiques dans un dessin animé où le héros apparaît comme un jeune enfant. C.Cass, Crim., 12 sept. 2007, note **D. LEFRANC**, « De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé », D. 2008, pp.827-831

¹⁹ CA Paris, Ch. 1, 3 mai 2004, D.2004, p.1771

²⁰ C.Cass., Civ. 1^{ère}, 7 fév. 2006, n°04-10941

remplissant sa mission d'information »²¹. En effet, c'est la possibilité que le propos soit pris pour vrai par le public qui peut créer le préjudice pour autrui et par conséquent constitue l'atteinte. La liberté de création l'artiste à partir du réel ne peut donc s'étudier autrement qu'au regard du public dans sa plus grande généralité. Si l'artiste à la pleine conscience de ce qu'il emprunte de la réalité et de ce qui relève de son imagination, le public ne peut que le supposer. C'est donc à lumière de la perception par le public, et non de l'intention de l'artiste, que doit être évalué si le propos relève de la pure fiction ou s'il peut être assimilé à un fait réel.

L'arrêt *Ruokanen*²² de la Cour EDH conforte une telle analyse. En l'espèce, un journaliste avait publié un article où il révélait l'existence d'un viol qui n'était encore que prétendument avéré. Les juges soulignent que ceux qui s'expriment « *doivent prendre en compte des impératifs autres que des questions d'intérêt général avant de présenter au public un épisode comme un fait* »²³. En l'espèce, l'absence de nuance dans la présentation de l'information au public devenait condamnable. C'était donc dans la croyance qu'avait le public d'être face à une information authentique que la confusion pouvait résider.

774. Les « *fictions du réel* »²⁴ font désormais légion comme le démontre l'engouement les films biographiques²⁵. Les frontières de l'imaginaire de l'artiste semblent encore plus difficiles à cerner. On doit d'ailleurs constater que la recherche « *de mécanismes fictionnels* »²⁶, notamment par « *le sens de la forme* »²⁷ est inévitablement casuistique pour conserver une approche concrète de l'œuvre²⁸. Toutefois, supposé la fiction par la forme artistique ne saurait suffire. Qu'il soit

²¹ C.Cass, 1^{ère} Civ., 27 sept 2005, n°03-13.622, S. c. L., **G. LECUYER**, « *La place de l'article 1382 du code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression* », D.2006, pp.768 et s.

²² Cour EDH, *Ruokanen et a. c. Finlande*, 6 avril 2010

²³ Cour EDH, *Ruokanen et a. c. Finlande*, préc. dans, **L.FRANCOIS**, « *Nouvelle illustration européenne de l'effectivité des « devoirs et responsabilités » des journalistes d'investigation* », LP n°275, sept. 2010, pp.230 et s., p.233

²⁴ **B. VOLLRATH LL.M.**, « *Fact vs. Fiction – Films based on historic and actual events under German law* », Gazette du Palais, 17-19 mai 2009, p.33 (résumé)

²⁵ On peut voir les succès récents des films comme *Ray* (2005) de Taylor Hackford sur la vie de Ray Charles, *Control* (2007) de Anton Corbijn sur la vie de Ian Curtis, *I'm not there* (2007) de Todd Haynes sur la vie de Bob Dylan, *Coluche l'histoire d'un mec* (2007) de Antoine de Caunes ou ne serait-ce que de nombreux films dits de guerre basés sur des faits réels.

²⁶ **A. TRICOIRE**, « *Quand la fiction exclut le délit* », note sous TGI Paris, 16 nov. 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel et a.*, LP avr. 2007, III, pp.72 et s., p.77

²⁷ **A. TRICOIRE**, « *L'enfant d'octobre, « roman », face à son « sujet », les époux Villemin* », LP, mai 2009, pp.83 et s., p.89

²⁸ Par exemple, la Cour de cassation qui relève au sein d'un dessin animé que le personnage ayant des relations sexuelles avec des femmes adultes « *présente incontestablement les caractéristiques d'un jeune enfant, compte-tenu, notamment de sa petite taille par rapport aux personnages adultes, qui l'entourent, de l'absence de signes morphologiques laissant supposer qu'il pourrait s'agir d'un adulte et des traits de son visage le faisant au surplus apparaître comme un très jeune enfant* ». C.Cass., Crim, 12 sept. 2007

distanciation avec la pensée de l'auteur²⁹ ou avec des actes prêtés aux personnages utilisés³⁰, « *le prisme déformant de la fiction* »³¹ doit être visible pour le public. Deux analyses cumulatives sont donc à effectuer pour justifier, soit du caractère fictif de tout ou partie de la création, soit de la confusion potentiellement condamnable avec la réalité.

775. Dans un premier temps, la recherche de mécanismes fictionnels détermine s'il existe une croyance par le public en la réalité des faits litigieux. Elle peut exister en raison de l'étroit rapport entre le fictif et le réel³². Ainsi, à l'image de la parodie, l'absence raisonnable de confusion est le critère essentiel.³³ La Cour EDH a entamé un tel raisonnement dans l'affaire *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July* relative au roman *Le procès de Jean-Marie Le Pen*, s'inspirant de faits réels. Toutefois, cette démarche n'a pas été menée à terme et n'est pas convaincante. Bien qu'il soit question d'une « *œuvre d'imagination* »³⁴, la diffamation a été justifiée par le « *mélange réalité et fiction* » du roman. À travers une étude classique en matière de diffamation, la Cour n'a constaté aucune violation de l'article 10 par la sanction des propos litigieux « *au plus près de la réalité* ». Les juges ont donc condamné l'absence de « *vérifications minimales* »³⁵ sur la véracité des allégations contenues dans le roman. Le juge strasbourgeois entame bien un raisonnement tenant à la confusion des genres dans l'œuvre. Or, il ne relève que le rapprochement de propos fictifs et réels pour en déduire un caractère diffamatoire. Jamais, il

²⁹ En ce sens, *Ibid.*

³⁰ Si ceux-ci peuvent apparaître comme rappelant une certaine réalité. De même, lorsque « *l'ouvrage, bien que présenté comme une œuvre de fiction, était en réalité une autobiographie mal déguisée, permettant l'identification aisée des divers protagonistes dans leurs relations psychologiques et affectives au sein du milieu familial* » C.Cass., 1^e civ., 25 févr. 1997, JCP G 1997, II, n° 27, p. 319, J. Ravanas. Cependant, l'utilisation de prénoms reconnaissables par l'entourage de l'auteur ne peut suffire à « *ôter à cette œuvre le caractère fictif que confère à toute œuvre d'art, sa dimension esthétique, certes nécessairement empruntée au vécu de l'auteur mais également passée au prisme déformant de la mémoire et, en matière littéraire, de l'écriture* ». TGI Paris, ref., 4 avril 2003, LP, n°202, I, p.87 (Sur le livre *L'amour, roman*, de Camille Laurens)

³¹ TGI, de Paris, 17^e ch., 16 nov. 2006, *Ministère Public c. Bénier-Bürckel et a.*

³² Ainsi, « *le seul fait de prêter des pensées et des propos dont le caractère fictif est clairement revendiqué (...) n'est pas constitutif d'une usurpation fautive du nom, sous peine d'interdire à un romancier de relater une affaire criminelle, même non élucidée* ». **A. TRICOIRE**, « *L'enfant d'Octobre, « Roman », face à son « sujet », les époux Villemin* », préc., p.89

³³ L'absence de confusion avec l'œuvre originale est le critère essentiel de la légitimité de l'œuvre parodique. En ce sens, CA Paris, 11 mai 1993, note RIDA, juill. 1993, p.340. C.Cass., Civ.1^e, 12 janv. 1988. Néanmoins, le critère de l'intention humoristique au sein de la parodie apparaît, quant à lui, particulièrement critiquable. Il a notamment pu être jugé qu'un pastiche « *tendre et mélancolique* » (CA Paris, 11 mai 1993) ou à « *but critique* » (C.Cass., Civ 1^e, 12 janv. 1988) est légitime dès lors qu'il n'emporte ni le risque de confusion et ne démontre pas l'intention de nuire. En définitive, ces deux derniers critères suffisent. La recherche positive de l'intention de l'auteur ne devrait se rattacher qu'à l'intention artistique, voire politique. Ainsi, l'intention peut se déduire « *d'après la perception du public la perception par le public des emprunts réalisés, référence impertinente, extravagante ou encore insolente à l'œuvre de référence* ». En définitive, ce qui doit être perceptible, c'est le « *rapport surréaliste de l'œuvre seconde à l'œuvre de référence* » qui confère à la parodie « *un public propre* ». **V.-L. BENABOU**, note sous CA Bruxelles, PI n°28, 2008, pp.347 et s., p.348

³⁴ Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, §47

³⁵ *Ibid.*, §54

ne se soucie du public et de sa croyance en la réalité des faits fictifs. N'est-il pas plus logique que l'atteinte aux droits d'une personne impliquée dans un roman de fiction ne puisse être constituée que si le public y voit raisonnablement l'imputation d'un fait litigieux ? La Cour aurait donc du aller au bout du raisonnement entrepris. Elle aurait pu affirmer que l'étendue de la liberté de création s'accroît en raison de la distance opérée par la transformation artistique et diminue lors de la confusion avec une réalité actuelle³⁶. Ce déplacement de l'analyse sur le public est effectivement plus raisonnable.

776. La justification de la fiction par la perception du message par le public se retrouve dans la décision du tribunal de Cologne relative au film *Baader Meinhof Complex*. Les juges ont mis en avant que « *bien que le film se fonde sur des faits réels, il s'agissait avant tout d'une œuvre de fiction qui ne visait pas à l'exactitude quant à l'ensemble des évènements relatés mais les réinterprétait dans le cadre d'un processus créatif, ce dont le public était conscient* » et ce, en raison d'une représentation « *suffisamment éloigné(e) de la réalité pour démontrer l'expression d'une démarche artistique* »³⁷. En l'espèce, le tribunal a affirmé le caractère fictionnel du film en raison de la conscience qu'avait le public de se confronter une œuvre possédant ce caractère. Les juges ont donc bien recherché la constitution d'une croyance dans l'esprit du public de l'imputation de fait authentique. L'appréciation est plus rigoureuse. Elle s'oppose à des appréciations qui, n'entamant pas cette démarche, manquent de pertinence³⁸.

³⁶ En ce sens, « *The scope of protection for artistic freedom thus increases according to the degree of artistic distance and transformation ; it diminishes the more the representation approaches actual reality* ». **B. VOLLRATH LL.M.**, « *Fact vs. Fiction – Films based on historic and actual events under German law* », préc., p.33 (résumé)

³⁷ Décision du Tribunal de Cologne citée dans **B. VOLLRATH LL.M.**, « *Fact vs. Fiction – Films based on historic and actual events under German law* », préc., p.35

³⁸ On peut ici prendre l'exemple de l'arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 relatif à un spot publicitaire de la Société Orangina. Cette publicité qui concernait le produit Orangina light a été sanctionnée en raison. En l'espèce, le sucre était représenté sous la forme d'un personnage qui, selon l'appréciation éminemment subjective de la Cour, était « *ridicule* ». Le personnage « sucre » se voyait refuser l'entrée en boîte de nuit sur le motif d'une soirée à thème sans sucre. De là, la Cour a conclu à la perception d'une image dévalorisante et à l'appréciation péjorative sur le produit « sucre » que la forme humoristique ne saurait excuser. Elle justifie, enfin, sa décision par le fait que cette publicité contribuait à la dégradation de l'image du sucre dans l'esprit du consommateur. Cette solution est critiquable à plusieurs égards. Non seulement, la potentialité d'assimiler le personnage sucre (fictif) à une opinion sur le sucre (réel) apparaît peu probable. Le seul rapport à la réalité revient ici au fait que la boisson ne contienne pas de sucre. De plus, la portée ne crée pas de dénigrement du sucre en lui-même dans l'esprit du consommateur, spectateur moyennement attentif, en raison de la forme humoristique. Si l'on devait supposer le dénigrement du produit sucre dans l'esprit du consommateur, alors pourrait-on y voir l'idée que le consommateur sera à même de dénigrer le produit Orangina et faire de la Société demanderesse, par cette publicité sa propre victime, sur un de ses autres produits. L'excès de réflexion prêté au consommateur est ici douteux. C.Cass., ch. com., 30 janvier 2007, Société Orangina c. Centre d'études et de documentation du sucre ; **S. BENGUI**, « *Publicité : La caricature peut elle constituer une excuse au dénigrement ?* », LP n°243, 2007, pp.147 et s.

777. Dans un second temps, le rapport à la réalité n'étant pas en lui-même illicite, le caractère anodin de la confusion doit laisser vivre la fiction. Pour être sanctionné, le contenu litigieux, conduisant à une croyance erronée du public sur la réalité des faits, doit avoir une incidence blâmable. Cette seconde preuve revient à l'analyse de « *l'impact potentiel sur le public* »³⁹ du contenu litigieux. En effet, une assimilation, quoique certaine pour le public, peut ne revêtir qu'une incidence mineure. Cette analyse varie elle-même en fonction de deux critères : l'importance de la croyance par le public, à savoir la potentialité d'assimiler la fiction au réel, et sa portée, revenant au contenu même de la croyance. Ces critères font ressortir lequel de la liberté artistique ou de l'intérêt concurrent doit primer.

778. Le droit du public justifie la reconstruction du vrai par la voie artistique et le recours à la fiction. Toutefois, ce n'est qu'à la condition que le public soit à même de percevoir le vrai du faux. La perception raisonnable par public est alors la pierre angulaire du raisonnement. Cette place forte accordée peut donc limiter la liberté de l'artiste dès lors que ces deux acteurs entrent en contact par le biais de l'œuvre.

II. La liberté de création limitée par le droit de recevoir

779. La facilité commanderait d'affirmer que l'artiste peut créer tout ce que le public souhaite voir, écouter ou lire. Si l'artiste crée le vice, ce dernier ne se cacherait pas dans l'acte créateur mais dans le désir de l'homme qui convoite le message. À travers cette idée, le droit du public justifierait tout acte d'un créateur asservi. L'omnipotence du public évacuerait toute idée de limite à la libre création. Une telle conception n'est pas tenable. L'artiste, premier acteur de la liberté, n'a pas à être soumis au public dans son travail créatif ; il prétend plutôt à l'absolutisme de sa liberté. Néanmoins, toute idée de diffusion ne peut nier l'existence d'un public qui, bien souvent, est enclin à asservir l'artiste à son profit. Alors, toute question d'influence doit être mesurée. Les limites tenant au rapport du public à la liberté de création sont de deux ordres : soit le droit du public peut poser des limites à la liberté de création en raison de ce rapport inhérent (A), soit le droit du public ne peut porter son influence sur la liberté de création de l'artiste (B).

³⁹ Notamment, Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., §66

A/ Les limites à la liberté de création par le droit de recevoir

780. Le public ne saurait véritablement restreindre la liberté de création de l'artiste. Néanmoins, le résultat de la création artistique, dès qu'elle entame un rapport avec le public, est susceptible de restriction. Une œuvre de fiction, caractérisée par l'absence de risque de confusion pour le public, emporte *de facto* la caractérisation de public du message artistique. Cependant, le mélange des genres fait varier cette caractérisation. La confusion opérée dans l'œuvre, ou le rapport à la réalité, se déporte inévitablement sur l'esprit du public. Elle fait donc appel à plusieurs aspects de la conception polymorphe du public. Les aspects non clairement fictionnels de l'œuvre commandent pour l'artiste le « *respect dû à la vérité* »⁴⁰ que le public et les personnes impliquées sont en droit d'attendre. Néanmoins, ce critère nécessite de la souplesse car une évaluation de la perception raisonnable par le public ne peut se défaire de la subjectivité d'interprétation de ses membres.

781. Le résultat de la liberté de création de l'artiste, si tant est qu'elle soit perceptible, ne doit pas amener le public à y voir la contestation de « *la réalité des faits (...) clairement établis* »⁴¹ qui ne peuvent faire l'objet d'un débat. Cette limite laisse à l'artiste la possibilité de romancer, caricaturer, voire d'orienter les faits. Néanmoins, l'exigence de ne pas dénaturer la réalité impose à l'artiste un devoir d'objectivité. Dans, l'arrêt *Leroy*⁴², le mélange entre les aspects artistiques de la caricature et informatifs sur l'attentat du 11 septembre a conduit la Cour à caractériser un public hétérogène. Ce dernier avait alors pour trait commun la vocation à être informé sur un sujet déterminé par le biais de l'œuvre. Le mélange des genres a impliqué une acception des plus collectives du public en raison de sa perception du message.

782. Dans l'affaire *Société de conception de presse et d'édition et Ponson*, la Cour a estimé qu'un photomontage satirique rapprochant le sexe et la cigarette ne pouvait être licitement diffusé en raison de l'absence d'une vision négative de la marque de cigarette dans les yeux du public⁴³. La satire était, selon les juges, une publicité illicite en faveur de la marque de cigarette

⁴⁰ C.Cass., 10 oct. 1995, *Mme Li Shu Xian c. Robert Laffont et a.*

⁴¹ Cour EDH, *Giniewski c. France*, 31 janv. 2006, §52

⁴² Cour EDH, *Leroy c. France*, 2 oct. 2008. Voir : **L. FRANCOIS**, « *La liberté d'expression des caricaturistes de presse devant la Cour européenne des droits de l'homme* », RLDI, janv. 2009, pp.34 et s.

⁴³ Cour EDH, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, 05 mars 2009. La Cour a estimé ici que la satire ne se portait pas sur la marque de cigarette en cause mais sur l'information légale tendant à prévenir des dangers de la cigarette en raison de la mention « *attention, fumer ... donne le cancer de l'anus* » (§61). Malgré la

représentée. La Cour n'a malheureusement fait aucune analyse approfondie du message en fonction du public pour conclure à l'absence de violation de l'article 10. Pourtant, la représentation particulièrement dénaturante des campagnes de prévention contre les effets du tabac ne laissait pas de doute sur le caractère satirique du message. Le message devait être considéré comme prioritairement humoristique et non informatif ou incitatif dans l'esprit du public. L'effet du message, au pire, ne pouvait que limiter l'impact de la prévention contre le tabac en raison de sa dérision. Or, cet impact sur le public ne suffit pas à caractériser un abus à la liberté d'expression en raison du caractère peu blâmable de la satire. Toutefois, c'est l'utilisation d'une marque de cigarette, rendant plus réelle la satire, qui créait la confusion dans l'esprit du public. La satire, qui n'avait pas de caractère publicitaire, pouvait entraîner, par son caractère humoristique, un pouvoir d'attraction du public vers la marque représentée. Le problème auquel aurait dû répondre la Cour résidait dans la question de savoir si l'utilisation de la marque de cigarette était justifiée dans la critique humoristique de la prévention contre les effets du tabac. Ce n'était pas la parodie de la mention légale qu'il fallait remettre en cause, comme l'a fait la Cour, mais l'impact de l'utilisation de la marque de la cigarette sur le public.

783. Le fait, pour l'artiste, de jouer avec la réalité doit revêtir un caractère suffisamment grave pour être condamnable. Pour ce faire, l'incidence du travestissement de la réalité devrait être évaluée en deux temps. Il convient de rechercher, de manière classique, « *l'impact potentiel* »⁴⁴ direct du message litigieux sur le public. La contestation de faits établis peut revêtir diverses formes, qu'elle se manifeste en une omission, l'établissement d'une nouvelle hypothèse ou d'une certitude. Les diverses formes de dénaturation des faits et la plus ou moins grande importance de ce fait influent inévitablement sur l'importance du trouble dans l'esprit du public. Ensuite, cette première étape permet de déterminer l'impact indirect de la croyance du public sur les personnes impliquées dans cette réalité contestée. Ce type de restriction étant, bien souvent, de l'initiative des tiers, il faut encore qu'un préjudice leur soit reconnu. Ce préjudice provient des conséquences potentielles de cette croyance par le public.

La limite à la liberté de création de l'artiste, lorsque ce dernier s'empare de la réalité, résulte d'un double mécanisme. À la croyance erronée du public s'ajoute un préjudice potentiel de report de la croyance sur la cible du message. Une restriction se comprend par l'objectivité

motivation lapidaire de la Cour, on peut penser que la satire litigieuse est condamnable en ce qu'elle utilise une marque de cigarette sans pour autant en faire l'objet de la satire. Il est à espérer que la Cour puisse affirmer qu'une telle satire, en fonction du contexte et n'usant pas de marque de cigarette, pourrait valablement être diffusée. Ainsi, le public percevrait la satire en ce qu'elle ne se focalise que sur l'information légale en dehors de toute hypothèse de publicité indirecte en faveur d'une marque de cigarette.

⁴⁴ En ce sens, Cour EDH, *Lindon Octchakovsky-Laurens et July c. France*, préc.

attendue tant par le public que par celui ou ceux dont la réalité fait l'objet d'une œuvre. Toutefois, l'influence positive du public sur la liberté de création ne peut être absolue.

B/ Les limites au droit de recevoir

784. Il existe certaines limites à la création que le droit du public a bien du mal à remettre en cause. Le travail de création de l'artiste peut directement se heurter à des intérêts protégés. Le droit du public, jouant un rôle habituel de conciliateur, s'efface en raison du conflit né de la l'exercice de la liberté de création de l'artiste. Cette limite à l'influence du droit du public se voit dans deux cas : soit la création porte sur un sujet que le public n'a pas à connaître, soit le droit du public (1), malgré son intérêt potentiel à recevoir, ne saurait justifier la manière dont a été créée le message (2).

1) Ce que le public n'a pas à connaître

785. Si l'artiste bénéficie « *d'un droit à l'irrespect et à l'insolence, dès lors qu'il remplit une fonction sociale éminente et salutaire* »⁴⁵, il ne peut lui servir pour contrevenir à son devoir de respecter les personnes qu'il implique dans son œuvre. Il a déjà été évoqué que l'artiste ne peut, à travers son message, recourir à l'injure ou à la diffamation. Toutefois, ces questions relèvent de la manière dont est façonné le propos plus que du thème abordé. La question est ici de savoir si l'artiste peut tout révéler ou si certains faits n'ont pas à être connus par le public ? L'existence d'une limite en la matière est inévitablement infime en raison de son caractère radical.

Toutefois, il subsiste bien un domaine réservé dont l'artiste n'aurait pas à faire part au public : la vie privée. L'artiste, dans sa liberté de création, reste donc tenu de respecter de la vie privée d'autrui. Il a été affirmé que « *le caractère romanesque d'un écrit ne saurait permettre à l'auteur d'utiliser au gré de son inspiration, sans l'accord des protagonistes, des éléments ressortissant de leur vie privée ; que des intrusions dans l'intimité de personnes encore vivantes, qui répondent aux exigences artistiques, voulues par l'auteur, ne peuvent, même si les évènements vécus suscitent l'intérêt légitime du public, être justifiées par le droit à l'information*

⁴⁵ TGI Paris, 9 janv. 1992, D.1994, somm. p.195, obs. C. BIGOT

ou à la contribution à un débat »⁴⁶. Cette affirmation peut être perçue comme un coup dur pour la liberté de création. En effet, ni l'invocation d'un besoin artistique interne à l'œuvre, ni l'intérêt du public ne justifierait l'insertion d'éléments de la vie privée. L'intérêt que peut porter le public à des faits relevant de la vie privée ne conduit donc pas au droit de les recevoir. La vie privée ne se dévoile pas ; du moins, elle ne peut l'être sans l'accord de la personne impliquée dans le message artistique.

786. Cette solution de principe manque de nuance à la lumière du droit du public à la réception du message artistique. En effet, l'artiste est en droit d'utiliser des éléments de la vie privée pour construire son œuvre et son histoire. Il peut d'ailleurs dévoiler tous les tréfonds de la vie privée d'autrui. S'il peut le faire, c'est à la condition non négligeable que le public n'en ait pas conscience. Le public doit y voir une œuvre de fiction et non une révélation. En effet, il est affirmé que l'auteur « *peut, certes, utiliser des faits réels et mettre en scène des personnages vivants, mais ne saurait, sans l'accord de ceux-ci, empiéter sur le terrain de leur vie privée, dès lors du moins que l'œuvre ainsi réalisée ne présente pas clairement les éléments ressortant de celle-ci comme totalement fictifs* »⁴⁷. L'artiste peut jouer avec les éléments de la vie privée, les déformer, les mêler à des éléments fictifs. Cependant, la limite réside dans l'existence d'une confusion dans l'esprit du public. L'artiste ne peut faire de son imaginaire une réalité condamnable. Il a ainsi été jugé 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 adjoindre des éléments qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect du à sa vie privée* »⁴⁸. L'artiste peut donc utiliser une réalité que le public comprendra comme fictive. Cependant, il ne doit pas apporter de révélations intimes sur la personne que le public prendra pour vrai, qu'elles soient réelles ou imaginaires.

787. Cette limite du droit du public se comprend comme l'interdiction pour le public de connaître de la vie privée d'autrui sans accord. Toutefois, cette restriction à la liberté de création est plus nuancée. Ce n'est pas tant la réception de la représentation de la vie privée qui est

⁴⁶ CA Paris, 11^e ch., sect. B, 18 déc. 2008, *Philippe Besson et a. c. J-M. et C. Villemin, A. TRICOIRE*, « *L'enfant d'octobre, « roman », face à son « sujet », les époux Villemin* », préc.

⁴⁷ TGI Paris, 17 sept. 2007, *Villemin c. Besson, Nora et Éditions Grasset*, C.-E. RENAULT, « *Le roman de non-fiction sanctionné par le droit de la presse* », LP, déc. 2007, III, pp. 243 et s. :

⁴⁸ C.Cass. 1^e civ., 7 février 2006, *Jean X. et Editions du Paléon c. Mme Y*, n° 04-1941, « *Fiction, réel et vie privée* », LP, n°230, avril 2006, III, p.70

condamnable, mais le fait pour lui d'en connaître les tenants et les aboutissants. Le public n'a donc pas à savoir que les faits proviennent de la vie privée d'une personne déterminée.

2) Ce que le public n'a pas à accepter

788. Tous les moyens ne sont pas bons pour s'exprimer. Il a été démontré que le droit du public peut étendre la communication d'expressions dérivées de l'utilisation des choses en tant que support de création, même de manière illicite⁴⁹. Cependant, l'effet de la réception ne doit pas être de souscrire à la dégradation ou la dénaturation de la chose utilisée. Alors la diffusion de l'œuvre, tel que des graffitis, n'est valablement diffusée que si elle ne fait que rendre compte de l'expression artistique et, en l'absence d'incitation, et avertit le public sur son caractère illicite⁵⁰. Le droit à la réception du public apparaît alors comme conditionné au respect de la chose préexistante qui a permis la création de l'œuvre. Une telle conception se retrouve en matière de parodie ou d'adaptation d'œuvres. La liberté de création offre au profit des artistes un droit d'adaptation d'œuvres préexistantes « *sous réserve du droit (...) à l'intégrité de l'œuvre adaptée* »⁵¹. Bien que l'analyse de l'œuvre nouvelle doive être effectuée indifféremment de « *son bon goût* »⁵² et de son mérite⁵³, le dénigrement⁵⁴ de l'œuvre première ou son altération⁵⁵, sont les limites à la création.

Ces restrictions trouvent leur légitimité à travers le prisme de l'esprit du public. Ne dénature l'œuvre originale que celle qui modifie la perception de l'œuvre première, de son esprit⁵⁶, ou de son auteur dans l'esprit du public. *A contrario* un « *usage honnête* »⁵⁷ de l'œuvre première donne

⁴⁹ Cf. *supra*, n°770

⁵⁰ En ce sens, CA Paris, 11^e ch., 27 sept. 2006, SNCF c. Sarl Graff it ! Productions et a., **B. GLEIZE**, « *Images de wagons tagués : la preuve du trouble anormal n'est pas rapportée* », LP n°240, Avril 2007, III, pp.84 et s.

⁵¹ C.Cass., 1^e civ., 30 janvier 2007, **J. DALEAU**, « *La liberté de création au secours du droit d'adaptation* », D.2007, n°8, pp.497-498

⁵² **V.-L. BENABOU**, note sous CA Bruxelles, PI n°28, 2008, pp.347 et s., p.348. De même TGI Paris, 29 oct. 2008, *N.Sarkozy c. SARL Tear Prod et a.*, note **L. MERLET** et **N. VERLY**, « *Atteinte à la dignité du Président par une poupée vaudou* », LP, N°258, Janv./fév. 2009, III, pp.16 et s.

⁵³ Voir notamment, sur l'indifférence du mérite d'une œuvre dérivée pour caractériser l'atteinte au droit moral de l'œuvre première. C.Cass., 1^e civ., 30 janv. 2007, note **J. DALEAU**, « *La liberté de création au secours du droit d'adaptation* », préc.

⁵⁴ En ce sens, **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.398

⁵⁵ C.Cass., 1^e civ., 30 janv. 2007, note **J. DALEAU**, « *La liberté de création au secours du droit d'adaptation* », préc.

⁵⁶ En ce sens, concernant une pièce de théâtre représentant Tintin alcoolique suite à la mort d'Hergé. CA Paris, 20 déc. 1990, D.1991, jpd., p.532, note **B. EDELMAN**. Dans le même sens, CA Paris, 4^e ch. A., 14 mars 2007, *Sté Moulinsart et a. c. SCP G.Neret-Minet*, RG n°06/03307, **J.-M. BURGUIERE**, « *Tintin au pays des enchères* », PI, juill. 2007, n°24, p.314

⁵⁷ Article 22 § 6 de la loi belge sur le droit d'auteur, voir en profondeur. Le droit américain admet une telle exception au titre du *fair use*. On peut y voir une application concernant la parodie de la chanson *Pretty Woman* de

droit au public de la recevoir. Ces limites potentielles s'évaluent en partie en fonction de ses effets sur l'esprit du public. Elles n'apparaissent donc que comme une critique de la perception par le public de la manière dont l'œuvre est conçue. Derrière ces limites potentielles apparaît une limite absolue. Le public, malgré l'intérêt qu'il porte à une œuvre, ne peut accepter que l'œuvre ait été créée en atteinte à la dignité.

789. La liberté de création artistique, si étendue soit-elle, ne peut contrevenir à la protection de la dignité. Il a été reproché à Étienne Chatilliez, dans le film *La vie est un long fleuve tranquille*, la création du personnage de Mme Groseille en raison « d'un dénigrement de personnalité »⁵⁸ de la personne, une artiste, qui était sa source d'inspiration⁵⁹. Une telle interprétation, fondée sur le seul dénigrement de la personne semblait peu propice à la liberté de création en ce qu'elle refreine les tentations de l'artiste à s'inspirer de la personne dans sa réalité. Le long fleuve, moins tranquille, de l'évolution de la liberté de création s'est dirigé vers une interprétation plus progressiste. Une série de décisions relative à la représentation photographique artistique est venue affirmer une extension nette de la liberté de création⁶⁰. Désormais, la liberté de création prévaut sur le droit à l'image « sauf dans le cas d'une publication contraire à la dignité de la personne ou revêtant pour elle, des conséquences d'une particulière gravité »⁶¹.

790. Si certaines restrictions à la liberté de création ne doivent pas avoir « pour effet de faire arbitrairement obstacle à la liberté de recevoir »⁶², la protection de la dignité ne fléchit pas par l'influence du droit du public et s'affirme comme une limite absolue⁶³. Le droit du public ne peut pas remettre en cause, au sens du préambule du PIDCP, « la reconnaissance de la dignité

Roy Orbison par le groupe 2 live crew, dans l'arrêt de La Cour Suprême des Etats-Unis, *Campbell aka Skyywalker v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 7 mars 1994, RIDA, n°4, 1994, p.349, comm. **J.-C. GINSBURG**.

⁵⁸ CA Paris, 3 mai 1989, *Le Mentec c. MK2 Productions*, n° Juris-Data 1989-021981

⁵⁹ Cass. 2e civ., 21 nov. 1990, *SA Téléma, Chatilliez et Quentin c. Le Mentec, MK2 Productions* : n° JurisData n° 1990-003001

⁶⁰ TGI Paris, 17e ch., 9 mai 2007 ; TGI Paris, 17e ch., 25 juin 2007, **A.TRICOIRE**, « *Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image* », D. 2008, pp.57 et s. ; CA Paris, 11^e ch. sect. 1, 5 nov. 2008, **C. BIGOT**, « *La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image* », D.2009, pp.470 et s.

⁶¹ CA Paris, 11^e ch. sect. 1, 5 nov. 2008, **C. BIGOT**, « *La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image* », préc..

⁶² *Ibid.*

⁶³ La Cour d'appel reconnaît une seconde limite, tenant à la particulière gravité des conséquences de la publication de l'œuvre pour la personne impliquée. Il est loisible que cette porte de sortie, dans le but de ne pas entraîner une trop large extension de la liberté de création est sans commune mesure avec la question du dénigrement de la personne vu auparavant.

inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leur droits égaux et inaliénables »⁶⁴. Le Professeur Bioy a décrit très justement le rapport de la dignité de la personne humaine à la perception par autrui. Le Professeur Bioy prend pour exemple *L'anniversaire de l'infante*, nouvelle d'Oscar Wilde, où un nain se réjouit de danser pour l'infante jusqu'à ce qu'il meurt subitement en prenant conscience que le public s'amuse de sa monstruosité. Le Professeur Bioy démontre alors que « *l'indignité qui rejaillit sur tous vient de ce que le nain se croit socialisé quand effectivement il ne l'est que pour l'intérêt que l'on porte à ce qui l'exclut de la communauté des hommes* ». La dignité résiderait donc « *dans le fait que la réification de la personne aboutit (...) à une exclusion sociale, à la mise en exergue d'une caractéristique (...) du sujet qui, pour celui qui profite, se trouve d'emblée dégradé, sans autre valeur à ses yeux que celle de l'amusement et du jeu* »⁶⁵. La limite à la liberté de création réside donc dans le respect de la dignité de la personne à travers la dignité de sa représentation⁶⁶ ; vision particulièrement extensive, néanmoins subjective.

791. La frontière entre d'une part, l'information, l'amusement et le jeu, et d'autre part, la réception d'une représentation indigne, de la personne reste difficile à cerner. La Cour EDH avait l'occasion de la préciser dans l'affaire *Hachette Filipacchi*⁶⁷ relative à la publication de photos de l'assassinat de Claude Érignac. Toutefois, les juges ne s'en sont tenus qu'à la protection de la vie privée sans jamais aborder la question de la dignité de la personne mise en avant par les juges internes. Le juge Loucaides, dans son opinion concordante de l'arrêt *Lindon Otchakowsky-Laurens et July*⁶⁸ a alors relevé les difficultés qu'avait la Cour à protéger le respect de la dignité de la personne contre les abus provenant de l'exercice de la liberté d'expression. Il a affirmé qu'il était « *difficile d'admettre que la valeur humaine fondamentale que constitue la dignité de la personne ne bénéficie pas d'une protection directe par la Convention mais est simplement reconnue, à certaines conditions, comme un motif valable de restreindre la liberté d'expression* » et que la dignité requérait « *une protection plus large et directe* »⁶⁹. Malgré l'universalité du concept, la dignité est une notion subjective difficile à appréhender. Or, le respect de la dignité de la personne doit être la limite absolue à la liberté de création car elle est « *considérée comme le principe fondamental, tout autre considération ne (pouvant) être*

⁶⁴ Préambule du PIDCP, alinéa 1

⁶⁵ X. BIOY, « *La dignité : questions de principes* », *Justice, éthique et dignité*, Acte du colloque organisé à Limoges, les 19 et 20 nov.2004, Entretiens d'Aguesseau, Pulim, 2006

⁶⁶ En ce sens, A. TRICOIRE, « *Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image* », préc.

⁶⁷ Cour EDH, *Hachette Filipacchi Associés c. France*, 14 juin 2007

⁶⁸ Cour EDH, *Lindon, Otchakowsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007

⁶⁹ *Ibid.*

envisagée que de manière seconde ou à tout moins subsidiaire »⁷⁰. Même si certains auteurs opposent une conception à la française de la dignité humaine⁷¹, deux conditions à l'égard du domaine artistique pourrait être trouvée : le respect de la dignité de la personne *stricto sensu* ainsi que la dignité de sa représentation.

792. Considération première, la dignité de la personne est protégée dès l'exercice de la liberté de création par l'artiste. L'affaire relative à l'exposition *Our body, A corps ouvert*,⁷² en est la meilleure illustration. Elle met en avant l'impossible fléchissement de la protection de la dignité dans la liberté de création par le droit du public. L'exposition proposait au public de découvrir le fonctionnement du corps à travers la présentation de véritables corps humains disséqués. Outre la question de la provenance des cadavres, l'exposition posait la question de la licéité d'une telle représentation. Est-ce que la méthode utilisée - l'utilisation de vrais cadavres - était justifiée ou attentatoire à la dignité humaine ? Il est ressorti de l'ordonnance de référé « *que l'exposition épuise le mouvement artistique dans lequel elle prétend se situer en substituant à la représentation de la chose, la chose même* ». Cette condamnation « *à l'esthétisme* » par la voie artistique créait « *des mises en scènes déréalisantes* » qui, par conséquent, manquaient manifestement « *à la décence* »⁷³. La substitution du réel au fictif, par l'utilisation de vrais corps humains, dans une présentation déréalisante, marquait son indécence, critère de l'atteinte au respect de la dignité de la personne. L'utilisation de cette source réelle en vue d'une représentation fictionnelle créait une atteinte au respect du corps humain⁷⁴. Le non respect premier du corps humain a donc guidé la qualification d'atteinte à la dignité humaine. Cette appréciation a trouvé une certaine confirmation dans l'arrêt d'appel. Les juges ont affirmé que « *le regard de la société sur la mort* » évoluant au fil de l'élargissement du « *champ de la connaissance* » et des « *techniques modernes* » impliquait que sa représentation devienne « *désormais accessible au grand public de plus en plus curieux et soucieux d'accroître son niveau de connaissance* »⁷⁵. Le caractère pédagogique de l'exposition était alors susceptible de fonder un droit du public à y accéder. Le juge admet, du moins, que les représentations

⁷⁰ **J-P. FELDMAN**, « *Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine* », Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°48, *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »*, pp.87 et s., p.91

⁷¹ **S. JOLY** « *Quand la liberté d'expression s'incline devant le respect dû au cadavre* », LP n°263, juillet/août 2009, III, pp.149 et s., p.155-156

⁷² Cet événement exposait de vrais corps humains plastinisés et découpés en vue d'en montrer le fonctionnement.

⁷³ TGI de Paris, ord. réf., 21 avril 2009, *SARL Encore Events c. Association Ensemble contre la peine de mort et a.*, note **S. JOLY**, « *Quand la liberté d'expression s'incline devant le respect dû au cadavre* », LP n°263, juillet/août 2009, III, pp.149 et s.

⁷⁴ Article 16-1 et 16-1-1 du Code civil

⁷⁵ CA Paris, (pôle 1, ch. 3) 30 avril 2009, *SARL Encore Events c. Association Ensemble contre la peine de mort et a.*, note **S. JOLY**, « *Quand la liberté d'expression s'incline devant le respect dû au cadavre* », préc.

proposées étaient de nature à intéresser le grand public. Toutefois, de telles représentations n'étaient possibles qu'à la condition du « *respect absolu* »⁷⁶ et premier du corps humain⁷⁷.

793. La Cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 2010⁷⁸, a rejeté la demande de la société organisatrice de l'évènement. Cette condamnation de l'exposition par la Haute juridiction n'apporte que peu d'éléments sur la problématique exposée. Au contraire, elle ruine tout effort d'explication des juges du fond et affaiblit l'impact de la solution rendue antérieurement. En effet, la Cour de cassation n'a fait que constater que la Cour d'Appel avait jugé par des motifs adoptés que « *l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît* »⁷⁹ les exigences de l'article 16-1-1, alinéa 2 du code civil⁸⁰. Or, la Cour d'Appel n'a aucunement critiqué le caractère commercial de l'exposition. Elle a conclu à l'atteinte à la dignité humaine, et ce, malgré la possible vocation pédagogiques de l'exposition. Alors, ce n'était pas la vocation de l'exposition qui fut critiqué, mais le moyen utilisé pour y parvenir. La restriction ne touchait pas la dignité de la représentation, notamment à travers son exploitation commerciale, mais le respect de la dignité de la personne *stricto sensu* qui s'impose à l'artiste. Le droit du public à la réception n'est donc d'aucune influence et ne joue pas de rôle justificatif et ce, malgré l'intérêt pouvant être reconnu à la réception de l'œuvre.

794. Lorsqu'il est question de la dignité de la représentation le doute est émis sur l'inflexibilité de son respect. L'affaire relative aux poupées vaudou à l'effigie de Nicolas Sarkozy vendues en supplément d'un ouvrage humoristique lui étant consacré, en est l'exemple. En l'espèce, les juges internes, ont rappelé que « *le droit à l'humour connaît des limites, telles que les atteintes au respect de la dignité de la personne humaine* »⁸¹ et que celles-ci n'étaient pas franchies. L'analyse des juges restait une restriction classique à la liberté artistique. Dans l'arrêt d'appel, les juges ont conclu à l'affirmation que l'objet litigieux « *outrépass(ait) à l'évidence les*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Voir notamment, **A. GOUTTENOIRE**, « *L'exposition de cadavres est possible sous réserve du consentement des défunts* », note sous, TGI de Paris, ord. réf., 21 avril 2009, *SARL Encore Events c. Association Ensemble contre la peine de mort et a.* ; CA Paris, (pôle 1, ch. 3) 30 avril 2009, *SARL Encore Events c. Association Ensemble contre la peine de mort et a.* ; Lexbase Hebdo n°351, Edition Privée Générale, n°N4421BKK

⁷⁸ C.Cass., 1^{er} Civ., 16 sept. 2010, *Société Encore Events c. Association Ensemble contre la peine de mort et a.*, n°09-67.456

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Sur ce point : **A. TRICOIRE**, « *Le corps mort objet d'exposition* », note sur l'arrêt C.Cass., 1^{er} Civ., 16 sept. 2010, LP, n°277, nov. 2010, pp.364 et s.

⁸¹ TGI Paris, 29 oct. 2008, *N.Sarkozy c. SARL Tear Prod et a.*. En octobre 2008, la société Tear Prod a publié un ouvrage intitulé *Nicolas Sarkozy, le manuel vaudou*. Une poupée de tissu, recouverte de mentions diverses, était offerte avec le livre, ainsi que douze aiguilles pour les enfoncer dans la poupée. **L. MERLET** et **N. VERLY**, « *Atteinte à la dignité du Président par une poupée vaudou* », LP, N°258, Janv./fév. 2009, III, pp.16 et s.

limites admises (et) constitue une atteinte à la dignité de cette personne »⁸². Pourtant, cette reconnaissance d'une atteinte à la dignité n'a pas entraîné les conséquences attendues. Les juges ont estimé qu'une mesure d'interdiction créerait une atteinte disproportionnée à la liberté de réception. La constatation de l'atteinte à la dignité de la personne a seulement abouti à l'apposition de la mention de cette atteinte sur le coffret regroupant le livre et la poupée. À l'évidence, une telle mesure de réparation vide la protection de la dignité de la personne de toute substance. En effet, elle ne fait aucunement cesser le trouble constaté. Pour le juge, cette faute, qui porte atteinte à la dignité de la personne humaine, ne serait pas suffisamment grave pour conduire à une mesure d'interdiction. Or, l'atteinte à la dignité, une fois constatée, ne s'analyse pas en degré de gravité. Procéder de la sorte, c'est déjà la remettre en cause. Les aspects libertaires de la liberté artistique ne permettent pas aux artistes de se défaire de toute limite par la seule explication préventive de l'atteinte qu'ils sont susceptibles de perpétrer⁸³ quand il s'agit de dignité. En effet, c'est permettre au public, à travers la réception et l'utilisation de la poupée, d'y souscrire et de la perpétrer à son tour.

795. Mise à part, la confirmation du caractère subjectif de l'appréciation de la dignité de la personne⁸⁴, cette affaire illustre les contradictions de la protection de la personne dans la liberté artistique. La question de la dignité de la personne à travers sa représentation a conduit le juge à préférer mettre en balance la dignité plutôt que de la protéger. De cette manière, le juge repousse les limites de la liberté de création dans ses derniers retranchements. Pourtant, la dignité humaine « est une composante de l'ordre public »⁸⁵ et doit être considérée comme « inviolable et intangible »⁸⁶ car « la tolérance et le respect de la dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste »⁸⁷. Une mise en balance de la protection de la dignité est donc néfaste. Elle crée un risque d'arbitraire et de confusion entre l'ordre public

⁸² CA Paris, 14e ch., sect. B, 28 nov. 2008, *N. Sarkozy de Nagy-Bosca c. SARL Tear Prod et a.*, **L. MERLET** et **N. VERLY**, « Atteinte à la dignité du Président par une poupée vaudou », préc.

⁸³ Dès lors, la seule information préalable sur l'atteinte à la dignité serait de nature à justifier un spectacle de « Lancer de nain ». Référence à CE ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, **M. LONG**, **P. WEIL**, **G. BRAIBANT**, **P. DELVOLVE**, **B. GENEVOIS**, *Les grand arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e édition, 2007, DALLOZ, n°100, pp.730 et s.

⁸⁴ En ce sens, Bernard Edelman que « tout dépend du « regard », tout dépend de l'« écoute » du message. On se doute qu'en présence d'une caricature l'aléa est encore plus grand : on aura à faire soit à des juges sensibles à l'humour, soit à des juges « sérieux », et la solution changera du tout au tout ». **B. EDELMAN**, « Le Président piqué... dans sa dignité », note CA Paris, 28 nov. 2008, *N.Sarkozy de Nagy-Bosca c. SARL Tear Prod et a.*

⁸⁵ CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence* RTDH, 1996, pp.657 et s., p.658, **N. DEFFAINS**, « Les autorités locales responsables du respect de la dignité humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'État », RTDH, 1996, pp.673 et s.

⁸⁶ **I. O. KABOGLU**, « Qu'est ce que la dignité ? Approche de droit et de culture comparés ; le point de vue religieux », Justice, éthique et dignité, préc., p.105

⁸⁷ Cour EDH, *Gunduz c. Turquie*, 4 déc. 2003, §40

et l'ordre moral. En outre, elle risque de procurer un effet inverse à sa volonté initiale. L'affaire des poupées vaudou en est la meilleure preuve. Les juges ont fait découler d'une qualification quelque peu élémentaire de l'atteinte à la dignité⁸⁸ de la personne une protection dérisoire afin de laisser primer la liberté de réception. Si le juge pensait protéger la dignité par l'apposition de l'avertissement à l'attention du public, il se trompe. Il propose directement au public d'attenter à la dignité de la personne. Plus que de souscrire à l'atteinte, le public y participe. Le juge positionne le public de la même manière que dans l'exemple de *L'anniversaire de l'infante* donné par Mr. Le Professeur Bioy. Le juge protège le droit pour le public de se porter sur ce qui, dans la représentation, rend la personne indigne aux seuls fins de l'amusement et du jeu.

796. Le principe de la dignité de la personne doit sous-tendre l'interprétation de la liberté d'expression et non l'inverse. Si « *nul ne peut valablement consentir à ce qui lui soit porté des atteintes contraires à la dignité de la personne humaine* »⁸⁹, le juge ne peut renoncer à la protéger. Le principe de dignité, composante de l'ordre public⁹⁰, doit rester non négociable. Il a ce double avantage de conserver force et légitimité ainsi que de ne pas permettre d'y intégrer des hypothèses des restrictions non couvertes par lui. Dès lors, malgré le flou de la notion, toute utilisation de la liberté de création qui vise à renier la dignité humaine, et toute utilisation de la liberté de réception visant à recevoir une représentation qui y est attentatoire, s'exclut de la protection de l'article 10 de la CEDH⁹¹.

⁸⁸ On peut voir une affirmation trop généreuse de l'atteinte à la dignité humaine dans un domaine voisin, le divertissement. La CJCE, a estimé que l'exploitation commerciale de jeux de tir au laser où le but est de tirer sur adversaires par le biais de rayons infrarouge était attentatoire à la dignité. La Cour voit dans l'activité, la simulation d'actes d'homicides et conclut au caractère attentatoire à la dignité humaine de l'activité. CJCE, 14 oct. 2004, C-36/02, question préjudicielle, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*

⁸⁹ **J-P. FELDMAN**, « *Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine* », préc., p.90

⁹⁰ CE ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, **M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS**, *Les grand arrêts de la jurisprudence administrative*, préc.

⁹¹ Voir en ce sens, **P. MARTENS**, « *La dignité humaine : bonne à tout faire des cours constitutionnelles* », *Justice, éthique et dignité*, préc., p.143 et s., p.145

§2 Le respect de l'intégrité du message artistique et le droit du public à la réception

797. La création de l'artiste est marquée par une interdépendance du *message* (le contenu) et du moyen utilisé (le contenant)⁹². Toute modification d'une œuvre peut donc en influencer sa perception. Alors, pour que le récepteur puisse bénéficier d'une liberté d'interprétation du message, il est nécessaire, qu'en amont, le public puisse prétendre avoir accès à la même œuvre, celle que l'artiste a créé. Tout intermédiaire impliqué dans l'échange doit alors s'interdire de dénaturer la création, de l'altérer lors de sa transmission. Or, la protection de l'intégrité du message artistique est variable en fonction du système qui la gouverne. Cette protection reste assez aléatoire car elle s'envisage plus largement en fonction du créateur de l'œuvre que du public amené la recevoir (I). L'intégrité de l'œuvre est donc à protéger à la lumière du rapport entre l'auteur et le public (II).

I. Les errements de la protection de l'intégrité du message artistique

798. Le récepteur individuel reste libre à l'égard du message auquel il se confronte : le recevoir partiellement, l'interrompre, voire l'altérer par lui-même. Un tel acte doit provenir de la volonté individuelle et n'engager que le récepteur. Toutefois, cette liberté accordée au récepteur ne peut exister que si l'ensemble du public peut pleinement accéder à l'œuvre originale de l'artiste. La protection de l'intégrité de l'œuvre a pour vocation la conservation de l'authenticité du message et s'étend à l'ensemble des domaines artistiques⁹³. La dénaturation d'une œuvre par un tiers est une ingérence dans le droit à la liberté de recevoir un message artistique. Elle constitue une entrave aux dispositions de l'article 10 de la CEDH car elle empêche le public d'accéder au message que l'artiste a eu la volonté de communiquer. Or, cette garantie n'est pas accordée avec la même force selon le système qui gouverne la protection de l'œuvre (A). L'idée d'une harmonisation entre ces systèmes, bien que fondée dans son principe, serait néfaste à la protection de l'intégrité de l'œuvre si elle venait à être effectuée par l'Union Européenne (B).

⁹² En ce sens: **H. M. MAC LUHAN**, « *Understanding Media : The extensions of man* », 1ère édition, Mc Graw Hill, New York, 1964

⁹³ On peut se référer principalement aux articles L.121-1 et L.132-11 du code de la propriété intellectuelle. Sur ce point voir aussi **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., pp.250 et s.

A/ Une protection aléatoire

799. Le droit interne a élaboré un système de protection de l'œuvre qui « *autorise la résistance de l'artiste* » pour « *se soustraire aux dérives mercantiles en excipant de la notion de l'inaliénabilité du droit moral* »⁹⁴. Il offre à l'artiste le droit « *(d')interdire toute suppression, adjonction, modification* » sur l'œuvre sans pour autant qu'il ait « *à s'expliquer sur les raisons qui le décident à refuser de tolérer l'atteinte* »⁹⁵. Bien qu'il existe un certain aménagement de la protection⁹⁶, elle a pour objectif de garantir une authenticité au message lors de sa transmission. Le droit du public peut donc devenir un soutien à l'artiste en vue de faire respecter l'intégrité de l'œuvre. Le rapport du public à l'œuvre est donc clair ; le droit du public ne s'inscrit pas dans la réception à tout prix, mais dans la réception d'un message conforme à la volonté de l'artiste.

800. La protection offerte par le système français fait pourtant figure d'exception⁹⁷. Les conceptions libérales des modèles anglo-saxons du copyright, de l'OMPI ou de l'Union européenne laissent peu de place à la protection de l'intégrité de l'œuvre. La Convention de Berne⁹⁸ ne prévoit que la possibilité, pour l'artiste, « *de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* »⁹⁹. Cette conception, plus souple, fait figure de modèle¹⁰⁰. Notamment, la Grande Bretagne, qui porte en partie l'étendard du modèle du copyright, a repris à son compte les dispositions issues de la Convention de Berne¹⁰¹. La jurisprudence de l'Union européenne a fait de même dans sa jurisprudence comme le démontre

⁹⁴ C. CARON, « *Flexible droit moral de l'artiste-interprète* », CCE, sept. 2004, n°9, comm.100

⁹⁵ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op.cit., pp.372-373

⁹⁶ L'artiste peut, par exemple ; renoncer à l'exercice de son droit moral en connaissance de cause. Pour ce qui est d'une application généreuse : CA Paris, 4^{ème} ch. B, 2 juin 2006, *Kamensky c. Les éditions du regard*, PI, janv. 2007, p.87, obs. A. LUCAS

⁹⁷ D'autres États semblent tout de même offrir une protection analogue à la conception française du droit au respect de l'œuvre. L'article 11 de la Loi fédérale Suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA) RS 231.1 du 9 octobre 1992 offre à l'auteur « *le droit exclusif de décider : si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée* ». Voir aussi, J. DE WERRA, « *Lettre de Suisse* », PI, janv. 2005, pp.106 et s., pp.111-112

⁹⁸ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 sept. 1886 de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

⁹⁹ Article 6 bis, (1) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 sept. 1886 de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

¹⁰⁰ Voir en ce sens A. LUCAS, H.-J. LUCAS, *Traité de propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.372 note 346 ? Notons aussi que cette disposition a servi de base aux dispositions sur la protection de l'intégrité de l'œuvre en matière de *Creative commons* http://fr.creativecommons.org/menu3/main_faqjur.htm#6

¹⁰¹ L'article 80 de la loi de 1988 reprend le modèle de la Convention de Berne concernant l'intégrité de l'œuvre. Auparavant ils estimaient que « *les recours traditionnels du common law étaient suffisant pour assurer une protection adéquate* », E. BELLINI « *Moral right et droit moral : une question de paradigme* », RIDA, n°204, avril 2005, pp.3 et s.

les arrêts *Musik-Vertrieb membran*¹⁰² et *Phil Collins*¹⁰³. Inspiré par un modèle libéral de la diffusion des œuvres, ce modèle offre donc une large place aux prérogatives des intermédiaires de diffusion. Il souffre pourtant de critiques en raison de la conception restrictive de la protection. Ce qui frappe, en premier lieu, est l'exigence d'une modification préjudiciable de l'œuvre. À la différence du modèle français où l'artiste est libre de s'opposer à la modification, la sanction de la dénaturation de l'œuvre n'existe qu'à la condition qu'elle porte atteinte à l'honneur ou à la réputation de son auteur. L'atteinte revendiquée ne doit pas seulement toucher l'œuvre, mais l'artiste à travers elle. Ce déplacement de la cause de l'atteinte laisse inévitablement une large marge de manœuvre quant à la modification du message.

801. Concentrée sur la personne de l'auteur, la protection issue de la Convention de Berne n'inclut aucunement l'incidence de l'altération de l'œuvre sur le public. Le message n'est pas en lui-même protégé. La vocation à la réception du message est alors rangée à l'état d'accessoire et facilement manipulable. Une dénaturation du message est susceptible d'être légitimée par la preuve de la bonne foi de l'intermédiaire. Ce dernier n'aurait qu'à prouver que la modification a été faite dans l'intérêt de l'échange artistique ; l'intérêt de l'artiste résiderait alors dans la modification de son œuvre afin qu'elle touche le grand public. Ainsi, la modification effectuée ne ternirait pas la réputation de l'artiste, mais lui serait profitable. Cette hypothèse démontre donc la grande différence avec le modèle français. Cette protection, facilement manipulable, peut inscrire le droit du public dans la réception à tout prix.

802. Un fossé apparaît entre ces deux conceptions de la protection de l'intégrité de l'œuvre. Le modèle français, particulièrement attaché à la protection d'une diffusion conforme à l'œuvre originale, se démarque d'un modèle général européen concentré sur le libéralisme économique de la libre diffusion. Deux modèles se dessinent : la réception d'une œuvre authentique et la réception de l'œuvre à tout prix. Si le modèle français peut apparaître comme un frein à l'échange, l'harmonisation inévitable des protections ne semble pas pour autant satisfaisante.

¹⁰² CJCE, *Musik-Vertrieb membran*, 20 janvier 1981

¹⁰³ CJCE, *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im*, 20 octobre 1993, C-92/92

B/ Une harmonisation dangereuse par le droit de l'Union européenne

803. La conception prépondérante de la Convention de Berne est « *centrée sur l'élimination des obstacles à la libre circulation* »¹⁰⁴ des œuvres. Elle semble aller, de prime abord, dans le sens du droit individuel de recevoir un message artistique. Toutefois, elle pourrait considérer le droit du public comme un obstacle à la libre de circulation s'il devait faire supporter des devoirs aux diffuseurs du message. Nombres de pays, dont la France, ont adhéré à ladite Convention. Dès lors cette dernière, déjà reprise par la CJUE, sert de modèle en vue de l'harmonisation des droits moraux de l'artiste. La Commission européenne a considéré qu'une application stricte du droit moral de l'auteur, tel qu'il est perçu en France, aurait un effet contreproductif¹⁰⁵. On peut donc se douter qu'une tentative d'harmonisation risque « *d'aboutir à une définition du droit moral très en-deçà de celle que retient le droit français* »¹⁰⁶ ; un nivellement par le bas de la protection de l'intégrité de l'œuvre. Il est, tout de même, possible d'y voir une simple protection *a minima*. Dans ce cas, elle serait donc déjà dépassée pour la France et sans grand intérêt pour les États ayant déjà intégré les dispositions de la Convention de Berne dans leur système national. De cette idée se déduirait un échec de l'harmonisation, chaque État membre conservant son système. Toute idée d'harmonisation bâtie sur la Convention de Berne a un effet néfaste inévitable. L'harmonisation crée l'apparence d'une conception uniforme de la protection sur le plan européen. Cette protection minorée se justifierait par la demande du récepteur-consommateur dont l'aspiration est d'accéder à un maximum d'œuvres sans entrave. Et c'est cette acception du récepteur, relégué à l'état de consommateur de biens, qui aboutit à considérer la conception française, antilibérale, comme une entrave au droit du public à la réception.

804. Cette uniformisation peut porter son influence sur le contrôle de la Cour EDH. Plusieurs facteurs laissent penser que la France n'a qu'une très faible marge d'appréciation¹⁰⁷ quant à la mise en œuvre de restrictions à la liberté de communication justifiée par une atteinte à l'intégrité de l'œuvre. Par principe, la Cour EDH n'accorde qu'une faible marge d'appréciation aux États

¹⁰⁴ **D. POURTAUD**, Rapport du Sénat sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (*n° E-1011*), COM (97) 628, n°317, 10 déc. 1997

¹⁰⁵ Commission européenne, suivi sur le livre vert « *le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* », 20 nov. 1996, COM(96) 568

¹⁰⁶ **D. POURTAUD**, Rapport du Sénat sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (*n° E-1011*), COM (97) 628, n°317, 10 déc. 1997

¹⁰⁷ La marge d'appréciation peut se définir comme le « *pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des limitations aux droit protégés* » laissé aux Etats. En ce sens **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.223

membres pour apprécier les restrictions posées par le paragraphe 2 de l'article 10. De surcroît, l'existence d'une conception uniforme de la protection réduit encore cette marge. En effet, il est de règle que « *la présence de principes juridiques communs* » au sein des États membres « *rédui(se) la marge d'appréciation de l'État* »¹⁰⁸. La Cour EDH ne commande pas une « *uniformité absolue* »¹⁰⁹. Néanmoins, l'hypothèse de l'existence d'une « *législation nationale isolée* » ne se justifie que par la « *tradition* » ou les « *conceptions profondes* »¹¹⁰ d'une société. L'invocation d'une tradition culturelle spécifique semble peu justifiable, tout comme l'existence potentielle de l'exception culturelle française¹¹¹. La conservation du système français dans un environnement européen aux prises avec la Convention de Berne semble vouée à l'échec. Ce système serait perçu comme une restriction à la libre circulation d'œuvres là où les autres États membres ne le font pas. Partant, le contrôle de la Cour EDH sur les restrictions au droit de réception fondée sur l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre s'effectuerait en vertu de la conception uniformisée et minime du droit de l'Union européenne.

805. Cette harmonisation va pourtant à l'encontre de la philosophie que l'on doit avoir du droit du public. Une conception minimaliste de la protection de l'intégrité de l'œuvre n'est pas profitable à la liberté artistique. Renforçant le droit de recevoir dans son aspect consumériste, elle implique l'atténuation des prérogatives de l'artiste au profit du libre échange de l'art considéré comme une marchandise¹¹². Le risque de dénaturation profonde des œuvres et, à terme, une dévalorisation du travail de création artistique est important. Le droit du public doit servir à la protection d'un message intègre, conforme à ce qu'a voulu donner l'artiste et non l'intermédiaire de diffusion. Si « *la relation de l'exploitant au public serait relative aux actes passé avec des consommateurs* », elle ne saurait faire oublier la relation originelle de l'artiste avec le public amateur « *qui est guidé dans son activité par un sentiment de satisfaction personnelle et non mu par une idée de spéculation* »¹¹³. La conservation de l'intégrité de l'œuvre lors de sa transmission nécessite alors une double protection focalisée sur l'intention du public artistique et non sur les désirs du récepteur individuel.

¹⁰⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.228

¹⁰⁹ Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, §61

¹¹⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., op.cit., p.224

¹¹¹ La Convention de l'UNESCO sur la promotion et la protection de la diversité culturelle du 20 octobre 2005 démontre que l'on est passé de la protection des exceptions culturelles à une protection plus large de la diversité culturelle. Ainsi, chaque culture est protégée. On ne peut donc voir une exception particulière pour la France à l'égard d'autres États qui possèdent, par principe, des spécificités culturelles protégeables.

¹¹² La Convention de l'UNESCO du 20 octobre 2005 (préc.) a entériné la formule « *la culture n'est pas une marchandise.* »

¹¹³ *Les amateurs – Création et partage de contenus sur Internet : nouveaux défis juridiques*, Actes du Forum Légipresse du 4 octobre 2007, V.-L. BENABOU, « *Les nouveaux modes de mise à disposition des œuvres* », Légicom n°41, 2008/1, pp.85 et s., p.87

II. Le respect de l'intégrité du message protégée au nom du droit du public

806. « *L'auteur impose à un éditeur... l'obligation de veiller à la protection du patrimoine moral et intellectuel et de l'image qu'il entend donner de lui-même au travers de son œuvre* »¹¹⁴. Cette définition de la protection de l'intégrité du message artistique se réfère directement à la relation que l'artiste entend entreprendre avec le public. L'œuvre de l'artiste est tant un message qu'il souhaite transmettre, qu'une performance esthétique qu'il veut soumettre au jugement personnel de celui qui la contemple. L'œuvre est donc une alliance du fond et de la forme. La contemplation personnelle et ses incidences sur la perception de chacun ne peuvent donc être légitimes que si l'ensemble du public reçoit l'œuvre non dénaturée. La protection de l'intégrité de l'œuvre doit englober ces deux aspects pour prémunir l'artiste contre toute dénaturation. D'abord, il appartient de protéger l'échange contre toute corruption du sens (A). Ensuite, l'alliance du fond et de la forme en art implique une protection de la qualité esthétique de l'œuvre (B).

A/ L'intégrité cognitive du message

807. L'activité cognitive se rapporte traditionnellement à la connaissance et aux « *processus mentaux en œuvre dans son acquisition* »¹¹⁵. Les fonctions cognitives sont les « *fonctions de communication (...) servant à faire connaître une pensée à un interlocuteur* »¹¹⁶. La communication du message ne doit pas avoir pour effet de dénaturer le processus d'acquisition de la connaissance par le public à travers la réception, et par conséquent, de corrompre le sens du message. Le respect de l'intégrité cognitive du message se comprend donc comme la conservation de la pensée, du sens du message, lors de sa diffusion. Cette protection de l'intégrité cognitive n'est pas absolue. Elle doit être étudiée d'abord dans sa portée (1), puis dans la caractérisation de ces atteintes (2).

¹¹⁴ TGI de Paris, 15 fév. 1984, D. 1984, IR.291

¹¹⁵ « Cognitif », *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2010, p.459

¹¹⁶ « Cognitif », Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr

1) La portée de la protection

808. Une telle protection, bien qu'à l'initiative de l'artiste, se fonde sur le respect du rapport entre l'artiste et le public. L'alliance du droit du public avec l'exercice du droit moral de l'artiste tend à limiter les prérogatives des diffuseurs lors de leur ingérence dans l'échange artistique. « *La conception* » qu'à l'artiste de ses œuvres « *et la manière dont il souhaite les présenter au public* » méritent une protection contre une diffusion « *de nature à en altérer le sens* »¹¹⁷. Bien évidemment, chaque récepteur peut trouver un sens différent à la même œuvre. On peut alors se demander pourquoi se rattacher au droit du public à la réception. Parce que chacun doit être libre d'interpréter le message, la protection doit agir en amont sur le public ; la liberté individuelle d'interprétation n'est réelle que si l'ensemble du public a pleinement les moyens de connaître et d'interpréter le message. La protection agit contre tout risque, pour le public, de confusion sur le sens du message qui naîtrait de l'entremise d'un intermédiaire de la transmission.

809. L'importance de cette protection n'est pas à négliger. Elle peut revêtir une particulière importance dans le contrôle des messages artistiques sous l'angle de l'article 10 de la CEDH. L'œuvre est une entité, un ensemble à analyser car l'artiste engage sa responsabilité pour ses opinions et idées. Le contrôle du message ne s'exerce pas sur quelques extraits ou passages, mais sur l'ensemble de l'œuvre¹¹⁸. Cependant, cette analyse ne doit pas impliquer le devoir d'assumer une interprétation d'un message dont le sens a été dénaturé par un tiers. L'interprétation d'une œuvre, étant par nature variable, le respect de l'intégrité cognitive devient une garantie contre une restriction provenant d'une analyse d'un message n'ayant pas le sens originellement conféré par l'auteur. L'artiste ne saurait donc engager sa responsabilité qu'en raison du message qu'il a entendu proposer au public et non de ce qu'un tiers a pu en faire. Le droit du public justifie que l'artiste puisse s'opposer à l'ingérence de tiers diffuseurs qui feraient une distorsion du sens du message. Néanmoins, une acception trop rigoureuse de la protection peut constituer un écueil aux possibilités de réception par le public. L'étendue de la protection se dégage en fonction des différents types d'atteintes à l'intégrité cognitive.

¹¹⁷ P. ALLAEYS, « *Les compilations à l'épreuve du droit moral de l'artiste-interprète* », D. 2006, n°17, pp.1172 et s. ; Voir en ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, obs. sous CA Versailles, 7 avril 2004, RTD Com. 2004, pp.735 et s.

¹¹⁸ Voir en ce sens, Cour EDH, *Karatas c Turquie*, 08 juil. 1999, Cour EDH, *Lingens c. Autriche*, 8 juil. 1986, §43 On peut aussi voir une telle interprétation au sein de l'affaire Cour EDH, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, (§76). La Cour ici parle du texte et non des simples passages litigieux.

2) La caractérisation des atteintes

810. Les actes d'un tiers jouant sur l'intégrité cognitive du message sont à distinguer en 3 catégories d'atteintes : lorsque l'atteinte résulte d'une modification directe du message, de sa présentation ou de sa destination.

811. Tout d'abord, le respect de l'intégrité de l'œuvre commande que l'intermédiaire de diffusion ne puisse modifier l'œuvre en substance sans l'autorisation de l'auteur. La Cour de cassation l'a clairement affirmé : « *c'est exclusivement à l'auteur d'un œuvre de l'esprit, qu'il appartient d'y apporter, s'il estime utile, toute adjonction ou modification destinée à expliciter la signification et la portée qu'il conviendrait de lui donner* »¹¹⁹. Une modification directe de l'œuvre par l'intermédiaire crée le plus grand risque de dénaturation du sens de l'œuvre. La jurisprudence interne en fait une protection rigoureuse¹²⁰, et ce même si l'intermédiaire estime que « *le respect de l'ordre public et la législation réprimant la provocation à la discrimination et à la haine raciale lui imposait d'agir* »¹²¹. Cette protection pourtant souffre de limites. Elles sont, en premier lieu, d'ordre pratique. Les artistes en quête de succès acceptent la modification de leurs œuvres pour s'attribuer un espace de diffusion. En effet, ils n'auraient peut être pas obtenu cet espace en cas de conservation de l'œuvre dans sa forme originale¹²². La position de force des médias et éditeurs, qui détiennent souvent le destin d'artistes entre leurs mains, leur permettent d'obtenir l'accord de l'auteur sur la modification. Néanmoins, la survivance de la protection sur le modèle français permet à l'artiste qui ne souhaite pas se plier à ces pratiques de conserver son œuvre en l'état au prix d'une diffusion probablement moindre.

¹¹⁹ C.cass., 1^e civ., 4 avr. 1991, Bull. Civ., I, n°120. En l'espèce, la société distributrice du film en cause avait ajouté un avertissement sur le contenu du film (ainsi que sur la manière dont devait être perçue le film), différent de celui proposé par les réalisateurs. L'ajout opéré par la société a été jugé comme attentatoire au droit moral de l'auteur.

¹²⁰ En matière contractuelle, l'éditeur ne peut supprimer des passages d'une œuvre (CA Paris, 7 juin 1982, D. 1983, IR.97, modification constituant « *un changement de la continuité du texte* ») procéder à des retouches (CA Paris, 18 juil. 1932, D. 1934, II, 139) ou à des ajouts (TGI Paris, 25 nov. 1987, D. 1989, somm. 46 et JCP, 1988, II, 21062). Par exemple, en matière littéraire, il est impossible de procéder à la modification de la couverture et d'y ajouter un sous-titre (CA Paris, 5 sept. 1997, RIDA, avr. 1998, p.416) ou encore d'amoindrir le contenu de l'ouvrage (CA Paris, 25 mars 1998, RIDA, oct. 1998, p.254). Voir aussi, TGI Paris, 28 nov. 2007. ; CA Paris, 4^{ème} ch. B., 4 avr. 2007, *J-P. Marchand c. Société TF1 Vidéo SA et a.*, PI, juil. 2007, p.315, obs., **J.-M. BRUGUIERE** ; CA Paris 4^{ème} ch. A, 26 sept. 2007, *Agence Enguerand Iliade c. J-M. Couvet* et CA Paris, 4^e ch. A, 16 janv. 2008, *J-A. La Marre c. Stés librairie Arthème Fayardn France Loisirs, Sélection du Reader's Digest, Publications Tallandier*, PI juil. 2008, p.326, obs. **J.-M. BRUGUIERE**

¹²¹ CA Paris, 5 sept. 1987, préc.

¹²² On peut penser ici à la pratique, désormais récurrente, des coupures au sein des chansons et vidéoclips diffusé par les médias pour que la chanson ne dépasse une certaine durée calibrée par les diffuseurs.

812. Le Royaume-Uni a donné le meilleur exemple de la protection contre une atteinte au respect de l'intégrité cognitive de l'œuvre. Dans l'arrêt *Pink Floyd Music Ltd & anr vs EMI Records Ltd*¹²³ du 11 mars 2010, la High Court a considéré que la vente sur Internet des albums du groupe Pink Floyd, au titre par titre, était une atteinte à l'intégrité des œuvres en causes. Le groupe Pink Floyd avait conclu avec la société EMI un accord en vue de la distribution de ces albums et enregistrements. Le groupe a intenté une action en raison de la vente séparée des chansons sur Internet. Selon le groupe, l'album ne pouvait prendre tout son sens que s'il restait entier et dans son agencement original. Les juges, à défaut de définition stricte sur les notions d'album et d'enregistrement, ont recherché ce qui constituait l'œuvre à protéger : les chansons de manière indépendantes ou l'ensemble des chansons regroupées dans un album. De là, découlait l'existence potentielle d'une atteinte à l'intégrité de l'œuvre. En effet, si la protection ne s'opère que sur chaque chanson de manière indépendante, leur regroupement n'est pas protégeable. La High Court, en retenant l'atteinte à l'intégrité, n'a pas affirmé qu'un album de musique est, par principe, une œuvre à part entière. Elle reste donc susceptible de modification ou démantèlement en vue de sa vente en ligne. Elle a néanmoins estimé, que les albums en cause, dans leur agencement et dans l'enchaînement des chansons, possédait un sens particulier. Ce sens était perceptible par le public, ce qui prohibait sa vente dans n'importe qu'elle autre configuration que l'originale. L'acquisition partielle de l'album à travers une ou plusieurs chansons, ou dans un ordre différent, constituait une atteinte à l'intégrité cognitive de l'œuvre. Si cette atteinte était constituée, c'est parce que les conditions de distribution n'assuraient pas auprès public la garantie de la perception de la signification et de la portée de l'œuvre. Partant, le droit du public à la réception devient une restriction à la liberté individuelle de recevoir. Néanmoins, elle se comprend car elle sous-tend l'action de l'artiste. Elle protège le sens du message que l'artiste a entendu transmettre à l'ensemble du public.

813. La modification en substance de l'œuvre peut aussi provenir de sa réinterprétation par des artistes différents de celui ou ceux de l'œuvre originale. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 novembre 2006¹²⁴, a affirmé que la réinterprétation d'une chanson, « *la livrant au public*

¹²³ High Court of Justice (United-Kingdom), *Pink Floyd Music Ltd & anr v EMI Records Ltd: Ch D (Sir Andrew Morritt (chancellor))*: 11 March 2010

¹²⁴ C.Cass., 1^e civ., *SAS Warner Chappel Music France c. Perret et a.*, n° Juris-Data 2006-035764. Pierre Perret se plaint, notamment, de la réinterprétation de sa chanson *Les jolies colonies de vacances* par un groupe d'artistes fixée sur un vidéogramme de karaoké. Voir notamment, **P. ALLAEYS**, « *Le droit moral de l'auteur-interprète* », D. 2007, p.417 et s.; **A. LIENHARD**, « *Une première : l'artiste-interprète mieux traité que l'auteur* », D. 2006, AJ, p.2913

sans déformation »¹²⁵ n'était pas constitutive d'une atteinte à l'esprit de l'œuvre. Le raisonnement des juges, bien que par moment critiquable¹²⁶, met en avant un élément essentiel : la réinterprétation d'une œuvre ou l'adjonction de nouveaux éléments¹²⁷ ne doit pas en changer le sens. La Cour protégerait donc le droit à la réinterprétation. En effet, l'arrêt évoqué avait pour spécificité la destination particulière de l'œuvre, à savoir le karaoké. La Cour entend donc garantir cette pratique artistique qui se destine au grand public. Néanmoins, elle dégage comme limite la corruption du sens du message original pour l'ensemble du public.

814. Ensuite, l'intégrité de l'œuvre est protégée à travers sa destination. M. le Professeur Pollaud-Dulian a affirmé que « l'une des composantes de l'esprit de l'œuvre réside dans la finalité que lui a donné l'auteur »¹²⁸. Les exemples jurisprudentiels, démontrant une forte protection de la destination de l'œuvre, ne manquent pas¹²⁹. Pour que le changement de destination constitue une atteinte, il doit être contraire à l'esprit de l'œuvre. Le changement condamnable conduit à ce que « la perception en (soit) faussée et les intentions de l'artiste nécessairement déformées »¹³⁰. Il apparaît donc logique que cette analyse se rapporte

¹²⁵ *Ibid.* Cependant, la déformation des paroles constitue une « dénaturation de l'œuvre en son texte ». CA Paris, 21 juin 1988, D. 1990, somm. p.53.

¹²⁶ Les juges se fondent sur le style « populaire » de la chanson pour justifier l'absence d'atteinte à l'esprit de l'œuvre. Néanmoins, cette assertion des juges peut servir à justifier plus largement l'absence d'atteinte à l'esprit de l'œuvre dans une compilation ne regroupant que des œuvres populaires. Toutefois, cette analyse peut rapidement trouver sa limite. Les compilations des chansons à succès de l'année doivent elles être considérées comme des compilations de chansons populaires malgré les styles radicalement opposés des chansons regroupées. Espérons que les juges n'ont pas estimé, en l'espèce, que les œuvres populaires méritaient une protection moindre.

De plus, le raisonnement entrepris laisse peu de place à la valeur de l'interprétation. Une réinterprétation peut changer le sens d'une chanson. En l'espèce, les juges ont semblé estimer que l'interprétation n'avait pas de particularisme entraînant une possible altération du sens de l'œuvre. Cependant, nous verrons par la suite que celle-ci influence de manière inévitable l'intégrité esthétique de l'œuvre.

¹²⁷ Selon, le Professeur Azzi, la Cour explique en l'espèce que l'altération peut être « spirituelle – interprétation non classique, superposition d'images inappropriés ». **T. AZZI**, « L'exploitation d'une œuvre au sein d'une compilation n'est pas de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur », JCP 2007, II, 10000.

¹²⁸ **F. POLLAUD-DULIAN**, « L'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur », RIDA, janv.2008, pp.102 et s., p.109

¹²⁹ En ce sens : TGI Paris, 15 mai 1991, (RIDA, avril 1992, p.209) condamne l'utilisation publicitaire d'une musique d'inspiration religieuse « et liée étroitement au sens des mots ». « Sa transposition dans un cadre sans rapport avec son objet (...) détourne l'œuvre de la destination recherchée par son auteur et ainsi la dénature ». CA Paris, 25 juin 1996, RIDA, 1997, p.337, la Cour d'appel fait une vision extensive de la protection en estimant que « l'utilisation à des fins publicitaires d'une œuvre dont ce n'était pas la vocation première, constitue un détournement de sa finalité lui faisant quitter le domaine purement artistique ou littéraire pour celui du commerce ». De même, l'utilisation à des fins politique d'une chanson peut constituer une atteinte à l'intégrité de l'œuvre car elle est emportée une « confusion dans l'esprit du public entre la création de l'œuvre originale et son utilisation ». En ce sens, CA Paris, 21 juin 1988, RIDA, oct. 1988, p.304. D.1990 somm. 53 ; C.Cass., Civ. 1^{ère}, 27 mars 1990, Bull. Civ. I n°75, p.54 parlant de « possibilité de confusion ». . Voir aussi, TGI Paris, 19 oct. 1989, cité dans **J.-M. BRUGIERE**, « Tintin au pays des enchères », PI juil. 2007, p.314, concernant l'image de Bécassine reproduite sur une boîte de préservatif. De même, CA Paris, 4^{ème} ch. A., 28 nov. 2007, *Universal Music c. J. Dutronc et autres*, PI avril. 2008, p.216, **A. LUCAS**, Cet arrêt démontre que l'utilisation commerciale d'une œuvre est un détournement de sa qualité première. De plus, les juges affirment que le fait que l'artiste puisse en retirer des bénéfices est sans incidence.

¹³⁰ *Ibid.*, p.111

directement au public. En effet, la destination du message influe sur la qualification du public. Cette qualification préalable est alors susceptible de donner au message un sens et une portée différente¹³¹. Ainsi, l'utilisation d'une œuvre pour une finalité susceptible de déformer le sens du contenu constitue une atteinte à l'article 10 dès lors qu'elle dénature la perception de l'œuvre par la position différente du public¹³².

815. Enfin, la dernière atteinte à l'intégrité cognitive résiderait dans la présentation de l'œuvre. Bien que « *la forme en elle-même demeure intacte (...) l'atteinte à l'esprit de l'œuvre apparaît (...) si le contexte donne effectivement une vision dénaturante de l'œuvre* »¹³³. L'atteinte réside donc dans les conditions de diffusion du message au public. La Cour de Paris a affirmé, à juste titre, qu'une œuvre « *replacée dans un contexte différent, prend nécessairement (...) une apparence et une signification nouvelles et ne reflète plus la personnalité de son auteur* »¹³⁴. L'exemple jurisprudentiel le plus connu de condamnation reste celui de l'intégration de chansons de Jean Ferrat dans une compilation multi-artistes. En l'espèce, la Cour de cassation¹³⁵ a fait droit à la demande de l'artiste. Le regroupement de ces chansons sur une compilation où figuraient certains artistes « *au passé trouble sous l'occupation* » était de nature à en altérer le sens. Les opinions politiques exprimées par ces artistes étaient « *suffisamment divergente(s)* »¹³⁶ de celles de Jean Ferrat pour créer un risque de confusion sur le sens de ses chansons par le public. Les chansons de Jean Ferrat incluses dans la compilation n'étaient pour ainsi dire pas modifiées. Or, les modalités de leur présentation restaient de nature à créer la confusion dans l'esprit du public. Elles devenaient condamnables au titre du droit moral de l'auteur. Cette affirmation n'est pas l'apanage des seules compilations musicales. Elle jouerait pour toute présentation qui dénature le sens d'un message artistique. L'expansion des moyens de communication rend cette protection particulièrement nécessaire. En effet, elle laisse entrevoir la possibilité de condamnation de toute diffusion d'une œuvre absente de toute information

¹³¹ Karine Favro démontre que la présentation d'un message, sa vocation est de nature à faire du récepteur un spectateur « *distrain* » ou « *effectif* ». Ainsi, ce dernier ne percevra pas la message de la même manière et avec la même attention. **K. FAVRO**, Thèse, op.cit., p.26. Pour preuve, lorsque le message provient d'une publicité, le récepteur est qualifié de « *spectateur d'attention moyenne* » (T. Com., Paris, 16 nov. 1992, *Toyota c. Speedy*, JurisData : 1992-046237) Il nous est donc permis de penser que lors de changement de destination d'une œuvre musicale pour un karaoké, la position du récepteur, focalisé sur la chanson, n'est pas de nature à modifier la perception de celle-ci.

¹³² Sur la distinction de la perception de l'œuvre par le public selon que ce dernier soit qualifié de public artistique ou de public en général voir : Cour EDH, *Leroy c. France*, 02 oct. 2008. Cf. *supra*, n°490 et s.

¹³³ **F. POLLAUD-DULIAN**, « *L'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur* », préc., p.119

¹³⁴ *Ibid.* p.125

¹³⁵ C.cass., ch. soc., 8 fév. 2006, *Tenenbaum c. Sté Universal Music*. Voir notamment, **T. AZZI**, « *L'intégration d'une chanson dans une compilation porte atteinte au droit moral de l'artiste* », JCP 2006, II, 10078, **J. DALEAU**, « *« Le poète a toujours raison » : victoire de Jean Ferrat* », D. 2006, pp.579 et s.

¹³⁶ **P. ALLAEYS**, « *Les compilations à l'épreuve du droit moral de l'artiste-interprète* », préc.

préalable qui vient conditionner la perception postérieure. Elle peut aussi être mise en œuvre dans le cadre de l'utilisation des nouvelles technologies permettant aux récepteurs d'accéder à des fonctions éditoriales et de présenter des œuvres dans un agencement nouveau¹³⁷.

816. Toute modification substantielle de l'œuvre ou de ses contours peut créer une atteinte à l'intégrité cognitive de l'œuvre. Bien que l'initiative de l'action revienne à l'artiste, l'atteinte est conditionnée au trouble créé dans l'esprit du public. C'est en ce sens qu'il semble approprié de supposer l'interaction du droit du public à la réception du message artistique.

B/ L'intégrité esthétique de l'œuvre

817. Fidèle à l'idée que l'art est une alliance entre un contenu et sa mise en forme, l'intégrité de l'œuvre est à protéger dans sa dimension purement esthétique. L'Internet a offert un accès facilité à nombre considérable d'œuvres, bien que souvent de manière illicite. C'est souvent au prix d'une qualité moindre que de nombreux récepteurs, épris de consommation gratuite, accèdent à un plus grand nombre d'œuvres. Le succès du *streaming*¹³⁸ en matière audiovisuelle en est la preuve. Cette pratique n'est pas à considérer comme profitable à l'échange artistique. Présentant l'œuvre sous un aspect qualitatif amoindri, les intermédiaires de diffusions prennent le parti de modifier son esthétique. Ce non respect du travail de création de l'artiste vide l'œuvre d'une partie de sa substance et, parfois, ne lui permet pas de retirer les fruits de son travail. L'œuvre originale de l'artiste, d'une intégrité esthétique irréprochable, n'est alors reçue que par un nombre limité de récepteurs qui, soit ont voulu y accéder moyennant un coût supérieur, soit ont pu y accéder car elle était disponible. De fait, un nombre croissant de récepteurs se contente d'une paupérisation esthétique de l'art. Or, c'est le public qui en devient victime. Partant du principe que le mérite d'une œuvre est indifférent¹³⁹, l'esthétique de l'œuvre voulue par l'auteur doit parvenir au public. L'intermédiaire ne peut alors porter d'atteinte ni directe (1) ni indirecte (2) à cette intégrité.

¹³⁷ Cf. *supra*, n°438 et s.. Néanmoins, la protection de l'intégrité de l'œuvre au profit du récepteur ne s'arrête pas à l'intégrité cognitive et joue aussi pour la conservation de l'intégrité esthétique de l'œuvre.

¹³⁸ Le *streaming* permet la lecture en flux direct de médias audiovisuels sur Internet.

¹³⁹ L'article L.112-1 du code de la Propriété Intellectuelle rappelle l'indifférence du mérite. La jurisprudence a rappelé ce principe en matière d'intégrité de l'œuvre. CA Paris 4^{ème} ch. 1, 16 janv. 2008, op.cit., PI juil.2008, p.326, obs. J.-M. BRUGUIERE

1) Les atteintes directes

818. Une altération directe de l'œuvre provient d'un agissement tendant à modifier la qualité de l'œuvre, tel son amoindrissement¹⁴⁰. La subjectivité d'appréciation de la qualité de l'œuvre et l'indifférence de son mérite imposent, de même, toute interdiction de tentative d'amélioration. La protection de l'intégrité esthétique se démarque par le désintéressement de la volonté qui anime l'intermédiaire. Seul le résultat, à savoir la modification esthétique de l'œuvre¹⁴¹, est à prendre en compte. Une telle interprétation sauvegarde la valeur de l'échange artistique. En effet, qu'elle soit un amoindrissement de la qualité ou une tentative d'amélioration – celle-ci étant par essence subjective – l'intervention de l'intermédiaire est une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression et de réception. L'intermédiaire modifie en substance la relation entre l'artiste et le public. Il entrave le droit pour le public de recevoir le message que l'artiste a eu la volonté de communiquer.

¹⁴⁰ L'amoindrissement de la qualité peut être plus ou moins profond. Pour une dénaturation profonde de l'œuvre, on peut prendre l'exemple de la transposition d'une œuvre de MC Solaar en sonnerie téléphonique. TGI Paris, réf., 11 oct. 2001, *M.C. Solaar et a. c. Sté Média Consulting, C. CARON* « Les sonneries de téléphones portables rencontrent le droit d'auteur », CCE 2001, comm. 122, p.20-21 ; PA 2003, p. 6, obs. **X. DAVERAT** et CA Paris, 16 sept. 2005, *Sté 123 Multimédia c. MC Solaar et a., C. CARON*, « Le droit moral n'aime pas trop les sonneries de téléphones portables », CCE 2005, comm. 170, pp.24-25. Pour une altération de l'œuvre du fait de la qualité de sa reproduction : TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 22 mars 2006, *Michèle Mercier c. Sté Universal Music*, LP 2006, I, p. 102. En l'espèce « la voix de l'interprète (...) couverte par un souffle permanent et (...) le son des instruments de musique et notamment des violons [qui] grésille ». L'intégrité de l'œuvre doit être respectée, même lorsque les intermédiaires arguent de contraintes techniques qui obligeaient à une altération. Pour « la mise en ligne de mauvaise qualité » sur les sites de vidéos : TGI Paris 3^e ch. sect. 2, 13 juillet 2007, *C. Carion et Nord-Ouest Production et a. c. SA Dailymotion et a.*, LP, sept. 2007, III, p.167, affaire relative à la diffusion en streaming du film Joyeux Noël, qui « ne permet qu'une visualisation de mauvaise qualité du fait notamment d'un cadre très réduit, inadapté pour un film long-métrage, et de l'effet saccadé » ainsi qu'un « découpage en deux parties » du film. TGI Paris, 3^e ch. sect. 1, 15 avril 2008, *J.-Y. Lafesse et autres c. Sté Daily motion et a.*, RIDA avr. 2008, pp.506 et s. De même : TGI Paris, 3^{ème} ch. section 2, 19 oct. 2007, *Sarl Zadig Productions c. Sté Google*, RIDA, janv. 2008, p.375. Concernant la numérisation : « Sous l'effet de la numérisation, les dessins ne présentent plus, ni la même netteté de traits, qui apparaissent brouillés, ni la même qualité de coloris » alors que la Cour a affirmé qu'il a été démontré « que la numérisation n'est pas incompatible avec la qualité du trait et le respect des couleurs ». **J.-M. BRUGUIERE**, « Tintin au pays des enchères », préc. p.314, CA Paris 4^{ème} ch. A, 14 mars 2007, *Sté Moulinsart et autres c. SCP G.Neret-Minet*

¹⁴¹ L'intermédiaire ne peut par exemple ajouter une musique à un film alors que l'auteur « avait délibérément choisi de livrer une bande sonore sans musique ». CA Paris 4^{ème} ch. B, 4 avril 2007, préc., **J.-M. BRUGUIERE**, « droit au respect de l'œuvre. La dénaturation de « l'Ascension du Tourmalet » », PI, juil.2007, p.315. Dans le même sens CA Paris, 29 avr. 1959, *Soc. Roy Export Company Establishment et Charlie Chaplin c. Soc. Les films Roger Richebé*, D.1959, Jur., p.402. Il ne peut non plus procéder à la mise en couleur d'un dessin en noir et blanc. C.cass., ch. Crim., 3 mars 1898 Annuaire de la propriété industrielle 1899, 72, S. 1899.1.303. On voit de même que la colorisation d'un film pour le rendre « plus attractif et au bénéfice supposé des spectateurs blasés » constitue une atteinte à l'intégrité de l'œuvre. On peut en déduire que l'intérêt primordial du récepteur est de recevoir l'œuvre initiale et non la plus attractive. Voir **P.-Y. GAUTIER**, Propriété littéraire et artistique, op.cit., p.255 concernant le procès « Huston ». De même est condamnable, sous l'effet d'une numérisation l'altération de la qualité de dessins de bande dessinés. CA Paris, 4^e ch. A., 14 mars 2007, *Sté Moulinsart et autres c. SCP G.Neret-Minet*, RG n°06/03307, **J.-M. BRUGUIERE**, « Tintin au pays des enchères », préc.

819. Une exception peut survenir en raison de l'altération de l'œuvre avec le temps. L'intermédiaire qui souhaite tirer profit de l'œuvre doit la restaurer pour éviter le reproche de la diffusion d'une œuvre esthétiquement amoindrie¹⁴². Toutefois, restaurer n'est pas améliorer, mais remettre en l'état. La Cour de cassation est allée encore plus loin dans un litige opposant Henri Salvador à la société Jacky Boy. Elle a affirmé que l'artiste pouvait s'opposer à la reproduction altérée d'un œuvre, « *quand bien même l'altération de l'interprétation procéderait de l'enregistrement d'origine et serait appréciée au regard de l'écoulement du temps et de l'évolution des techniques* »¹⁴³. La position du diffuseur est donc difficile. En effet, la médiocrité reconnue de l'enregistrement provenait, en l'espèce, « *de l'accoutumance à des enregistrements devenus de plus en plus élaborés, et du changement de perception que nous avons de la musique enregistrée* »¹⁴⁴. En l'espèce, la protection contre l'altération à travers le temps se rattache, non pas à la perception de l'œuvre, mais des œuvres par le public. Cette solution déçoit. Cette forte protection contre l'altération esthétique joue à l'encontre du droit d'accès du public à des messages artistiques à travers le temps. En effet, selon cette analyse, les œuvres trop anciennes, ou réalisées par un procédé technique vieillissant, ne mériteraient pas d'être diffusées. Or, l'évolution de la technique en matière artistique n'est pas nécessairement source de progrès. L'intérêt encore porté à la sculpture *Le penseur* de Rodin ou aux tableaux des grands maîtres l'illustre parfaitement. La conservation, voire la restauration de *La Venus de Milo*, ne saurait aller jusqu'à la reconstruction des bras et du pied manquants. Alors, si les enregistrements « *d'une qualité sonore de grande médiocrité* »¹⁴⁵ avaient été les seuls restants, le droit du public aurait dû jouer en faveur de leur accès.

820. Il appartient donc à l'intermédiaire, autant que faire se peut, de laisser l'œuvre telle qu'elle a été créée, voire de s'abstenir de la diffuser. La protection contre les atteintes directes reflète cette idée que l'entremise de l'intermédiaire dans la liberté artistique doit être la plus discrète possible. Cette discrétion commandée joue en faveur d'un droit pour le public d'accéder

¹⁴² Cette obligation, qui se rapproche de l'obligation de conservation a déjà été affirmé en jurisprudence. Par exemple, on voit que l'exploitant de phonogrammes est tenu à une « *remasterisation permettant de pallier les imperfections ou les altérations dues au temps qui passe* » d'originaux de plus de cinquante ans dont la qualité sonore était affectée. Ainsi, l'exploitant qui souhaite tirer profit de l'œuvre de restaurer préalablement l'œuvre, pour lui rendre son aspect originale. Une telle obligation pourrait aussi bien joué en matière audiovisuelle ; CA Paris, 4^{ème} ch. A, 14 nov. 2007, *Sarl Jacky Boy c. H.Salvador*, **S. CHOISY**, « *Droit à l'image de l'artiste interprète et exploitation des interprétations tombées dans le domaine public* », LP avr. 2008, III, pp.41 et s. ; RIDA, avril 2008, p.492. Voir de même sur l'impossibilité de colorier un film en noir et blanc au soi disant profit du spectateur blasé. **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.255 et note 2 sur le procès Huston.

¹⁴³ C. Cass., 1^{er} Civ., 24 sept. 2009, *Sté Jacky Boy c. H. Salvador*, note : **X. DAVERAT**, « *Le droit moral et la distribution de masse des phonogrammes* », LP n°268, Janv. 2010, III, pp.11 et s., p.13

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

à l'œuvre dans sa conception initiale. Le droit du public, en tant que soutien aux droits moraux de l'artiste, s'entend comme le droit à la réception de l'expression directe de l'artiste. Du moins, elle offre à l'artiste le choix de s'opposer au rendu esthétique de son œuvre qu'il ne souhaite pas ou plus communiquer au public.

2) Les atteintes indirectes

821. Une œuvre qui ne souffre d'aucune modification peut être atteinte dans son intégrité esthétique par l'attitude de l'intermédiaire de diffusion envers elle. Le diffuseur, par sa manière de communiquer l'œuvre, peut jeter le discrédit sur ses qualités esthétiques. Dénaturant l'image de l'œuvre auprès du public, il a une influence négative sur le désir de sa réception. Du moins, le public est à même d'établir un préjugé défavorable sur la qualité de l'œuvre et sur l'artiste. Il n'est toutefois pas question de s'attaquer à toute libre critique de l'œuvre. Néanmoins, ceux qui diffusent et promeuvent une œuvre doivent s'interdire « *tout comportement propre à ruiner sa crédibilité dans le public* »¹⁴⁶. Dénigrer un artiste ou son œuvre, pour celui qui l'exploite est une faute. La difficulté d'analyse de l'atteinte réside dans les limites de la caractérisation du dénigrement ou de la dépréciation de l'œuvre.

822. L'épisode judiciaire relatif à la mise en vente d'une compilation de chansons d'Henri Salvador, a dévoilé une analyse pertinente de l'atteinte. Les juges ont recherché les différents éléments qui pouvaient, dans l'esprit du public, créer la dépréciation de l'œuvre et de l'artiste pour en faire une appréciation cumulative. La Cour d'appel de Paris¹⁴⁷ avait relevé que la vente d'une compilation contenant 18 chansons au prix de 1 euro était un prix dérisoire par rapport aux tarifs habituels. Elle en avait déduit que l'aspect dérisoire du prix donnait l'image d'une œuvre « *de qualité ou de rareté* » altérée de nature à engendrer sa « *dépréciation* »¹⁴⁸ auprès du public potentiel¹⁴⁹. L'intention de l'intermédiaire de diffusion est indifférente pour les juges.

¹⁴⁶ TGI Paris, 15 fév. 1984, Soc. *Edition Gallimard et autres c. Soc. De droit britannique Hamish Hamilton Ltd*, D. 1984, I.R. 291. En l'espèce, la société qui publiait les œuvres d'*Albert Camus* au Royaume-Uni exploitait, au même moment, une œuvre critique sur l'auteur de nature à le décrédibiliser, ainsi que ses œuvres, auprès du public. De même, CA Paris, 7 juin 1982, D. 1983, I.R. 97. En l'espèce, l'éditeur avait ajouté à un ouvrage qu'il publiait une préface tendant à présenter l'auteur du livre comme raciste.

¹⁴⁷ CA Paris, 4^{ème} ch. A, 14 nov. 2007, *Jacky Boy c. Salvador*, préc.

¹⁴⁸ S. CHOISY, « *Droit à l'image de l'artiste interprète et exploitation des interprétations tombées dans le domaine public* », préc., p.47

¹⁴⁹ Il est à noter que la Cour d'appel de Caen avait déjà estimé que la distribution gratuite d'une œuvre était de nature à la dévaluer. CA Caen, 6 mai 1997, dans, *Ibid.*

Pour la Cour de cassation, l'intention jugée purement commerciale devient une méprise du public¹⁵⁰. L'exploitant pourrait arguer de la volonté d'offrir un avantage économique au public afin qu'il acquiert l'œuvre. Or, la Cour ne juge que de l'effet potentiellement préjudiciable sur l'échange artistique. Elle estime que cette dépréciation a un effet inhibiteur de nature à décourager l'ensemble du public à exercer son droit à la réception à l'égard d'une œuvre perçue comme de mauvaise qualité. L'ingérence de l'intermédiaire de diffusion est donc constitutive d'une atteinte à l'article 10 de la CEDH. L'attitude de l'intermédiaire pourrait apparaître comme profitable au récepteur-consommateur dans l'exercice de son droit à la liberté de recevoir un message artistique. Néanmoins, la dépréciation de la valeur artistique sur l'ensemble du public s'analyse comme l'intérêt le plus légitime.

823. Le respect de l'intégrité de l'œuvre, qu'elle soit esthétique ou cognitive, est un droit subjectif de l'auteur. Il reste inévitablement rattaché à sa volonté. Le conditionnement du droit à la réception d'un message artistique intègre serait soumis à la volonté de l'artiste. Cette logique reste donc fidèle au précepte selon lequel l'artiste est maître de la communication de son œuvre et de son apparence. Néanmoins, l'analyse du respect de l'intégrité, porte une particulière attention aux effets de la dénaturation sur le public. L'incidence du droit du public dans les droits subjectifs de l'artiste n'est pas désuète. Elle œuvre pour la garantie des intérêts primordiaux et convergents qui existent entre l'artiste et le public. Cette conception de l'échange artistique se prémunit des aspirations consuméristes de l'intermédiaire de diffusion. En effet, l'intermédiaire recherche souvent à attirer le récepteur-consommateur. Or, le droit du public se veut plus soucieux de l'intérêt de tous que du désir individuel de réception. Sans pour autant pouvoir revendiquer une action directe du public¹⁵¹, le droit précité est bien au cœur du conflit de droits. Toutefois, cette mise en exergue du public orchestrée par l'artiste n'est pas absolue. Il n'est pas rare que le public se défasse de sa subordination légitime à l'artiste pour s'allier à l'intermédiaire de diffusion.

¹⁵⁰ C. Cass., 1^e Civ., 24 sept. 2009, *Sté Jacky Boy c. H. Salvador*, note : **X. DAVERAT**, « *Le droit moral et la distribution de masse des phonogrammes* », LP n°268, Janv. 2010, III, pp.11 et s., p.13

¹⁵¹ On peut tout de même imaginer la possibilité d'une action du consommateur du bien culturel fondé sur le délit de tromperie (article L.213-1 du Code de la consommation). Cependant, cette action reste très hypothétique en raison de la lourdeur de l'action à l'égard du préjudice subi. De plus, une telle action a vocation à s'appliquer principalement pour le consommateur acquéreur d'un produit et « *s'adapte mal aux prestations de services* ». **J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ**, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, p.259

Section 2 : Le public et le diffuseur

824. Toute idée d'alliance entre le public et le diffuseur est sujette à controverse. Forcément, une alliance des intentions consuméristes font de l'artiste le grand perdant de la liberté artistique, alors qu'il en est l'initiateur. Une majeure partie de la doctrine voit dans l'instrumentalisation du droit du public à l'information un danger potentiel pour le droit d'auteur¹⁵². La légitimité d'une telle alliance a du mal à convaincre car le débat se concentre seulement sur ses incidences économiques. Or, le simple préjugé de l'alliance exclusivement consumériste doit être dépassé sans pour autant être nier. Cette association est nécessairement limitée. Elle agit, tout de même, dans le cadre direct de la réception (§1) et se développe dans ses contours, notamment la connaissance artistique (§2).

§1. Une alliance en vue de la réception

825. L'alliance du diffuseur et du public peut chercher à éroder la suprématie du droit d'auteur au profit d'autres intérêts. Or, l'art n'est pas qu'économie, il est aussi culture. En effet, le temps passant, les prérogatives de l'artiste sont susceptibles d'affecter l'accessibilité des œuvres. En effet, la limitation des droits d'auteur a pour but de ménager l'équilibre « *entre les intérêts des titulaires et l'intérêt public* »¹⁵³ en vue de parvenir avec le temps au libre accès des œuvres. La protection des œuvres en tant que patrimoine culturel intervient, restreignant leur aspect économique¹⁵⁴, pour en assurer l'accessibilité. La reconnaissance d'un droit du public à

¹⁵² En ce sens, **B. EDELMAN**, « *Du mauvais usage des droits de l'homme* », D. 2000, chr. pp.455 et s. ; **C. CARON**, « *Droit de l'homme et droit d'auteur : inquiétudes (provisoirement) dissipées* », CCE, janv. 2004, comm n°2, pp.25-26 ; **N. BRONZO**, *Propriété Intellectuelle et droits fondamentaux*, Bibliothèque de droit, L'Harmattan, 2007

¹⁵³ **B. SPITZ**, « *La durée de protection aux Etats-Unis des phonogrammes tombés dans le domaine public en France* », préc., p.11

¹⁵⁴ L'article L.123-1 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que « *l'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre (...). Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ». La durée des droits exclusifs avant que l'œuvre tombe dans le domaine public est relativement uniforme. Le *Sonny Bono Act* de 1998 à aligné la durée du copyright aux États Unis sur la durée de protection des droits d'auteur dans l'Union Européenne. Cependant, la convergence n'est pas parfaite, notamment à l'égard des artistes musicaux qui bénéficient en France d'une durée plus courte de protection. Voir : **B. SPITZ**, « *La durée de protection aux Etats-Unis des phonogrammes tombés dans le domaine public en France* », CCE juil/août 2008, pp.11 et s.

recevoir des informations par le moyen artistique peut aussi créer l'alliance ; elle affronte alors la protection de l'intérêt économique de l'artiste. Il apparaît que les intérêts convergents du public se heurtent classiquement à la protection du droit d'auteur dans le temps (I). Néanmoins, l'idée d'une valeur informative du message est un élément de nature à la relativiser (II).

I. Une alliance confrontée à l'épuisement des droits d'auteur

826. Selon Henri Desbois, « *les droits exclusifs sont exercés aux dépens de la société tout entière, alors que les œuvres de l'esprit ont une vocation naturelle à la libre propagation* »¹⁵⁵. Pour M. le Professeur Caron, le droit d'auteur est, dès sa création, limité par le droit du public. Il observe que « *si les droits de l'auteur furent affirmés, ils naquirent limités par ceux du public* »¹⁵⁶. Le droit du public a donc une tendance naturelle à influencer le droit d'auteur. Déjà, la limitation temporelle des droits exclusifs de l'auteur sur son œuvre, justifiée par le droit du public à la réception, est difficilement contestable¹⁵⁷. La résultante économique de l'œuvre s'épuise naturellement avec le temps pour laisser primer son aspect culturel. En effet, si l'intérêt économique d'un message artistique peut être substantiellement réduit avec le temps, l'expression, en tant que « *valeur culturelle* », est à considérer comme « *durable* »¹⁵⁸ car intergénérationnelle¹⁵⁹. Cette nouvelle primauté a pour but de conduire à l'accès libre aux œuvres par le public. Ce n'est d'ailleurs pas le droit du public à l'information qui est en cause, mais l'ensemble des formes de réception, quelle que soit la volonté qui anime le public. Cette évolution, à travers le temps, du compromis nécessaire entre les intérêts de l'artiste et du public profite alors aux diffuseurs. Elle leur offre un droit à la libre utilisation des œuvres en vue de leur diffusion au public.

827. La logique des droits de l'Homme confirme cette approche. En effet, les droits exclusifs de l'auteur sont inévitablement une restriction au droit de recevoir. Si, aux yeux de la Cour EDH, de telles restrictions se justifient, elle distingue entre leur caractère temporaire ou

¹⁵⁵ **H. DESBOIS**, *Le droit d'auteur en France*, 3^e édition, Dalloz, 1978, n°322 dans **C. GEIGER**, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Thèse, Les droit des affaires propriété intellectuelle, Tome 25, Litec, p.220

¹⁵⁶ **C. CARON**, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, p.247

¹⁵⁷ En ce sens, **C. GEIGER**, *Ibid.*

¹⁵⁸ **A. PERRIER**, *Le patrimoine culturel en droit privé*, Thèse, 2010, op.cit., p.190

¹⁵⁹ Voir en ce sens, *Ibid.*, pp.187 et s.

permanent¹⁶⁰. Dans l'arrêt *Müller*, relative à l'exposition de tableaux considérés comme immoraux, les juges ont pris la précaution de relever que la confiscation des tableaux litigieux n'était pas illimitée dans le temps¹⁶¹. La réticence traditionnelle envers les mesures temporellement illimitées suppose, par principe, leur non-conformité avec l'article 10 de la CEDH. Alors, le droit d'auteur ayant un caractère temporaire, il conserve sa raison d'être et son utilité sociale. L'analyse de la légitimité de la restriction imposée par les droits d'auteur varie donc en fonction de l'évolution des intérêts en cause. L'incidence économique moindre de l'œuvre et son impact culturel intact, voire grandissant à travers le temps, favorise la primauté du droit du public à la réception sur les droits d'auteur. Or, l'incidence réelle du droit du public en la matière est faible.

828. L'évolution généralisée de la durée du droit d'auteur, la portant à 70 ans *post mortem*¹⁶², laisse constater une indifférence à l'égard du droit du public. Christophe Geiger a mis en lumière l'affaire de la Cour Suprême des Etats-Unis *Eldred v. Ashcroft*¹⁶³. Ce contentieux est en partie à l'origine d'une vive critique de l'extension de la durée des droits d'auteur instituée par le *Sony Bono Copyright Term Extension Act* de 1998. En l'espèce, les juges ont validé l'allongement de la durée de protection des droits d'auteur. Ils ont affirmé que cette durée, relevant de l'appréciation souveraine du législateur, répondait aux exigences d'une durée limitée. On retrouve une distinction similaire à celle de la Cour EDH en matière de restriction au droit de recevoir. Toutefois, l'indifférence quant aux droits du public n'a pas conduit à la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en cause. Cette solution élude inévitablement la démonstration du caractère proportionné de la durée de protection des droits d'auteur. Cette décision fût amplement critiquée en raison de l'importance accordée aux enjeux économiques au mépris de l'intérêt du public. Comme le soulignent les demandeurs, cette prorogation de protection n'emporte aucun intérêt durable. Elle incite à se satisfaire des intérêts économiques existant plutôt que de créer un encouragement à la création de nouvelles œuvres¹⁶⁴. Le préjudice résultant de cette prorogation est double pour le public : elle réduit, tant les possibilités d'accéder à l'art, que l'offre artistique à travers le temps.

¹⁶⁰ En ce sens, Cour EDH, *Sunday Times (n°2) c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991

¹⁶¹ Cour EDH, *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, §43

¹⁶² Pour une analyse détaillée, voir **C. GEIGER**, Thèse, pp. 220 et s.

¹⁶³ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 1 (2003), 15 janv. 2003. Voir **C. GEIGER**, Thèse, pp.336 et s.

¹⁶⁴ En ce sens, voir **C. GEIGER**, Thèse, pp.336 et s. ; **A. LUCAS**, note sous Cour suprême des Etats-Unis, 15 Janvier 2003, *Eldred v. Ashcroft*, PI n°7, 2003, pp.170 et s., p.172

829. On peut alors douter de la légitimité de la proposition de directive de la Commission européenne visant à augmenter la durée de protection des droits voisins. En effet, elle souhaite établir à 95 ans la durée de protection des droits des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes¹⁶⁵. Les artistes-interprètes vivent, parfois, plus longtemps que la protection de leurs exécutions. De ce fait, la Commission estime qu'une nouvelle prorogation du délai leur assurerait les fruits de leur création tout au long de leur vie¹⁶⁶. Bien que cet argument soit louable, il reste, en pratique, largement critiquable et s'accorde mal avec l'équilibre entre aspects économiques et culturels de la liberté artistique. En effet, si l'artiste retire toujours les fruits de son œuvre après 50 ans d'exploitation, n'a-t-il pas pu largement en bénéficier pendant le demi-siècle précédent ? Une telle prorogation ne sert qu'une minorité d'artistes dont le succès traverse les époques. Elle ne saurait encourager les créations nouvelles. On pourrait se rassurer en admettant que cette prolongation des droits permette des investissements sur des œuvres qui ne seraient rentables qu'à très long terme. Pourtant, la durée de protection actuelle le permet déjà et n'y participe aucunement en pratique. En outre, la survivance de l'intérêt d'une œuvre, au-delà de 50 ans, justifie à plus forte raison la primauté de l'intérêt culturel pour le public.

830. Un tel litige, abordé sous l'angle du droit de la CEDH, doit laisser une large place au droit du public pour conduire à la recherche d'un juste équilibre. On ne saurait se satisfaire, à l'image de l'affaire *Eldred v. Ashcroft*¹⁶⁷, de la réponse de principe : l'intérêt individuel protégé par le droit d'auteur sert nécessairement l'intérêt du public. La restriction au droit de recevoir par les droits d'auteur perd de sa légitimité avec le temps. Pourtant, la conception défendue actuellement est hostile à toute alliance du public et des diffuseurs, de peur de fragiliser le sort des artistes. Il existe une volonté d'ignorer autant que possible l'intérêt réel du public en le substituant à un intérêt abstrait, inexorablement rattaché à la protection de l'artiste.

Cette conception trouve sa limite. Une nouvelle prorogation du délai de protection conserve des intérêts économiques, souvent résiduels, laissant subsister l'œuvre et non son public. On sait que le droit du public à la réception s'amplifie par l'épuisement des droits, l'incitant naturellement à connaître des œuvres tombées dans le domaine public. Dès lors, le but affiché est de retarder cette échéance. La disproportion n'est elle pas là ? L'augmentation de la durée de protection crée un fossé entre le public direct d'une œuvre du vivant de l'auteur et le public qui en aura le libre accès dans le domaine public. Une durée de protection de 70 ans *post mortem*

¹⁶⁵ Proposition de directive modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins COM (2008) 464 final, du 16 juillet 2008.

¹⁶⁶ Voir **C. GEIGER, J. PASSA, M. VIVANT**, « *La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public* », PI n°31, avril 2009, pp.146 et s.

¹⁶⁷ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 1 (2003), 15 janv. 2003. Voir **C. GEIGER**, Thèse, pp.336 et s.

équivalait à restreindre le libre accès de l'œuvre pendant la quasi-totalité de l'espérance de vie de récepteur qui naît à la mort de l'auteur. Alors, si au décès de l'auteur son œuvre n'est pas déjà oubliée, ce délai de protection ne favorisera pas sa découverte. Le passage du temps risque de réduire l'œuvre à un objet économique tombé dans l'oubli et ce, même pour les générations à venir. Alors, lorsqu'il est question du droit du public, il doit être aussi envisagé à la lumière du public avenir. Arnaud Perrier l'a d'ailleurs très bien observé : « *si le droit du public à la communication des œuvres de l'esprit affronte le droit (...) de l'auteur, l'utilisation des œuvres participe à la conservation du patrimoine culturel en évitant que des œuvres tombent dans l'oubli* »¹⁶⁸.

831. La convergence d'intérêt entre le diffuseur et le public a du mal à s'opposer à la prédominance de la protection de l'artiste en matière de réception. La peur que le droit du public puisse entrer en conflit avec les droits de l'artiste tend à nier toute influence de ce premier. Seule l'affirmation générale du caractère temporaire des droits d'auteur implique la reconnaissance du droit du public. Pour ce qui est de l'étendue des droits d'auteur, le droit du public est mis de côté. Or, ce déni n'est pas sans effet pervers. L'étendue de la restriction participe à la légitimation sociale des réceptions illicites dans l'opinion publique. Elle creuse, encore une fois, le fossé entre les attentes du public et celles des artistes.

II. Une alliance née de la valeur informative du message

832. La réception par le public étant la finalité de la communication, l'établissement des règles en cause est supposé s'effectuer en fonction de son intérêt. La reconnaissance du droit du public, socle sur lequel s'épanouit le droit du récepteur, est un préalable nécessaire à l'influence du droit individuel sur les prérogatives du diffuseur. Or, on tend plus largement à l'élaboration d'un fort protectionnisme des droits d'auteur pour ne « *pas encourager le sentiment d'irresponsabilité* »¹⁶⁹ du public à l'égard des œuvres. Une association des droits du public avec les diffuseurs est présumé desservir l'intérêt commun car il anéantirait les droits de l'artiste au nom d'une réception sans limite. Cette alliance ne peut donc servir à faire prospérer une convergence d'intérêts consuméristes sous couvert de droit du public à l'information.

¹⁶⁸ A. PERRIER, Thèse, op.cit., p.93

¹⁶⁹ P.-Y. GAUTIER, « *Le contenu généré par l'utilisateur* », Légicom n°48, 2008/1, pp.7 et s., p.8

833. La condamnation du service *Google Books* par le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 18 décembre 2009 en est la preuve¹⁷⁰. Le système de *Google Books* repose sur la numérisation, puis la reproduction d'extraits de livres sous format numérique. Cette initiative privée, comparables aux programmes Gallica et Europeana, a fait l'objet d'une condamnation pour contrefaçon. Le service ne possédait pas d'autorisation des ayants droits en vue de la numérisation, puis de la mise en ligne. Selon les juges, le service litigieux réalisait donc « *des actes de représentation non autorisées des œuvres* ». Or, la société en cause, pour échapper à la demande d'autorisation, se prévalait de la vocation à informer le public sur les œuvres du service. Les juges ont clairement rejeté cette argumentation : « *les couvertures concernées sont communiquées au public dans leur intégralité (...) et (...) l'aspect aléatoire du choix des extraits représentés dénie tout but d'information* » relevant de l'exception de courte citation¹⁷¹. Ce qui est intéressant dans ce jugement, c'est la distinction faite entre la possibilité laissée au public de recevoir directement l'œuvre ou une simple information à travers elle. Ainsi, la légitimité du service *Google Books* ne s'analysait pas à l'égard du droit du public à l'information, mais du droit à la réception. La convergence d'intérêts entre le diffuseur et le public était donc condamnable car elle donnait la possibilité au public d'exercer un droit à la réception en contradiction avec les droits d'auteur. Partant, toute hypothèse d'alliance entre le public et le diffuseur, dès qu'il y a exercice direct du droit à la réception, reste asservie à la volonté première de l'artiste.

834. Si l'instrumentalisation consumériste du droit du public à l'information est un échec, ce droit peut exister. La polymorphie des messages artistiques peut entraîner tant une qualification purement divertissante de l'œuvre qu'informative. En effet, une œuvre peut s'ancrer dans un débat d'intérêt général ou un sujet d'actualité, et ce malgré sa forme artistique¹⁷². Alors, le message artistique participant au « *droit du public de recevoir une information d'une autre manière* »¹⁷³ doit-il être subordonné à la volonté de l'artiste ? Au contraire, l'impérativité du droit à l'information peut-il permettre la diffusion de l'œuvre au dépend de la volonté première de l'artiste ? La première réponse veut que « *le droit d'auteur ne protège que la forme de l'œuvre et non sa substance* »¹⁷⁴. L'information contenue dans l'œuvre est inévitablement non

¹⁷⁰ TGI Paris, 3^e ch., sect. 2, *Éditions du Seuil et a. c. Google Inc. et Google France*, 18 déc. 2009 ; Voir **A. LUCAS**, « *La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur* », note sous TGI Paris, 18 déc. 2009, JCP 01 mars 2010, pp.465 et s.

¹⁷¹ Article L.122-5 3^o) du code de la propriété intellectuelle

¹⁷² En ce sens : Cour EDH, *Alves da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009

¹⁷³ Cour EDH, *Yalçın Külcük c. Turquie*, 05 déc. 2002, §41

¹⁷⁴ **C. GEIGER**, « *Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux)* », D. 2005, n°38, pp.2683 et s., p.2684

susceptible d'appropriation. Sa dynamique la portera au public par d'autres moyens. La protection conférée par les droits d'auteur n'empêche pas l'utilisation de l'information contenue dans l'œuvre par autrui. L'inclusion de l'information dans l'œuvre ne crée pas, en tant que tel, une entrave au droit d'informer le public. Toutefois, cette argumentation comporte un défaut : elle conditionne le droit du public à l'information à l'initiative de ceux qui ont l'information pour mission. Elle restreint inévitablement la portée du « *droit de recevoir une information d'une autre manière* »¹⁷⁵ reconnu par l'arrêt *Yalçın Külçük* de la Cour EDH, ravivant une distinction dépassée entre information et expression. Néanmoins, conditionner la légitimité de la restriction imposée par les droits d'auteur à l'absence d'information intéressant le public n'est pas non plus raisonnable.

835. L'alliance peut prospérer lorsque l'utilisation de l'œuvre à pour vocation d'informer le public sur l'œuvre. En effet, si l'information est de libre parcours, elle reste ici inéluctablement rattachée à l'objet protégée. Elle fait donc office d'exception au droit d'auteur. L'article L.122-5 9°) du code de la propriété intellectuelle dispose que l'auteur ne peut pas interdire « *la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur* ». Cette exception réduit alors l'alliance du droit du public à l'information et du diffuseur à peau de chagrin. Les formes artistiques, objets de l'exception, sont particulièrement réduites. En outre, l'exception, procédant par énumération, est interprétée selon le « *principe de l'interprétation restrictive des exceptions* »¹⁷⁶.

836. À l'évidence, les formes artistiques inscrites dans cette disposition ne sont pas les seules susceptibles d'intéresser le public ; l'article 5.3 de la Directive Communautaire du 21 mai 2001 instituant cette exception, ne distinguait d'ailleurs pas selon la nature des œuvres¹⁷⁷. Si

¹⁷⁵ Cour EDH, *Yalçın Külçük c. Turquie*, 5 déc. 2002,

¹⁷⁶ C. ALLEAUME, « *Propriété littéraire et artistique : novembre 2009-novembre 2010* », à propos de l'arrêt, CA Paris, Pôle 5, ch.2, 26 mars 2010, *Mandori Magazines France*, LP, déc. 2010, pp.443 et s., p.448

¹⁷⁷ Selon la Directive 2001/29/CE du 21 mai 2009 et son Article 5.3 c), les Etats ont la faculté de prévoir des limitations au droit d'auteur « *lorsqu'il s'agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d'œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée, ou lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur* ». Voir en ce sens, C. GEIGER, « *Exception d'information et droit du public à l'information : une application cumulative* », note sous TGI Paris 3^e ch. civ., 6 juin 2008, D. 2009, pp.543 et s.

cette solution est compréhensible c'est parce que l'œuvre reproduite n'est pas la source d'une information, mais son objet.

Le caractère résiduel de la disposition française provient du fait qu'elle n'est qu'une réponse aux interrogations soulevées par l'affaire *Utrillo*¹⁷⁸. En l'espèce, une chaîne de télévision avait filmé des œuvres de l'artiste Maurice Utrillo afin d'informer le public sur une exposition de ses toiles. La Cour de cassation a rejeté l'exception au droit d'auteur en raison de l'atteinte au respect des biens fondée sur l'article 1 Protocole 1 de la CEDH. Cette décision a reçu l'approbation de la doctrine qui voyait dans l'hypothèse d'une exception fondée sur le droit du public à l'information un danger pour le monopole de l'auteur¹⁷⁹. Or, si le droit au respect des biens peut obliger à la rémunération de l'artiste pour une telle utilisation, la question de la sollicitation d'une autorisation au titulaire des droits serait tout autre. Selon M. le Professeur Caron, les juges, dans l'affaire *Utrillo*, ont insisté sur « *l'inutilité du droit à l'information du public* »¹⁸⁰ en la matière. L'auteur voit dans cette solution une protection contre une « *acception large (...) (de) l'information d'un public qui, bien souvent aurait le visage d'un exploitant qui entend échapper astucieusement à ses obligations légales* »¹⁸¹.

837. Si l'intention de protéger l'auteur est louable est-il convenable de rejeter l'existence du droit du public à l'information ? Plus précisément, le diffuseur peut-il, moyennant rémunération au titre des droits exclusifs, passer outre la demande d'autorisation du titulaire des droits si le droit à l'information l'exige ? La réponse doit être, malgré l'hostilité doctrinale, positive. Le diffuseur devrait avoir le droit de reproduire ou représenter une œuvre sans autorisation. Toutefois, ce droit est à conditionner : l'œuvre doit être l'objet, voire la source, d'une information dont il ne peut être pleinement rendu compte par d'autres moyens que la reproduction ou la représentation directe. Cette utilisation à but exclusif d'information, moyennant rémunération, ne constitue alors pas une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Le diffuseur peut utiliser l'œuvre en raison de son contenu particulier, sans autre contrepartie que la rémunération due à la spécificité de sa forme.

¹⁷⁸ C.Cass. 1^{er} civ., 13 nov. 2003, *Société nationale de télévision France 2 c. Société des Auteurs dans les Arts graphiques et Plastiques*, n^o Juris-Data n^o2003-020895, Bull. Civ. I, n^o229

¹⁷⁹ En ce sens, notamment, C. CARON, « *Droits de l'homme et droit d'auteur : inquiétudes (provisoirement) dissipées.* » préc. ; N. BOUCHE, « *De la notion de courte citation* », note sous, C. Cass., 13 Nov. 2003, D.2004, jur., P.200

¹⁸⁰ C. CARON, « *Droits de l'homme et droit d'auteur : inquiétudes (provisoirement) dissipées.* », préc., p.26

¹⁸¹ *Ibid.* p.25

838. Cette extension de l'accès à l'information s'inscrirait dans les exigences liées à la considération du droit du public à l'information. L'Union européenne renforce d'ailleurs la prise en compte de ce droit. Dans la Directive relative aux services de médias audiovisuels, elle exige « que les États membres soient à même de prendre des mesures destinées à protéger le droit à l'information et à assurer un large accès du public aux retransmissions télévisées d'événements, nationaux ou non, d'une importance majeure pour la société »¹⁸². L'Union, en vertu de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux relatif à la liberté d'expression, privilégie le droit à l'information du public sur l'exclusivité de l'acquisition de droits de diffusion. En outre, cette Directive du Parlement prévoit, dans son article 15, le droit de réaliser des brefs reportages sur les événements d'un grand intérêt pour le public sans autre contrepartie que la compensation financière due au titre des droits d'auteur¹⁸³. Le droit du public émerge, notamment en raison de la valeur informative du message. Ne devient-il pas logique que le public qui connaît, par exemple, d'un litige concernant un message artistique, puisse en juger moralement à la lumière de l'ensemble de l'œuvre, plutôt que par le biais de la courte citation¹⁸⁴ ? Le public, juge moral de l'œuvre, peut établir son opinion au regard des mêmes éléments que le juge, et ce dans un but de compréhension mutuelle. La résistance de certains juges du fond y souscrit. En effet, certains juges ne chassent pas l'exception de courte citation par la reproduction intégrale de l'œuvre en raison de leur « *but exclusif d'information immédiate* »¹⁸⁵.

839. L'obligation de composer avec le droit du public à l'information en fait une « *limite externe au droit d'auteur* »¹⁸⁶ en matière de courte citation. Évidemment une telle exception comporte de nombreuses difficultés pratiques, notamment lorsqu'il est question d'œuvres littéraires ou cinématographiques. Un palliatif peut alors exister : autoriser le diffuseur de l'information d'offrir les moyens au public de recevoir l'œuvre de manière licite¹⁸⁷. Le droit d'utiliser, sur internet, les liens hypertexte comme moyen de mise à disposition des informations au public en est un exemple¹⁸⁸. Partant, une telle exception reste conditionnée, tant dans la valeur

¹⁸² Directive du Parlement européen et du Conseil, 10 mars 2010, 2010/13/UE, (49)

¹⁸³ La Directive du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 (2010/13/UE) prévoit le droit de réaliser des brefs reportages sur les événements d'un grand intérêt pour le public sans autre contrepartie que la compensation financière due au titre des droits d'auteur. (Article 15)

¹⁸⁴ Article L.122-5, 3°, a) du code de la Propriété Intellectuelle.

¹⁸⁵ C. CARON, « *Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'une œuvre* » ; note sous CA Paris, 12 oct. 2007, *SCPE c. SA 1633*, CCE, déc. 2007, comm.145, pp.35 et s.

¹⁸⁶ C. GEIGER, « *Exception d'information* » et droit du public à l'information : une application cumulative », préc.

¹⁸⁷ Ainsi, une telle exception s'accorderait avec la conception doctrinale voulant que l'intérêt du public ne puisse emporter la gratuité de l'accès aux œuvres. En ce sens, C. GEIGER, Thèse, p.136, note 5

¹⁸⁸ Voir : A. STROWEL et N. IDE, « *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* », RIDA, oct., 2000, pp.3 et s.

informatif de l'œuvre utilisée que dans les modalités son utilisation par le diffuseur. Du moins, le jeu de la proportionnalité, en la matière, intègre le droit du public à l'information plutôt que de supposer son indifférence. Cette hypothèse démontre que le message artistique n'est pas que de l'art. Il est aussi une source de connaissance pour le public.

§2. Une alliance en vue de la connaissance

840. « *La liberté est impossible à l'ignorant* »¹⁸⁹. Cette affirmation d'Alain Finkielkraut a déjà fait ses preuves à l'égard du mineur. Toutefois, la distinction ignorance/connaissance ne s'arrête pas aux portes de l'éducation et recouvre une réalité plus large. Nous avons pu voir que la notion d'accès pouvait se définir comme la « *possibilité de connaître* »¹⁹⁰. Pour que l'individu soit libre d'exercer son droit de réception il est nécessaire que l'ensemble du public ait les moyens d'accéder à une connaissance artistique. La connaissance qu'apporte le diffuseur dans le cadre son activité peut revêtir deux aspects : soit le diffuseur use du droit à l'information pour faire connaître le message, soit il utilise le message pour informer. En effet, savoir que le message existe est inévitablement un préalable à tout exercice de la liberté de choix. Le diffuseur peut ainsi avoir pour volonté de porter à la connaissance du public l'existence du message du public (I). Le diffuseur peut aussi utiliser le message dans une dimension pédagogique afin d'apporter la connaissance par son biais (II).

I. La connaissance du message artistique

841. Souvent rattachée à la courte citation à titre d'information, la délivrance d'une information relative à un message artistique s'inscrit dans le cadre des exceptions au droit d'auteur. Si une part de la doctrine se réjouit toujours de l'indifférence du droit du public en la matière, certains marquent la volonté d'une conception plus contemporaine du problème. M. le Professeur Gautier affirme sur cette question qu'il « *faut évoluer vers plus de souplesse, en respectant le principe de proportionnalité* »¹⁹¹. Cette mise en balance des droits implique que le droit du public crée son incidence sur l'exercice des droits concurrents. Le public, dans sa

¹⁸⁹ **A. FINKIELKRAUT**, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987, p.153

¹⁹⁰ Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, « accès », p.15

¹⁹¹ **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.393

vocation à être informé, devient un appui aux prérogatives du diffuseur quant à l'utilisation du message. Cette utilisation commande ici que la communication revête une intention informative à l'attention du public(A). Ensuite, l'utilisation même de l'œuvre qui est à justifier (B).

A. L'intention d'information du public

842. Les juges, dans l'affaire *Utrillo*, avaient rejeté toute incidence du droit du public à l'information sur l'utilisation de l'œuvre. En l'espèce, l'interprétation stricte de l'article L.122-5 3° du code de la propriété intellectuelle avait abouti à refuser l'exception de citation car le diffuseur « avait la possibilité d'informer les téléspectateurs de l'existence de l'exposition sans qu'il lui fût indispensable de représenter des œuvres du peintre dans les conditions critiquées »¹⁹². La motivation des juges tendait à remettre en cause la méthode utilisée par le diffuseur et non l'intention d'informer le public. Les juges ont approuvé, quoi qu'implicitement, que le reportage constituait une information pour le public. On peut donc en déduire que l'expression visant à informer le public sur l'existence d'une œuvre est susceptible de bénéficier de l'exception de citation. Un message artistique peut alors être utilisé à des fins d'information, de critique et de polémique¹⁹³. Le caractère informatif du reportage dans l'affaire *Utrillo* devait aboutir à un résultat : la prise en compte du droit du public à l'information dans la mise en jeu de l'exception de citation¹⁹⁴. Or, le public, bénéficiaire final de l'exception de citation, a été laissé de côté.

843. L'intérêt grandissant pour le test des trois étapes s'invite au cœur de la réflexion. Ce test, est destiné à permettre la reproduction d'œuvres protégées « dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »¹⁹⁵. Transcendant l'ensemble des

¹⁹² C.Cass., 13 nov. 2003, préc.

¹⁹³ Article L.122-5 3°) a) du Code de la propriété intellectuelle. Le cas des fins scientifiques et pédagogiques de l'œuvre seront abordés par la suite.

¹⁹⁴ Ce qu'avait d'ailleurs fait les juges de première instance : « qu'il en résulte qu'un fait dont le public doit être informé peut ainsi être traduit par des images qui sont nécessaires dans la mesure où elles fournissent un élément de connaissance ; qu'un reportage représentant une œuvre d'un artiste uniquement diffusé dans un journal télévisé, de courte durée, ne portera pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'autrui puisqu'il sera justifié par le droit des téléspectateurs à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel... » TGI Paris, 23 févr. 1999, D. 1999, p. 580, note P. KAMINA.

¹⁹⁵ Article 9 de la Convention de Berne, repris dans l'article 13 de l'accord ADPIC, et dans l'article 10 du traité OMPI sur le droit d'auteur.

limitations aux droits d'auteur¹⁹⁶, il laisse une place à l'intrusion du droit du public. Or, le législateur français, par excès de prudence, fait une approche des exceptions au cas par cas. Ces exceptions ont pour seul objet de résoudre les difficultés jurisprudentielles en évitant tout recours au droit du public. Comme l'article L.122-5 9°) du code de la propriété intellectuelle est venu répondre à l'affaire *Utrillo*, l'article L.122-5 3°) d)¹⁹⁷ rectifie les excès du principe d'application restrictive des exceptions par les juges. Ce dernier article envisage une exception extrêmement précise et ciblée. Il permet la reproduction d'œuvres graphiques et plastiques destinées à figurer dans les catalogues de vente judiciaire pour les exemplaires mis à la disposition du public dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en ventes. S'il est besoin de le démontrer, c'est une nouvelle fois le droit à l'information du public qui fonde l'exception. Toutefois, il n'est aucunement question de le nommer.

844. La réticence du législateur à admettre les exceptions au droit d'auteur participe à la négation de l'existence du droit du public à l'information. Il préfère des avancées sporadiques et casuistiques. Il évite ainsi de lever le voile sur l'existence du droit du public qui guiderait les exceptions. Pourtant, ce droit innerve le conflit entre diffuseur et artiste sur l'utilisation des œuvres à des fins d'information. Reconnaître le droit pour le public d'avoir connaissance des œuvres existantes n'est pourtant pas préjudiciable à l'artiste, dès lors qu'il reste encadré.

B. Le conditionnement rigide de la communication au public

845. Sous condition du respect de l'œuvre¹⁹⁸, l'information qui lui est relative peut insérer certains de ces éléments¹⁹⁹. Toutefois, la limite réside dans le fait que l'insertion de ces éléments ne doit pas valoir une communication directe de l'œuvre. L'analyse des juges en matière de courte citation tient à deux critères essentiels : le critère matériel et le critère intentionnel. La

¹⁹⁶ Pour une vision globale du test en trois étapes : **C. GEIGER, J. GRIFFITHS, R. M.HILTY**, « Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », PI n°29, 2008, pp.399 et s.

¹⁹⁷ Article institué par l'article 17 de la loi n°97-283 du 27 mars 1997, modifié par la loi n°2000-642 du 10 juill. 2000.

¹⁹⁸ En ce sens, CA Versailles, 1^e ch., 20 déc. 2001, *Daniel Pontoreau, ADAGP et a. c. Association Front National et a.*, RIDA, avr. 2002, pp.448 et s.

¹⁹⁹ Cette incorporation peut se définir comme « le fait d'utiliser publiquement de courts extraits de l'œuvre d'autrui, dans un but qui n'est pas concurrentiel ou parasitaire, mais d'information du public ». **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, op.cit., p.384

citation de l'œuvre doit être seulement partielle et courte²⁰⁰ ainsi que justifiée par sa valeur informative. Elle se regarde tant à l'égard de l'utilisation de l'œuvre par le diffuseur que de son effet sur le public. Le caractère cumulatif de ces critères prouve l'absence de communication directe de l'œuvre. Ainsi, cette forme de réception de l'information ne saurait être assimilée à l'exercice du droit à la réception du message objet de l'information. Cette analyse permet de délimiter la frontière entre le droit du public à l'information et le droit à la réception, non de les assimiler.

846. La jurisprudence *Utrillo*, par l'indifférence portée au droit du public, a fait office de manifeste pour la prééminence du critère matériel sur le critère intentionnel. Le juge n'a prêté attention qu'à l'étendue de la reproduction de l'œuvre, sans se soucier de sa portée. Or, l'analyse du critère intentionnel aurait permis de mettre en relief l'étendue de la reproduction, critère rigide, avec ses effets sur le public. L'Union européenne, dans la Directive relative aux services de médias audiovisuels, semble adopter une conception similaire au juge français concernant « *les événements d'un grand intérêt pour le public* »²⁰¹. En la matière, les organismes de diffusions ont le droit à un libre choix des « *brefs extraits* » utilisés pour réaliser des « *brefs reportages* »²⁰² sur l'événement en cause. Cette double limitation, dans la création et dans la diffusion du reportage, suppose donc une prépondérance du critère matériel sur le critère intentionnel. Pourtant, seul le critère intentionnel – ou devrait-on plutôt parler de critère d'impact – permet de rechercher si l'étendue de la reproduction constitue une information pour le public ou un mode de réception autonome. La résistance des juges du fond, tendant à mettre en avant l'intention de la citation sur sa matérialisation²⁰³, laisse enfin place à l'implication du public dans leur analyse. Cette intégration du droit du public s'ancre dans la logique de l'article 10 de la CEDH. Partant, le critère intentionnel ne peut pas être éludé de l'analyse de l'exception. En effet, c'est en lui que réside la prise en compte du droit du public.

²⁰⁰ La jurisprudence effectue une analyse proportionnelle de la quantité de citation très précise pour en admettre le caractère accessoire. Voir TGI Paris, 2 oct 2001, LP 2002, n°189, I, p.23. Notons que la doctrine s'est parfois montrée hostile à la citation en matière artistique car si la citation de l'œuvre doit être courte, elle en devient forcément dénaturante. En ce sens, **P. SIRINELLI**, RIDA, Janv. 2007, Chronique de jurisprudence, p.249

²⁰¹ Article 15, Directive du Parlement européen et du Conseil, 10 mars 2010, 2010/13/UE

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ En ce sens, **A. BOUVEL**, « Citations d'œuvres graphiques et plastiques : les juges du fond résistent, le législateur aussi ! », note sous C.Cass., 1^{er} civ., 7 nov. 2006, *Société 1633 c. SCPE*, LP, avr. 2007, III, pp.80 et s.; **V. VARET**, « Vers la reconnaissance de la citation d'œuvres graphiques et plastiques ? », Note sous CA Paris, 14^e ch. sect. B, 12 oct. 2007, *SCPE c. SA 1633*, LP, déc. 2007, III, pp.258 et s.

847. Une telle appréciation de la citation est tout aussi opportune à la lumière du test des trois étapes. La citation doit d'abord être un cas spécial justifié. En tant qu'exception aux droits d'auteur, elle se justifie par le droit à l'information du public inscrit dans l'article 10 de la CEDH.

Ensuite, elle ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Le public, par la prise de connaissance, ne saurait estimer inutile la réception ultérieure de l'œuvre²⁰⁴. Cette analyse revient donc à la distinction entre droit à l'information du public et exercice du droit de recevoir un message artistique. Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre dans l'affaire *Garcia contre Société Moulinsard* a estimé, par une interprétation souple, que la reproduction intégrale d'une vignette de bande dessinée ne constituait pas une reproduction intégrale de l'œuvre. Le Tribunal a affirmé qu'une « vignette qui constitue un extrait d'un ensemble, réalise une courte citation d'un album qui ne peut être résumé à un assemblage d'œuvres graphiques distinctes »²⁰⁵. Cette affaire illustre la nécessité d'une utilisation cumulative des deux critères. Le critère matériel apparaît plus malléable qu'il n'y paraît. Une appréciation tangible de l'étendue de la reproduction est assujettie au contexte dans lequel elle est utilisée et à l'impact qui en résulte. En effet, la reproduction intégrale d'une vignette ne signifie pas, en l'espèce, la reproduction intégrale de l'album mais une utilisation partielle et courte. La reproduction de cette vignette n'aboutissait pas à l'exercice du droit à la réception de l'album par le public. Cette analyse est éminemment sujette au contexte. Prenons l'exemple de la reproduction intégrale d'une chanson. Cette reproduction ne signifie pourtant pas la reproduction intégrale de l'album dont elle est extraite. Néanmoins, si cette chanson n'est qu'une reproduction partielle et courte d'un album, elle est un élément détachable. Sa diffusion dépasse le simple cadre de l'information pour s'inscrire dans l'exercice du droit à la réception de la chanson. Elle constitue une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

Enfin, la citation ne doit pas créer de préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur. Ce dernier critère peut être considéré comme conséquence des premiers. Il rappelle que l'utilisation de l'œuvre par sa citation n'est qu'un accessoire nécessaire à l'information²⁰⁶. Toutefois, cette référence aux intérêts légitimes de l'auteur dépasse la simple question de l'exploitation conforme aux droits patrimoniaux afférents. Elle conditionne l'utilisation du message artistique à deux

²⁰⁴ En ce sens, **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété intellectuelle et artistique*, op.Cit., p.387 ; du même auteur, « *L'élargissement des exceptions au droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes »* », CCE, nov. 2006, Etude 26, pp.9 et s. ; sur ce point voir de même : **F. POLLAUD-DULIAN**, note sous TGI Nanterre, 1^{er} ch., 22 mai 2008, *Garcia c. Sté Moulinsard*, RTD Com., pp.134 et s.

²⁰⁵ TGI Nanterre, *Garcia c. Sté Moulinsard*, 22 mai 2008, n°06/11732,

²⁰⁶ L'identification de l'auteur et de la source peut être vue comme l'obligation de ne pas porter préjudice aux intérêts de l'auteur, en ce que l'information sur son œuvre doit aussi permettre au public de savoir qui en est l'auteur et afin d'accéder à sa réception.

limites classiques : la protection des droits moraux de l'artiste et les limites inhérentes au droit à l'information. En effet, la logique veut que la vocation informative de l'utilisation de l'œuvre ne puisse se faire qu'en respectant l'auteur ainsi que l'esthétique et le sens du message présenté.

848. Protection des droits de l'artiste et droit du public à l'information peuvent s'accorder. L'intégration du droit du public à l'information dans l'exception de citation exigerait la souplesse de son interprétation lorsqu'il est question d'informer sur l'œuvre. Toutefois, elle trouverait naturellement sa limite dans la réception effective de l'œuvre. En effet, la protection des droits de l'artiste empêche les utilisations non autorisées et préjudiciable économiquement de ses œuvres. La frontière entre l'information du public et la réception effective de l'œuvre laisse donc aux diffuseurs le droit de porter l'artiste et ses œuvres à la connaissance du public. Un trop fort protectionnisme empêche de faire connaître l'œuvre et son artiste. Le préjudice n'est-il pas ici ? Le droit du public à l'information, et non à la réception, doit apporter cette souplesse. Il apparaît donc que l'on peut informer le public sur une œuvre par son utilisation. Une dernière question se pose afin de rechercher le paroxysme de cette alliance. Le diffuseur peut-il aller jusqu'à utiliser l'œuvre pour faire acquérir des connaissances au public ?

II. La connaissance à travers le message

849. Il est indéniable que la réception de messages artistiques participe à l'acquisition de connaissances. Il semblerait toutefois difficile d'attacher à cet apport une protection autre que le droit à la liberté de réception. Cet apprentissage est un choix que chacun est libre d'entreprendre. Il ne fonde pas, à lui seul, une exception aux droits d'auteur au profit du public ; auquel cas il anéantirait la protection des droits d'auteur. Toutefois, le message artistique peut, en fonction des conditions de sa diffusion, avoir vocation à apporter une connaissance à travers l'utilisation du message. Une telle exception pédagogique commande la spécificité du rapport entre un public spécifique (A) et le diffuseur susceptible d'accomplir ce rôle (B).

A/ Un public spécifique

850. L'UNESCO voit dans le message artistique un bénéfice pour la société²⁰⁷. Plus spécifiquement, cette organisation a affirmé que « *l'art à un rôle important à jouer dans l'éducation et que par leurs œuvres les artistes peuvent exercer une influence sur la conception que la population tout entière et, plus particulièrement, la jeunesse, peut avoir du monde* ». Ainsi, le droit du public à la connaissance à travers l'œuvre a un retentissement particulier pour la jeunesse en phase d'éducation. Déjà évoqué dans le cadre de l'éducation artistique, il est apparu que c'était à l'État, en tant qu'intermédiaire de diffusion de connaissance, de garantir ce droit. On peut ainsi penser que c'est en raison de l'état de jeune à éduquer que ce droit apparaîtrait. Toutefois, si l'UNESCO accorde une attention particulière à la jeunesse, elle vise l'éducation de l'ensemble de la population. La connaissance à travers l'art est de l'intérêt de tous. L'idée d'une exception au droit d'auteur nécessite tout de même son rattachement à un public ciblé. Ce dernier est déterminé en fonction de l'intérêt pédagogique que la réception est censée lui apporter. Le public ciblé doit être celui qui, par son statut, recherche la connaissance ou auquel on présuppose un besoin spécifique en raison de son état.

851. Sous l'impulsion de l'Union européenne²⁰⁸, une nouvelle exception pédagogique a vu le jour à l'article L.122-5, 3°, e) du code de la propriété intellectuelle²⁰⁹. L'exception pédagogique, applicable depuis le 1^{er} janvier 2009, peut être mise en œuvre « *dès lors que le public est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés* »²¹⁰. Englobant le cas de la jeunesse, cette disposition s'applique à l'ensemble des acteurs du monde de l'éducation. Le public en cause doit être directement concerné ; ce n'est donc qu'en raison de leur statut qu'ils accèdent à la réception. L'exclusion expresse de l'intention « *ludique ou récréative* »²¹¹ de l'activité le prouve. La seule possession du statut ne suffit pas, il est exigé que le public agisse en tant que tel. L'institution de l'exception pédagogique témoigne de l'existence d'un droit à la connaissance à travers les œuvres. En effet,

²⁰⁷ La déclaration de l'Unesco sur les conditions de l'artiste affirme la pleine conscience « *de la contribution que l'art et les artistes apportent à une meilleure qualité de vie, au développement de la société et au progrès de la tolérance, de la justice et de la paix dans le monde* ». Déclaration finale relative aux conditions de l'artiste, UNESCO, 20 juin 1997.

²⁰⁸ Article 5.3 a) de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

²⁰⁹ Article inséré par la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative aux droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, article 1^{er}

²¹⁰ Article L.122-5, 3°, e)

²¹¹ *Ibid.*

cette alliance du public et du diffuseur ouvre bien un droit à la réception d'un message artistique en marge de la protection des droits d'auteur. Enfermé dans le cadre strict d'un statut particulier, le public est supposé rechercher les apports pédagogiques de la réception.

852. Un autre cas, nouvellement pris en compte, fonde une exception : le handicap. C'est ici la connaissance d'émotions et de formes artistiques qui sont offertes à la personne handicapée en vue de son épanouissement personnel par l'appréhension de sensations nouvelles. Si cette exception est étudiée ici, c'est qu'elle renferme une alliance du diffuseur et du public pour que l'aménagement des droits d'auteur permette la réception du message. Elle a donc pour but apparent de faire connaître aux personnes handicapées des œuvres qu'elles ne pourraient recevoir par le strict respect des droits d'auteur. La loi du 1^{er} août 2006 a donc instauré une exception à l'article L.122-5 7° du code de la propriété intellectuelle au profit des « *personnes atteintes d'une ou plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques* »²¹². Cet article a été critiqué en raison de son apparente illisibilité²¹³. Toutefois, on peut établir que le conditionnement de l'exception revient à la preuve de l'une des déficiences prévues. Cette condition établie, elle doit être rapportée à la réception recherchée par la personne. En effet, l'accès au message par le biais de cette exception n'est permis que « *dans la mesure requise par le handicap* »²¹⁴. La réception reste donc particulière. Elle est donc un palliatif précis à un problème particulier. L'exception n'ouvre pas au public handicapé un droit de recevoir l'ensemble des messages en marge du respect des droits d'auteur. Elle se limite aux seuls messages que les individus n'ont pas la possibilité de connaître par eux-mêmes. L'exception joue donc sur les formes d'expressions de nature à surmonter la déficience de la personne ; l'aménagement de la forme de l'œuvre ou sa transposition dans une forme nouvelle permet de dépasser le handicap.

853. La relation demandée entre l'œuvre et le handicap pour justifier d'une exception reste incertaine. La forme particulière de l'œuvre proposée doit-elle rendre possible la réception ? Être adaptée au handicap ? Ou avoir un lien suffisamment tangible avec le handicap pour justifier une exception ? Ces questions démontrent que si la mise à disposition d'une œuvre se justifie à raison du handicap de l'individu, son étendue est difficilement déterminable. Cette difficulté de détermination provient du fait que l'exception n'a été envisagée, comme à son habitude, que

²¹² Cet article soumet le niveau d'incapacité à un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.

²¹³ Voir **E. PIERRAT**, « *L'exception au bénéfice des personnes handicapées* », *Légicom*, n°39, 2007/3, pp.33 et s.

²¹⁴ Article L.122-5, 7° du Code de la propriété intellectuelle

pour encadrer quelques cas spécifiques. Cette disposition fait effectivement écho à la question des livres en écriture Braille pour les aveugles et les vidéogrammes sous-titrés pour les malentendants. L'application de cette exception est inévitablement amenée à évoluer et la question reste encore ouverte sur « *l'utilisation qui en sera faite et sur le contrôle qui sera exercé* »²¹⁵.

Toute la difficulté réside dans la détermination des limites de l'exception. La diversité des déficiences envisagées ne peut réduire son application aux seuls cas où l'œuvre est totalement imperceptible par la personne. Il est donc préférable de s'orienter vers la recherche d'un rapport raisonnable d'adéquation entre le handicap et la forme de réception du message. Une première problématique se pose : celle de la capacité à la réception du message original par la personne handicapée. En effet, la capacité à recevoir l'œuvre dépend tant du support, que du type et du degré handicap de l'individu. L'analyse doit porter donc sur la possibilité de recevoir et de comprendre le message. Certains handicaps présument l'impossibilité de recevoir le message, d'autres méritent une analyse approfondie. L'exception pose ensuite la question des supports touchés par l'exception. Toute forme d'expression artistique n'est pas substituable ; tout handicap n'est pas surmontable par un support de substitution. L'idée que l'exception ne puisse jouer que lorsque le handicap se trouve totalement surmonté par le nouveau support est une condition trop stricte. L'application doit plus largement dépendre de l'affirmation que le support de substitution de l'œuvre surmonte le handicap à un degré suffisamment important pour permettre l'exercice du droit de recevoir.

854. L'intérêt de cette exception réside aussi dans une certaine relativisation des droits moraux. En effet, l'adaptation de l'œuvre sur un support adapté peut la dénaturer²¹⁶. Par exemple, le sous-titrage des films au profit des personnes malentendantes ne reprend pas le texte exact des acteurs. Ils sont raccourcis afin que le public puisse se concentrer sur le texte et sur l'image. Une application stricte des droits moraux condamnerait une telle pratique. Or, une telle protection des droits d'auteur ne serait pas envisageable. Elle est susceptible de constituer une discrimination prohibée en vertu de la combinaison des articles 10 et 14 de la CEDH. De manière plus explicite, l'Union européenne a affirmé le droit des personnes handicapées à recevoir des messages. Que ce soit en matière de réception audiovisuelle ou par le biais d'Internet, L'Union européenne souhaite que les personnes handicapées bénéficient d'un droit

²¹⁵ **P.-Y. GAUTIER**, « *L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le test des trois étapes* », CCE, nov. 2006, Etude 26, pp.9 et s., p.9

²¹⁶ Cf. *supra*, n°807 et s.

d'accès équivalent à celui d'autrui. Elle souligne alors que la réalisation de cet objectif ne peut se faire que par « *des moyens différents* »²¹⁷. Elle souligne que « *les moyens pour parvenir à l'accessibilité devraient comprendre, mais de manière non exhaustive, la langue des signes, le sous-titrage, la description audio* »²¹⁸. L'intervention du droit du public handicapé à recevoir un message apporte donc une souplesse de l'appréciation de l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre. Cette prise en compte du droit du public, dans l'intérêt de tous, s'oppose à ce que les droits de l'artiste entravent le droit de recevoir d'une part du public en raison de son handicap.

855. L'art, de manière générale, est bénéfique à la connaissance. Ce seul fait ne saurait être instrumentalisé afin d'entamer une érosion des droits de l'artiste. L'idée d'une alliance entre le public et le diffuseur nécessite donc une réception spécifique qu'elle soit pédagogique ou palliative. Ces manières de recevoir présument l'apport d'une connaissance nouvelle au public. Toutefois, cette caractérisation du public, pour conduire à une réelle alliance, doit être confortée par la spécificité du diffuseur,

B/ Une délimitation des diffuseurs

856. L'exercice de la diffusion doit s'accorder avec la spécificité du public afin de s'assurer de l'intention de communiquer à son profit et dans le but fixé par l'exception. Il est difficile d'établir des critères afin de délimiter les diffuseurs susceptibles de tirer profit de ces exceptions. Ces dernières se distinguent, tant par l'étendue de l'utilisation des œuvres, que par les modalités de leur réception. L'exception pédagogique ne vise que la notion d'extraits tandis que l'exception au profit des personnes handicapées laisse un accès intégral à l'œuvre. Cependant, là où l'utilisation de l'œuvre est la plus étendue, la réception est personnellement limitée. Deux critères généraux ressortent tout de même quant à la mise en jeu de ces exceptions par le diffuseur : l'intention non lucrative de la communication et la spécificité du diffuseur.

857. Dans un premier temps, ces exceptions commandent soit l'absence « *(d') exploitation commerciale* »²¹⁹ de l'œuvre, soit sa reproduction « *à des fins non lucratives* »²²⁰. Cette

²¹⁷ Directive du Parlement européen et du Conseil, 25 nov. 2009, 2009/136/UE, (12)

²¹⁸ Directive du Parlement européen et du Conseil, 10 mars 2010, 2010/13/UE, (46)

²¹⁹ Article L.122-5, 3°, e) du code de la propriété intellectuelle

²²⁰ Article L.122-5, 7° du code de la propriété intellectuelle

exigence revient à la protection contre une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Cette condition tient lieu de présomption d'intention de la communication. En effet, toute tentative d'exploitation commerciale remet en cause l'affirmation d'une utilisation de l'œuvre à des fins d'apports de connaissance. Cette utilisation de l'œuvre d'autrui par le diffuseur doit être marquée par son désintéressement ; si l'utilisation de l'œuvre peut s'effectuer sans octroyer de bénéfice à son auteur, elle ne saurait en accorder un au diffuseur.

858. Dans un second temps, les exceptions déterminent les diffuseurs potentiels. En effet, l'exception en faveur des personnes handicapés restreint les diffuseurs aux « *personnes morales et (...) (aux) établissements ouverts au public* »²²¹. Il s'ensuit une liste d'exemples que la formule « *tels que* » laisse présager comme non exhaustive²²². L'exception pédagogique entend limiter la communication « *dans le cadre de l'enseignement et de la recherche* ». Cette deuxième limitation reste plus floue. Toutefois, ces deux délimitations ont pour objectif de faire jouer l'exception pour les diffuseurs ayant une vocation naturelle à transmettre la connaissance à travers les œuvres. La seule intention de diffusion de la connaissance ne saurait donc suffire ; la fonction prêtée au diffuseur doit légitimer son action. Or, le flou de la rédaction des exceptions émet le doute sur la conception à faire de cette fonction. Doit-elle être la fonction remplie au moment de la diffusion, ou la fonction habituelle ? S'apprécie-t-elle de manière formelle ou à travers l'esprit du public ? Le principe de l'interprétation stricte des exceptions au droit d'auteur ne retiendrait que les diffuseurs qui ont pour fonction habituelle et statutairement établie de s'adresser au public visé. Néanmoins, cette appréciation ne s'inscrit pas dans la réalité de la pratique. Le seul recours à des intervenants extérieurs dans le cadre de l'enseignement conduit au doute de l'application de l'exception. L'incidence du droit du public doit faire préférer des critères souples. La fonction du diffuseur est à considérer comme celle qui est perçue comme telle par le public au moment de la diffusion.

859. L'alliance de ces deux critères opère une délimitation contextuelle qui ne laisse se propager cette exception que dans des circonstances spécifiques et clairement identifiées. La délimitation préalable d'un public spécifique et de son diffuseur distingue cet apport de connaissance d'une diffusion de masse de l'œuvre au-delà de la finalité fixée par l'exception.

L'hostilité à l'affirmation du droit du public, comme corollaire des prérogatives du diffuseur, existe donc en raison de la peur d'une érosion de la protection du droit d'auteur. Elle

²²¹ Article L.122-5, 7° du code de la propriété intellectuelle

²²² L'article vise les bibliothèques, archives, centre de documentation et espaces culturels multimédia.

n'empêche pas sa timide intrusion dans la matière. Cette immixtion, souvent implicite, offre une meilleure articulation des droits et des intérêts en jeu. Elle prend en compte l'ensemble des acteurs de la liberté dans la résolution des litiges qui les affrontent. La fondamentalisation des droits d'auteur ne peut donc l'ériger en droit absolu. L'émergence de droits du public doit alors faire entrer le droit d'auteur dans l'ère de la proportionnalité, au risque de devenir un élément de restriction combattu et désavoué.

Conclusion du Chapitre 2

860. L'influence du public sur les autres acteurs de la liberté artistique est contrôlée, voire tenue en laisse. L'hostilité latente à l'immixtion du droit du public dans un domaine où les droits de l'artiste doivent rester la préoccupation principale conduit à sa difficile émergence. Néanmoins, ce droit se manifeste, ce qui conduit à plusieurs observations. Le public et l'artiste s'affrontent. L'artiste entend protéger sa création contre toute mauvaise utilisation, que le préjudice soit moral économique. Une intrusion brutale du droit du public, en vue de contenter l'ensemble de ces aspirations contemporaines est donc risquée. Elle peut facilement conduire à un dérèglement de l'équilibre entre les droits des différents acteurs, voire entraîner une perte irrémédiable de tout un pan de la protection des artistes. Pour autant, la situation actuelle est amenée à évoluer.

861. L'émergence des droits du public doit être axée prioritairement sur un plan culturel. Le droit en cause a vocation à s'insérer dans la mise en balance des droits dans le but de ne pas dévoyer l'essence de l'art, de la création de l'œuvre à sa communication au public. Cette conception fait du droit du public le meilleur allié de l'artiste. Les attentes nobles, et non consuméristes, du public sont trop peu prises en compte. Ce déni provoque une nouvelle rupture dans les relations entre l'artiste et le public. Or, l'appréhension du public, dans sa généralité est un moyen de renforcer cette relation à travers la mise en avant de la fonction de l'art dans la société démocratique. Elle est nécessaire à la pérennité de l'échange artistique, à la compréhension de l'art et à la stimulation de la créativité.

Conclusion du Titre II

862. Le public est une notion complexe et abstraite. Rechercher son intérêt n'est pas contenter toutes ces aspirations. Tout acteur peut invoquer indifféremment le droit ou l'intérêt du public à son profit. L'intérêt du public devant être celui de tous, il ne peut être que supposé et conditionné à la place que le droit veut bien lui offrir. C'est pourquoi l'État doit être le premier garant des droits du public ; du moins, cette garantie l'oblige à accorder des droits au public et à les mettre en œuvre à son profit. Définir ce qui est profitable au public n'est pas aisé car la notion de public est ambiguë. Elle met en exergue deux aspects cumulatifs du droit de recevoir : un aspect économique et un aspect culturel. Ces deux aspects doivent s'équilibrer autour d'un objectif, l'accès du public à l'art. L'art, démocratisé, doit être abordable, durable, diversifié et pour tous. La difficulté d'une telle tâche fait alors comprendre pourquoi cette satisfaction du public reste, parfois, à l'état d'objectif. Le droit du public évolue, s'étend et se clarifie après chaque nouvel acquis.

863. Lorsque le public rencontre les autres acteurs de la liberté artistique, tant l'artiste que le diffuseur prétendent agir en son nom ou, tout du moins, en fonction de son intérêt. La conclusion est souvent la même : le juge devient l'arbitre des prétentions, si tant est qu'il laisse une place au public dans le débat. Cependant, cet intérêt du public est difficile à matérialiser. Qu'attend-il ? Quel droit doit-on lui accorder ? Tout n'est qu'une question d'idéologie. Le public doit être le soutien à la création de l'artiste et non le commanditaire d'une œuvre. Le public doit recevoir le travail d'un artiste et pas seulement un produit. Ainsi, le public est à concevoir comme un amateur d'art qui souhaite le voir persister dans le temps. Il ne doit pas être ce public épris d'individualisme et de consumérisme. En effet, ce public est celui qui affiche au profond mépris pour l'équilibre de la liberté artistique.

864. La conception qui ouvre des droits au public est celle d'un public désireux de découvrir, de redécouvrir, d'utiliser, d'apprendre, de comprendre, voire de participer et non de simplement recevoir à tout prix. En définitive, si l'émergence d'un droit du public est lent et difficile, c'est parce qu'il doit être circonscrit à la conception d'un public qui aime l'art pour ses qualités. Le droit de recevoir ne doit pas protéger le public qui ne recherche que la profusion des œuvres tout en méprisant leur valeur.

Conclusion de la Partie II

865. La dimension sociale de la liberté de réception implique inévitablement l'appel à la notion de public. Ce dernier se décline soit en une zone de conflit de façon interne soit en zone d'adéquation en raison d'un intérêt commun. Il pouvait apparaître difficile de prétendre à un intérêt commun du public artistique après avoir démontré l'idée que l'intérêt général réside dans le pluralisme, ce qui sous-tend l'idée d'opposition, et la nécessaire protection des individualités face aux tiers hostiles. La conclusion peut alors se résumer à l'idée qu'il n'existe pas un public, mais des publics. Le recours à cette notion en tant qu'entité universelle et abstraite n'aurait pas lieu d'être. Or, si les individus effectuent des choix inévitablement différents quant aux œuvres auxquelles ils souhaitent accéder ou se soustraire, ils se retrouvent dans les raisons et l'intérêt qui font que l'Homme se tourne vers l'art. Derrière les publics des messages artistiques se trouve bien un public de l'art.

866. Cette valorisation du public artistique, en tant qu'entité abstraite et à vocation universelle, permet la mise en exergue de l'apport de l'art à la société, conférant à l'artiste un rôle qui lui est propre. C'est ce rôle reconnu de l'artiste et cet apport pour l'Homme qui guident la reconnaissance du droit du public. En outre, cette recherche de droits relatifs au public tend à réduire l'opposition interne au public, ou doit-on dire, entre les publics. En effet, le droit du public impose l'accès à l'art. De là, ce sont des messages divers, dans la forme, dans le fond, dans la culture et dans le temps qui doivent s'offrir. L'idée d'un public implique de mettre à la portée de tous l'ensemble des richesses de l'art. Ainsi, chacun peut recevoir un message en adéquation avec sa culture et ses envies, mais aussi aller découvrir, apprendre et comprendre les cultures et les goûts d'autrui. Ainsi, le public participe aussi à la liberté de chacun dans la dimension sociale.

Conclusion générale

867. L'idée peut paraître surprenante de prendre un sujet *a priori* à l'envers de la tendance. Se concentrer sur la réception du message artistique peut être considéré comme résiduel à une époque où le public est omnipotent de fait et où le sort des artistes semble fragile. Pourtant, la valorisation du droit à la réception est un atout pour la liberté artistique, message qui a du mal à être compris. La Cour EDH a trop souvent pris le parti d'analyser la liberté d'expression de l'artiste sans en évaluer les conséquences sur les récepteurs. On semble avoir peur que « *la vie imite l'art bien plus que l'art n'imite la vie* »²²³. Alors, la conception actuelle du récepteur ou du public tend, soit à sa surprotection, soit à sa diabolisation. Deux solutions en ressortent : protéger les récepteurs contre le message de l'artiste et protéger l'artiste contre les récepteurs. Cette tendance éloigne l'artiste et les récepteurs. Elle met à mal ce rapport particulier qu'ils entretiennent autour de l'œuvre et devient nuisible à l'échange artistique. Ce constat douloureux tient principalement à deux raisons : la dévalorisation globale de l'art et la dépréciation de la capacité cognitive des individus face aux messages artistiques.

868. Les récepteurs sont des individus qui possèdent une autonomie de volonté qui leur permet d'effectuer des choix sur les messages artistiques auxquels ils souhaitent se soumettre. Cette liberté de choix doit être respectée. La première condamnation d'un message artistique est sociale. Elle provient du choix de ne pas s'y confronter, que ce soit parce que l'individu réprouve le message ou ne trouve aucun intérêt à le recevoir. L'homme est libre de ses opinions, de sa pensée et doit pouvoir, soit les conforter, soit les remettre en cause par la réception des messages artistiques souhaités. Dénigrer ce droit au choix, c'est aussi dénigrer sa protection, faisant du message artistique, quel qu'il soit, une contrainte. Il peut encore être argué, de manière abstraite, qu'un message artistique se communique au public et que l'opposition inévitable fait que tous les choix ne peuvent être respectés. Soit les récepteurs l'emportent et la contrainte sévit, soit les opposants à la réception dominant et l'art n'a plus lieu d'être. Pourtant, il est possible de développer l'individualisme du choix dans le respect d'un pluralisme collectif. En effet, il y a des messages et des publics qui s'articulent autour d'un contexte. Toutes les œuvres n'ont pas la même place dans la société et ne doivent pas l'avoir. Tout n'est alors qu'une question d'adéquation entre le message et ses récepteurs.

²²³ O. WILDE, *Intentions, Le déclin du mensonge*, 1891

869. La recherche d'adéquation entre le message et son public opère inévitablement une relativisation du contenu et devient un atout pour la liberté artistique. Les actions intentées contre le chansonnier Pierre-Jean de Béranger²²⁴ ou contre quelques cinéastes contemporains n'ont pas vraiment changé ; les censures les plus vives se fondent toujours sur le seul contenu du message. Suffit-il que le message choque ou indigné certains pour commander que l'on recoure aux ciseaux d'Anastasia sans même se soucier de savoir qui pouvait être choqué. Cette relation au contenu ne peut plus prospérer dans une société aux sensibilités plurielles ou toute idée possède son contraire, et tout agrément sa réprobation. C'est alors la diversité qui doit l'emporter, quitte à ce qu'elle choque parfois certains au profit d'autres, amenant ainsi au débat démocratique. La réprobation sociale d'une œuvre et souvent bien plus vive et lourde de conséquences que celle des tribunaux. En effet, si le droit au libre choix existe, « *la plus cruelle manifestation de désapprobation du public, c'est son absence* »²²⁵.

870. Tous les acteurs de la liberté artistique doivent participer au respect du pluralisme des idées artistiques et à leur réception effective, plutôt que de conditionner l'esprit du récepteur aux seuls messages considérés comme non dommageables pour lui. En effet, la diversité de sensibilités des individus composant le public implique qu'ils perçoivent un même message artistique de manière différente. Ainsi, « *l'auteur écrit une pièce, les acteurs en jouent une autre, et le public en comprend une troisième* »²²⁶, voire chaque individu en retire sa propre interprétation. Les émotions et les réflexions sont donc différentes selon les individus. La réception du message artistique revient à ce qu'Émile Faguet écrivait sur l'art de lire : « *c'est l'art de penser avec un peu d'aide* »²²⁷. Si l'art peut mener à la connaissance et à la réflexion, alors la force de l'artiste est de ne pas seulement s'exprimer sur ce qui intéresse le public, mais d'intéresser le public à ce qui l'exprime.

871. Si l'esprit du récepteur ne doit pas être conditionné, sa façon de recevoir peut l'être. La facilitation croissante de la réception, notamment par les évolutions technologiques, fait que le public possède une importante faculté d'agir. Bien souvent, ce pouvoir de fait verse dans l'illégalité. Il est nécessaire de dompter un public devenu, à l'égard des œuvres, avide et

²²⁴ Cet artiste était un chansonnier du 19ème siècle. Ces textes ont donné lieu à un procès en raison de leur contenu licencieux. *Procès fait aux chansons de P.-J. Béranger*, Paris, 1822

²²⁵ **M. ACHARD**, *Réponse de M. Marcel Achard au discours de M. Thierry Maulnier, Discours prononcé dans la séance publique*, 20 janv. 1966, Paris, Palais de l'Institut, http://www.academie-francaise.fr/Immortels/discours_reponses/achard2.html

²²⁶ **C. BARET**, dans : *Le correspondant*, vol. 314, 1929, Édition Charles Douniol

²²⁷ **E. FAGUET**, *L'art de lire*, Hachette, 1912, p.160

insatiable. Lui donner le choix de la réception, c'est aussi lui montrer quels choix s'offrent à lui, en termes de licéité et de capacité. C'est aussi, dès l'enfance, lui apprendre à faire des choix, lui apporter l'éducation en vue de la compréhension de l'art et des messages qui en dépendent.

872. Mieux comprendre l'art renforce l'assurance d'un libre choix du récepteur et valorise le rôle de l'artiste. Ce dernier commente, revisite et dépeint la société. Parfois, il en propose une nouvelle conception, souvent il dérange. Dès qu'il choque, qu'il semble aller trop loin, l'image de Gwynplaine, personnage de *L'homme qui rit*, ressurgit. L'artiste devient un « *souffrant profond qui rit à la surface* », un homme délétère. On tend alors à nier la liberté de choix du récepteur en le protégeant des messages supposés nuisibles. « *L'apparence solide [de la liberté artistique] se transforme en submersion* »²²⁸ ; elle devient une expression pour soi qui doit, autant que faire se peut, ne pas atteindre le public. Or, les opinions de l'artiste et leurs modes de formulation s'inscrivent dans un débat d'idées essentiel à la société démocratique. Le droit à la réception du message artistique est nécessaire pour affermir ce rôle.

873. Cette conception de la réception du message artistique n'a pas pour but de générer une omnipotence du public ou du récepteur individuel. Elle défend la volonté d'un équilibre entre l'ensemble des acteurs de la liberté en cause, d'une pérennité dans l'échange spécifique du message artistique. Le droit à la liberté de recevoir un message artistique mérite sa protection, car sans lui, l'artiste est réduit à peu de choses. S'il devait nous en convaincre, peut être, dirait-il : « *Que serais-je sans toi, Public mon ami ? Toutes mes émotions un monologue, et toute ma joie serait muette* »²²⁹.

²²⁸ V. HUGO, *L'homme qui rit*, op.cit., Vol.4, p.263

²²⁹ Goethe, cité dans P. GRAPPIN, *La théorie du génie dans le préclassicisme allemand*, Thèse, PUF, 1952, p.281

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

Ouvrages généraux

ARIES P., *Déni d'enfance*, Edition Golias, 1997

DE MAISTRE J., *Les Soirées de Saint-Pétersbourg ou Entretiens sur le gouvernement temporel de la Providence*, édit. Rodolphe de Maistre, Paris, 1821

DEBIESSE F., *Le Mécénat*, PUF, Que sais-je ?, 2007

FINKIELKRAUT A., *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987

JAEGER W., *Paideia: la formation de l'homme grec*, traduit par A. et S. DEVYVER, , collection Tel, Gallimard, 1964,

JOUHANDEAU M., *Journaliers XX « jeux de miroirs »* (1965-1966), NRF, collection Blanche, 1973, Paris

KANT E., *Kritik der Urteilskraft*, (Critique de la faculté de juger), 1790

KANT E., *Observation sur le sentiment du beau et du sublime*, édition Vrin, 1969

LALANDE A., *Vocabulaire de la philosophie*, 1932

MAC LUHAN H. M., *Understanding Media : The extensions of man*, Mentor, 1964, New York

MILL J. S., *De la liberté*, (1859), Traduit et commenté par G.BOSS, Éditions du Grand Midi, Zurich, 1987

Ouvrages sur l'art

BAUDELAIRE C., *Curiosité esthétiques*, Salon de 1846, édité en 1868, Éditions Michel Lévy Frères, Paris

BENETOLLO A., *Rock et politique*, Logiques sociales, L'Harmattan, 1999

BOURGET P., *Sur les murs de Paris : 1940 – 1944*, Hachette, 1959

GAUTIER T., *La revue des deux mondes*, vol. XIX, 1847

GENSANE B., *Censure et libertés au Royaume-Uni*, Les essentiels de la civilisation anglo-saxonnes, Ellipses, 2001

GERVEREAU L., *La propagande par l'affiche*, Syros, 1991

HASKELL F., *Mécènes et peintres*, Gallimard, 1991

- HEGEL G. W. F.**, *Vorlesungen über die Ästhetik*, (Leçons sur l'esthétique), 1818-1829, publié par Heinrich Gustav Hotho 1835-1838, Berlin
- KORPE M.**, *Shoot the singer! Music censorship today*, Zed Books, Londres. 2004
- MOULINIER P.**, *Politique culturelle et décentralisation*, L'Harmattan, 2002, p.168.
- PERRE-CAPS S.**, *La Multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995
- STENDHAL**, *Histoire de la peinture en Italie*, XX, dans MATORE

Ouvrages juridiques

- AUBERT J.-L.**, *Le contrat*, Droit des obligations, Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} édition, 2000, Paris
- BENABANT A.**, *Les obligations*, Domat droit privé, Montchrétien, 11^{ème} édition, 2003
- CARBONNIER J.**, *Droit Civil, Introduction*, Tome 1, 27^e édition PUF, 2002
- CARBONNIER J.**, *Droit Civil : Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Tome 1, PUF 2004
- COHEN-JONATHAN G.**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1989
- COLOMBET C.**, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 8^e édition, 1997, Paris
- CORNU G.**, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Domat droit privé, Montchrétien, 12^{ème} édition
- CORNU G.**, *Vocabulaire Juridique*, Quadriga, Dicos poche, 7^{ème} édition
- FABRE-MAGNAN M.**, *Droits des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, Thémis droit PUF, 2008
- FRANCON A.**, *Cours de propriété littéraire artistique et industrielle*, Les cours du droit, Litec 1996/1997
- GAUTIER P.-Y.**, *Propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} édition refondue, Puf Droit, 2004
- JESTAZ P.**, *Le Droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 1991
- LE TOURNEAU P.**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, Dalloz, 2006/2007
- LEVINET M.**, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Némésis, 3^e édition refondue, 2010
- LUCAS A.**, *Propriété littéraire et artistique*, Connaissance du droit, Dalloz, 4^{ème} édition, 2010
- MARGUENAUD J.-P.**, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Connaissance du droit, Dalloz, 4^{ème} édition, 2008
- MARINO L.**, *Responsabilité civile, activité d'information et médias*, Collection droit de l'audiovisuel, Economica, 1997
- OBERDORFF H.**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2^{ème} édition, 2009

- PECES-BARBA MARTINEZ G.**, *Théorie générale des droits fondamentaux*, droit et société, Maison des Sciences de l'Homme, LGDJ, 2004
- PIERRAT E.**, *La guerre des copyrights*, Fayard, 2006
- RENUCCI J.-F.**, *Traité européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007
- SUDRE F.**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} édition refondue et augmentée, PUF, 2008
- VERON M.**, *Droit Pénal spécial*, 12eme édition, Sirey, 2006
- VOUIN R.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1968
- VON PUFENDORF S.**, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit par **J. BARBEYRAC**, Tome 1, 1732, édition du centre de philosophie et juridique de l'Université Caen 1987,
- WACHSMANN P.**, *Les droits de l'homme*, Connaissance du droit, Dalloz, 5^{ème} édition, 2008

Ouvrages juridiques collectifs

- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F.** (sous la direction de), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Quadrige, PUF, 2008
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F.**, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005
- BRIBOSIA E. et HENNEBEL L.**, *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004
- CABALLERO F., BISIOU Y.**, *Droit de la drogue*, Précis Dalloz, 2ème édition, 2000
- CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET T.** (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de, Dalloz, 16^{ème} édition, 2010
- CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F.**, *Droit de la consommation*, Précis dalloz, 7^{ème} édition, p.259
- CHAGNOLLAUD D., DRAGO G.** (sous la direction de), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006
- COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIERE**, *Cours élémentaire de droit civil*, Tome 2, 8^{ème} édition, Paris 1935
- CORNU G.** (sous la direction de), *Vocabulaire Juridique*, Association Henry Capitant, PUF, 8^{ème} édition, 2000
- DE SALVIA M., VILLIGER M.-E.**, *The birth of european human rights law, Liber amicorum en faveur de C.-A. NORGAARD*, Baden-Baden, Nomos, Allemagne, 1998
- DESPORTES F., LE GUNEHEC F.**, *Droit pénal général*, Corpus droit privé, Economica, 2007
- DUBUISSON F., GEIGER C., GENDREAU Y., LUCAS A., STROWELL A., TULKENS F., VOORHOOF D.**, *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones d'Europe et d'ailleurs*, éd. Larcier, 2006

- FAVOREU L., PHILIP L.**, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2007
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.**, *Droit civil, Les obligations, 1.L'acte juridique*, 13^{ème} édition, Dalloz, 2008
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.**, *Droit civil, Les obligations, 2.Le fait juridique*, 13^{ème} édition, 2009
- HENNEBEL L., VAN WAEYENBERGE A.**, *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, 2009
- LEVINET M.** (sous la direction de), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruylant, 2010
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e édition, Dalloz, 2007
- LUCAS A., LUCAS H.-J.**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Traités, Litec, 3^{ème} édition,
- LUCAS A.**, *Propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^{ème} édition, 2010
- MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P.**, *Droit civil, les obligations*, 3^{ème} édition, Defrénois, 2007
- MALINVAUD P., FENOUILLET D.**, *Droit des obligations*, Litec, 11^e éd., 2010, p.100
- OBERDORFF H., ROBERT J.**, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, 8^e éd., Montchrestien, Lextenso édition, 2009
- PERELMAN CH., FORIERS P.**, *Les présomptions et les fictions en droit*, Etudes publiées par, Bruylant, 1974
- PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H.** (sous la direction de), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme : commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999
- RIVERO J., MOUTOUH H.**, *Libertés publiques*. T. I. 9^{ème} éd., PUF, Paris, 2003
- SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M.**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Thémis droit, PUF, 5^{ème} édition, 2009
- TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y.**, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2005

Thèses et monographies

- BIGOT C.**, *Connaître la loi de 1881 sur la presse*, Guide Legipresse, 2004
- BRONZO N.**, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Mémoire de Master 2, Bibliothèque de droit, L'Harmattan, 2007
- CARON C.**, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998
- CAIRE A.-B.**, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, Thèse soutenue le 9 juillet 2010, Université de Limoges

- COGULET F.**, *L'incidence de l'âge sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, Édition Jeunesse et droit, Thèse, 2008
- DE LAMY B.**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 34, LGDJ, 2000
- DABIN J.**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- DECOQ A.**, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse, Paris, 1957
- DECOTTIGNIES R.**, *Les présomptions en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950
- DOUBLIER R.**, *Le nu et la loi*, Nature-édition, LGDJ, 1976, p.51-52
- DUCOULOMBIER P.**, « *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des Droits de l'Homme* », Thèse, Soutenue le 13 nov. 2008 à l'Université de Strasbourg III-Robert Schuman, (version modifiée)
- EDELMAN B.**, *Le sacre de l'auteur*, Ed. du Seuil, 2004
- R. ENCINAS DE MUNAGORRI**, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Bibliothèque de droit privé, Tome 254, LGDJ, 1995
- FABRE-MAGNAN M.**, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, Tome 221, LGDJ, 1992
- FAVRO K.**, *Télespectateur et message audiovisuel : contribution à l'étude des droits du spectateur*, Bibliothèque de droit public, tome 215, LGDJ, 2001
- FORRAY V.**, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, tome 480, LGDJ, 2007
- GRAPPIN P.**, « *La théorie du génie dans le préclassicisme allemand* », Thèse, PUF, 1952
- GEIGER C.**, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Thèse, Le droit des affaires propriété intellectuelle 25, Litec, 2004
- LETURCQ S.**, *Standards et droits fondamentaux devant le conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique tome 125, LGDJ, 2005
- LIMBACH F.**, *Le consentement contractuel à l'épreuve de conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, Tome 412, LGDJ, 2004
- MENDEL T.**, *freedom of information : a comparative legal survey*, Editions de l'UNESCO, 2^{nde} édition revue et augmentée
- MORANGE J.**, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009
- MOUTEL B.**, *L'effet horizontal de la Convention européenne des Droits de l'Homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse de Doctorat, Université de Limoges 2006, Disponible sur <<http://epublications.unilim.fr/theses/2006/moutel-beatrice/moutel-beatrice.pdf>>
- OETHEIMER M.**, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Thèse, 2001, Édition A.PEDONE, 2001
- OST F.**, *Sade et la loi*, Odile Jacob, p.80
- PERRIER A.**, *Le patrimoine culturel en droit privé. L'empreinte de la patrimonialité culturelle*, Thèse, soutenue le 28 juin 2010, Université de Clermont-Ferrand
- PERRIN H.**, *La gestion des DRM en perspective*, Mémoire de DESS de droit et pratique du commerce électronique, Université René Descartes, 2004

- PIN X.**, *Le consentement en matière pénale*, Thèse, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 36, L.G.D.J., 2002
- POLLAUD-DULIAN F.**, *Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Bibliothèque de droit privé, Tome 205, LGDJ, 1989
- RANOUIL V.**, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1980
- REVET T.**, *La force de travail*, Bibliothèque droit de l'entreprise, Litec, 1992
- RINGELHEIM J.**, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006
- ROUBIER P.**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, Réédition, Dalloz, 2005,
- STROMHOLM S.**, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, vol. II, Tome 2, P.A. Norstedt et Söners Förlag, Stockholm, 1973
- THARAUD D.**, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Thèse, Limoges, 2007
- VAN DROOGHENBROECK S.**, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Thèse, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruylant, 2001
- VOORHOOF D.**, *Analyse critique de la portée et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, 1995
- ZOLLINGER A.**, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, Thèse, 2006, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2008

Actes de colloques et de conférences

- Les droits de l'Homme – Droits collectifs ou droits individuels ?*, Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, Paris LGDJ, 1980 et Revue Internationale de droit comparé, 1981, vol.33, n°3, p.884 et s.
- Actes du sixième colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme*, organisé par le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe en collaboration avec les Universités de la Communauté autonome d'Andalousie, Séville, 13-16 Novembre 1985 Direction des droits de l'homme, Martinus Nijhoff Publishers, 1988
- *Nationalism war and censorship, 1st world Conference in music censorship*, Copenhague, 20-22 novembre 1998, Publié et édité par Freemuse, Danemark, 2001
- Actes du premier colloque international des droits de l'homme, *Le droit de l'homme à un environnement sain*, Athènes, 2005, Annuaire internationale des droits de l'homme, I, Bruylant, 2006
- Actes du troisième colloque international des droits de l'homme, Diversité Culturelle et droits de l'homme*, Annuaire international des droits de l'homme, III, 2008, p.24
- Justice, éthique et dignité*, Acte du colloque organisé à Limoges, les 19 et 20 nov.2004, Entretiens d'Aguesseau, Pulim, 2006

FABRE-MAGNAN M., M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD, F. TULKENS, « *Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement* », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, N°48, 2009

MEYER-BISCH P. (sous la direction de), *Actes du VIIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, collection interdisciplinaire volume 22, série droits de l'homme, Fribourg Suisse, Éditions universitaires, 1993

Articles

Articles généraux

BORDIER J., « *Quand le net paie la note* », *L'express*, 22 sept. 2008

FAGOT-LARGEAULT A. et DELAISI de PARSEVAL G., « *Qu'est-ce qu'un embryon ?* », *Panorama des positions philosophiques actuelles*, *Revue Esprit*, juin 1989, pp. 102 et s.

KNICKERBOCKER B., « *Etats-Unis : Les groupes de rock célèbrant racisme et antisémitisme ont de plus en plus de succès* », *The Christian Science Monitor/Courrier International*, n°497, 11 mai 2000

MARTINO S.C., COLLINS R. L., ELLIOT M. N., STRACHMAN A., KANBOUSE D. A., BERRY S. H., « *Exposure to Degrading Versus Nondegrading Music Lyrics and Sexual Behavior among Youth* », *Pediatrics*, official journal of the American academy of pediatrics, Vol. 118, n°2, août 2006, pp.430-441

NUMUZ E., « *Crash into me, baby : America's implicit music censorship since 11 September* », dans, **KORPE M.**, *Shoot the singer! Music censorship today*, Zed Books, Londres. 2004

SCHEEL K. R., WESTEFELD J. S., « *Heavy Metal music and adolescent suicidality: An empirical investigation* », *Adolescence*, Summer99, Vol. 34, Issue 134, États-Unis

L'Observatoire de la liberté d'expression, « *Films et censure en temps de guerre* », *Politis* n°927, 23 nov. 2006

Articles et études juridiques

ALLAEYS P., « *Les compilations à l'épreuve du droit moral de l'artiste-interprète* », *D.* 2006, n°17, pp.1172 et s.,

ALLEAUME C., « *Le projet de loi « Création et Internet » du 18 juin 2008* », *PI*, n°29, 2008, pp.388-392

-« *Propriété littéraire et artistique : novembre 2009-novembre 2010* », *LP*, déc. 2010, pp.443 et s.

- BECOURT D.**, « *Le nouveau régime de l'interdiction des livres et des publications* », JCP G., I Doctrine, 1967, p.2127
- « *La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme* », RIDA, 1990, n°143, pp.231 et s.
- BELLINI E.**, « *Moral right et droit moral : une question de paradigme* », RIDA, n°204, avril 2005, pp.3 et s.
- BENABOU V.-L.**, « *Les nouveaux modes de mise à disposition des œuvres* », Legicom, n°41, 2008/1, pp.85 et s.
- BERGER V.**, « *Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme* », Les Petites affiches, 05 mars 2009, numéro spécial, *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, pp.40 et s.
- BERTRAND A.**, « *Les autoroutes de l'information, Internet et le droit d'auteur* » : RDPI sept. 1996, n° 67, p. 15
- BIGOT C.**, « *Sexisme, homophobie et liberté d'expression* », LP, mars 2004, I, pp.35-36
- BIOY X.**, « *La dignité : questions de principes* », *Justice, éthique et dignité*, Acte du colloque organisé à Limoges, les 19 et 20 nov.2004, Entretiens d'Aguesseau, Pulim, 2006
- BRUGUIERE J.-M.**, « *Le rapprochement de bien et de produit culturel* », Légicom n°36 2006/2, pp.9 et s.
- « *Le droit à l'interopérabilité* », CCE fév. 2007, étude n°3, pp.8 et s.
- « *Commerce électronique et protection du consommateur* », Jurisclasseur Communication, fasc. 4810, Cote 08,2003, 31 déc. 2002
- CABRERA BLAZQUEZ F.-J.**, « *La réglementation publicitaire française dans le collimateur de la Commission européenne* », Observatoire européen de l'audiovisuel, IRIS 2002-6 : 13/29
- CAPRIOLI E. A.**, « *Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur* », CCE, nov. 2006, étude n°30, pp.25 et s.
- CARON C.**, « *Projet de loi « création et internet » premier round devant le parlement ... européen* », CCE nov. 2008, repère 10
- « *Droit de la propriété intellectuelle* », JCP G., n°8, 2004, I, pp.113 et s.
- « *La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ?* », CCE, oct.1999, pp.9 et s.
- CATALA P.**, « *La propriété de l'information* », Mélanges Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, pp.97-112
- CEDRAS J.**, « *Un aspect de la cybercriminalité en droit français : le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur* », RIDP, 2006, vol.77, pp.594 et s.
- CHALTIEL F.**, « *La loi HADOPI II de nouveau censurée* », PA, 25 nov. 2009, pp.7-13
- CHEMILLIER-GENDREAU M.**, « *Pour une éthique de l'économie : le droit élément de frein ou de progrès ?* », Programme interdisciplinaire Ethique de l'économie Secteur des Sciences sociales et humaines, Economie éthique n°1, UNESCO 2003
- CHOPIN F.**, « *Les politiques publiques de lutte contre la cybercriminalité* », AJDP, mars 2009, pp.101 et s.
- CLEMENT-FONTAINE M.**, « *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?* », PI, janv. 2008, pp.69-76

COLOMBET S. et **VIGNAUD M.**, « *Publicité, presse, littérature et sexe : tout ce que vous avez toujours voulu savoir ...* », LP, n°204, sept. 2003, II, pp.108-115

COSTES L., « *Les téléphones mobiles multimédia désormais taxés* », RLDI, avril 2008, p.21, n°1132

DAVERAT X., « *Libre propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques* », JCP G., 1995, I, 3827, pp.105-106

- « *Un an de droit de la musique* », CCE, avril 2008, chronique 4, p.19-25

DE BELLESCIZE D., « *Délits d'opinion et liberté d'expression* », D. 2006, p.1476-1477

DE BENALCAZAR S., « *La liberté d'expression, la démocratie et la CEDH* », Droit de la famille, sept.2006, pp.7-10

DE FONTBRESSIN P., « *La diversité culturelle, la mondialisation et l'Organisation Mondiale du Commerce* », Annuaire International des droits de l'homme, 2008, pp.47 et s.

DE LAMY B., « *Droit de la presse et des médias* », JCP G., nov. 2008, I, 209, pp.19 et s.

DE SCHUTTER O., « *Le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* », CRIDHO working paper, 2005/03, IV.Conclusion

DE WERRA J., « *Lettre de Suisse* », PI, janv. 2005, pp.106 et s.

DELHOSTE M.-F., « *Liberté d'expression et moralité publique : la pérennité d'un discours* », RDP, n°3-2003, pp.889 et s.

- « *Musique amplifiée et atteintes à la personne humaine, un encadrement insuffisant* », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005-2, p.935 et s.

DELVOIE A., « *Le projet de loi Family Movie Act et les logiciels de filtrage : la modification « à la carte » d'une œuvre cinématographique* », Gaz. Pal., n°23, 23 mai 2005, Doctrine, p.14-15

DERIEUX E., « *Protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, à propos de la loi du 28 octobre 2009* », JCP G., 09 nov. 2009, p.18-20

DESBOIS H., D. 1957, législation, p. 350 et s.

DREYER E., « *La responsabilité des internautes et éditeurs de sites à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique* », LP n°214, sept. 2004, II, pp.91-99

- « *La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique* », D. 2006, n°11, Chronique, pp.748-753

- « *Dignité de la personne* », Jurisclasseur Communication, Fasc.3740, Cote 05, 2009, 20 juin 2009

- « *Contrefaçon et fraudes en matière littéraire et artistique* », J.Cl. Lois pénales spéciales, Fasc.30, n°249, Cote 09,2006, 03 août 2006

DUPEUX J.-Y., **MASSIS T.**, « *Droit de la presse* », D. 2009, pp.1781 et s.

DUSOLLIER S., « *L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur* », CCE, nov.2005, pp.17 et s.

EDELMAN B., « *Autopsie des contrats de production phonographique. Etat des lieux et perspectives* », D.2007, n°41, pp.2890-2896

- « *Naissance de l'homme sadien* », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, Droits, n°49, 2009, pp.107-133

- « *La création dans l'art contemporain* », D.2009, n°1, pp.38-43

EISSEN M.-A., « *La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour* », dans René Cassin *Amicorum discipulorumque Liber*, Paris, Pedone, 1971, Tome 3, *Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, p.151

FABRE-MAGNAN M., « *Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale* », D. 2008, n°1, Chronique, pp.31 et s.

FELDMAN J.-P., « *Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine* », Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°48, 2009, pp.87 et s.

FENOUILLET D., Jurisclasseur Civil, Art. 16 à 16-2, Fasc. 10, p. 12, n° 51

FLAUSS J.-F., « *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* », AJDA, nov. 2002, p1277 et s.

FOURLON A., « *Toute ressemblance avec des personnages existants ou ayant existé... est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? Etude de la jurisprudence en matière de fictions du réel* », CCE, mars 2007, étude 5, pp.9 et s.

FRANCECHINI L., « *Pornographie et télévision* », LP, déc. 2002, II, n°197, p.163 et s.

FRANCILLON J., « *Piratage numérique. Licéité ou illicéité des pratiques de « pair à pair » (« peer-to-peer » au P2P). Responsabilité pénale des utilisateurs et des éditeurs ou distributeurs de logiciels d'échange* », RSC 2006, pp.93 et s.

FRANCOIS L., « *De l'effectivité des "devoirs et responsabilités" des journalistes d'investigation* », D.2008, n°39, pp.2070 et s.

- « *La déontologie journalistique dans la jurisprudence de la CEDH* », LP, n°255, oct. 2008, II, p.148-151

- « *De l'effectivité des « devoirs et responsabilités » des journalistes d'investigation* », D. 2008, pp.2770-2773

- « *La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression : étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », LP, avr.2006, II, pp.41-46

FRISON-ROCHE M.-A., « *Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété* », Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, pp.765 et s.

GAUBIAC Y., GINSBURG J. C., « *L'avenir de la copie privée numérique en Europe* », CCE 2000 étude 1, p.9-11

GAUTIER P.-Y., « *L'élargissement des exceptions au droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes »* », CCE, nov. 2006, Etude 26, pp.9 et s.

- « *Le contenu généré par l'utilisateur* », Légicom n°41, 2008/1, pp.8 et s.

- « *Pour ou contre le droit de copier des fichiers protégés sur l'Internet ?* », D.2000, Forum, IV

GAUTRON A., « *« La réponse graduée » (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel* », RLDI, juil. 2009, p.63-73

GEIGER C., « *Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux)* » D.2005, n°38, pp.2683-2689

GEIGER C., GRIFFITHS J., HILTY R. M., « *Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur* », PI, n°29, oct. 2008, pp.399-402

- GEIGER C., PASSA J., VIVANT M.**, « *La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public* », PI n°31, avril 2009, pp.146 et s.
- GERKRATH J.**, « *Libre-échange et diversité culturelle : de l'antagonisme à la conciliation* », Légicom n°36, 2006/2, pp.21 et s.
- GERMANN C.**, « *Diversité culturelle à l'OMC et l'UNESCO* », Revue Internationale de Droits Economiques, n°3 2004, pp.325 et s.
- GERVAIS A.**, « *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts »* », Mélanges Paul Roubier, T.1, 1961, pp.241-252
- GINSBURG J. C.**, « *Droits exclusifs en déclin ?* », RIDA, oct. 2008, Chronique des Etats Unis, p.167-356
- GRAS F.**, « *Rap et liberté d'expression* », LP n°144, 1997, II, pp.103-107
- « *L'œuvre pornographique et le droit* », Légicom, n°3, 2007, pp.79 et s.
- GUILLOUX J.-M.**, « *Réflexion sur la loyauté et la bonne foi à l'occasion de la résiliation des contrats d'enregistrement* », RLDI, février 2008, n°35, pp.45 et s.
- HOCHMANN T.**, « *L'exceptionnelle protection de la liberté d'expression aux États-Unis* », dans, *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, sous la direction de **L. HENNEBEL, A. VAN WAEYENBERGE**, Dalloz, 2009, pp.149 et s.
- KABOGLU I. O.**, « *Qu'est ce que la dignité ? Approche de droit et de culture comparés ; le point de vue religieux* », *Justice, éthique et dignité*, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, Pulim, 2006, p.105
- KAMINA P.**, « *Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : à propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe* », Légicom n°25, 2001/2, pp.7 et s.
- KAMINA P.**, « *Cadre administratif – Régime juridique des activités cinématographiques* », Juris-Classeur Communication, Fasc. 2505, Cote 04,2008, 25 mars 2008
- KESSLER G.**, « *Le téléchargement illicite d'émissions de télévision* », JCP G., n°51, 2005, I, 196
- KUHR M.**, « *La chronologie des médias en pleine évolution : enjeux et défis* », Iris Plus, 2008-4, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2008, Strasbourg
- LANG F.**, « *L'identification de l'auteur de contenus illicites et des intermédiaires techniques : le constat* », Légicom, n°48, 2008/1, p.39 et s.
- LARRIEU J.**, « *« Peer to peer » et copie privée* », D. 2004, pp.3132 et s.
- LATREILLE A.**, « *La copie privée démythifiée* », RTD.Com., 2004, pp.403 et s.
- LE GALLOU C.**, « *Poussin, Fragonnard, Sargent et Monet : La palette de l'erreur s'enlumine.* » Revue Lamy Droit Civil, n°50, Juin 2008, pp.12-13
- LEBRETON G.**, « *Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine* », Mélanges offerts à Patrice GELARD, Montchrestien, 1999, pp.53-63
- LEFRANC D.**, « *La contrefaçon en droit d'auteur naissance – extension – scission* », PI, n°30, janv. 2009, pp.19-30
- LÉGER J.-M.**, « *La pub nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances* », LP n°221, 2005, II, pp.55 et s.
- LEPAGE A.**, « *La responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès à internet : un défi nouveau pour la justice du XXIe siècle ?* », CCE, fév. 2002, pp.12-17

LEVINET M., « *La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme* », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°49, 2009, pp.3 et s.

- « *Le pluralisme confronté à la clause d'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme* », pp.125-150, dans : *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, **M. LEVINET** (sous la direction de), Bruylant, 2010

MAILLARD T., « *La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français* », *LP* 2004, n°208, II, pp.8-15

MALLET-PUJOL N., « *Le droit d'auteur au risque de la numérisation* », *Sciences de l'homme et de la société*, mai 2004, n°69, pp.50 et s.

MANARA C., « *Musique en ligne, interopérabilité et avantage concurrentiel* », *Concurrences*, n°2-2008, pp.63 et s.

MARGUENAUD J.-P., « *Sadomasochisme et autonomie personnelle* », *RTD Civ.* 2005, pp.341 et s.

MARGUENAUD J.-P., MOULY J., « *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme* », *D.* 2006, pp.477-480

MARIÉ R., « *Une œuvre inachevée : le droit de prêt en bibliothèque* », *LP* n°206, nov. 2003, pp.135-140

MARINO L., « *Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental* », *D.* 10 sept. 2009, pp.2045-2046

MARTENS P., « *La dignité humaine : bonne à tout faire des cours constitutionnelles* », *Justice, éthique et dignité*, Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004, *Pulim*, 2006,, p.143 et s.

MESNARD A.-H., « *L'harmonisation des politiques culturelle* », *AJDA*, 2000, n° spécial, pp.103 et s.

MEYER-BISCH P., « *Méthodologie pour une présentation systématique des droits humains* », dans *Classer les droits de l'homme*, **E.BRIBOSIA** et **L. HENNEBEL**, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.47-85

- « *La centralité des droits culturels, points de contact entre diversité et droit de l'homme* », *Annuaire International des Droits de l'homme*, III, 2008, Bruylant, pp.31 et s.

MONTELS B., « *Un an de droit de l'audiovisuel* », *CCE* 2006, p.17, n°9

MORANGE J., « *Censure, liberté, protection de la jeunesse* », *RFDA* 2000, pp.1311-1321

MURRAY D., « *Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet* », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 27 n°3, sept. 2009, p.331 et s.

MUZNY P., « *Approches théoriques du pluralisme* », pp.14 et s., dans, **LEVINET M.** (sous la direction de), *Pluralisme et juge européen des droits de l'homme*, Bruylant, 2010

NOEL S., MOYA-PLANA A.-L., « *Les créateurs sont-ils des gens intéressés ?* », *LP*, mars 2008, n°246, II, pp.36-39

PECH L., « *Liberté de communication en droit comparé* », *JCL. Communication*, Fasc. 1250, Cote 08,2002, 5 mars 2002

PETTITI L.-E., « *Droit au silence* », *Documentação e Direito Comparado*, n.os 75/76, 1998

PIERRAT E., « *L'exception au bénéfice des personnes handicapées* », *Légicom*, n°39, 2007/3, pp.33 et s.

- POIRRIER P.**, « *Les pouvoirs public et la culture. Le ministère de la Culture, 1959-2009 : quel bilan ? Quelles orientations ?* », Cahiers français n°348, 2009, pp.3 et s.
- POLLAUD-DULIAN F.**, « *L'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur* », RIDA, janv.2008, pp.102 et s.
- QUILLIEN P.-J.**, « *Réglementation applicable aux rave-parties* », JCP Adm. et Collec. Terr., 2002, 1075, pp.69 et s.
- REGOURD S.**, « *L'audiovisuel et le GATT : pour un questionnement juridique de l'exception culturelle* », LP n°106, nov. 1993, II, p.101 et s.
- RENEAUD F.**, « *Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique : le projet de loi de Jean Zay sur le droit d'auteur et le contrat d'édition* », RLDI, oct. 2008, pp.63 et s.
- RIGAUD J.**, « *Libres propos sur la diversité culturelle* », L'Observatoire, été 2006, n°30, pp.23-24
- RIVERO J.**, « *Les droits de l'homme, droits individuels ou droits collectifs* », *Les droits de l'Homme – Droits collectifs ou droits individuels ?*, Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, Paris LGDJ, 1980, pp.17 et s.
- ROBIN A.**, « *Droit de l'Internet* », JCP Entr. et Aff., janv. 2008, 1076
- ROMAN D.**, « « *A corps défendant* » *la protection de l'individu contre lui-même* », D. 2007, Chronique, p.1284
- RUIZ FABRI H.**, « *Jeux dans la fragmentation : la convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles* », Revue Générale de Droit International Public, 2007, pp.43-87, p.52
- SARDAIN F.**, « *La création contributive sur internet* », RLDI, nov. 2008, p.81-82
- SERMET L.**, « *Le contrôle de la proportionnalité dans la convention européenne des droits de l'homme : présentation générale* » Les Petites affiches, 05 mars 2009, numéro spécial, *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, pp.26 et s.
- SPITZ .**, « *La durée de protection aux Etats-Unis des phonogrammes tombés dans le domaine public en France* », CCE juil/août 2008, pp.11 et s.
- STROWEL A., IDE N.**, « *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens* », RIDA, oct., 2000, pp.3 et s.
- STROWEL A., TULKENS F.**, « *Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité* », *Médias et droit*, Recyclage en droit, Anthémis, 2008, pp.3 et s.
- SUDRE F.**, « *Le droit à un environnement sain et le droit au respect de la vie privée* », Annuaire international des droits de l'homme, I, 2006, Bruylant, pp.201 et s.
- « *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme* », JCP éd. G. 2005, p.1451 et s.
- « *Principe du pluralisme et Diversité selon la Cour européenne des droits de l'homme* », Annuaire international des droits de l'homme, III, 2008, Bruylant pp.287 et s.
- SZYMCZAK D.**, « *Droits culturels* », JurisClasseur Libertés, Fasc.1220, cote 01,2007, 20 juin 2007
- TAVERNIER P.**, « *L'art et la Cour Européenne des droits de l'homme* », *Liberté, justice, tolérance*. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. II, Bruylant, 2004, pp. 1537-1550
- TERRÉ F.**, « *Du suicide en droit civil* », Études dédiées à Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983, p.523-536

- THARAUD D.**, « *Les discriminations positives ou la figure triangulaire de la proportionnalité* », RTDH juil. 2008, pp.743-772
- THIBIERGE C.**, « *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* », RTD Civ., 2003, pp.599-628
- TREPPOZ E.**, « *quelle protection juridique pour l'art contemporain* », RIDA, n°209, 2006, pp51-126
- TRICOIRE A.**, « *L'art, la censure et les droits de l'homme* » LP n°196, nov. 2002, II, pp.148 et s.
- TULKENS F., DONNAY L.**, « *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?* », RSC 2006, pp.3-23
- VIANGALLI F.**, « *Le consentement à la violence et la règle violenti non fit injuria dans la responsabilité civile* », Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, 2009, pp.29 et s., p.44
- VIVANT M.**, « *Le droit d'auteur, un droit de l'homme* », RIDA, 1997, n°174, pp.60-124
- « *Cybermonde et droits des réseaux* », JCP G., 1996, II, 3969, pp.401-407
- VOLLRATH LL.M. B.**, « *Fact vs. Fiction – Films based on historic and actual events under German law* », Gaz. Pal., 17-19 mai 2009, pp.33 et s.
- WILSON B.**, « *Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies* », RTDH, avril 2009, pp.295 et s.
- J. WROBLEWSKI**, « *Structure et fonction des présomptions juridiques* », dans *Les présomptions et les fictions en droit*, Etudes publiées par **CH. PERELMAN** et **P. FORIERS**, Bruylant, 1974, pp.43 et s.

Notes et observations de jurisprudences

- ADER B.**, « *Retransmissions sportives : limites au droit d'exclusivité du diffuseur* », C.Cass., 1^e civ., 6 fév. 1996, LP, juil.-août 1996, III., pp.87 et s.
- ALLAEYS P.**, « *Les compilations à l'épreuve du droit moral de l'artiste-interprète* », C.Cass., Ch. Soc., 8 fév. 2006, D.2006, n°17, pp.1172 et s.
- « *Le droit moral de l'auteur-interprète* », C.Cass., 1^e civ., 7 nov. 2006, D. 2007, p.417 et s.
- AZZI T.**, « *L'intégration d'une chanson dans une compilation porte atteinte au droit moral de l'artiste-interprète* », C.Cass., Ch. soc., 8 fév. 2006, JCP G., 2006, n°10078, pp.1009 et s.
- AZZI T.**, « *L'exploitation d'une œuvre au sein d'une compilation n'est pas de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur* », C.Cass., Civ. 1^e, 7 nov. 2006, JCP 2007, II, 10000, pp.29 et s.
- BENABOU V.-L.**, note sous TPICE, Gde ch., 17 sept. 2007 aff. T-201/04, *Microsoft c. Commission*, PI, janv. 2008, pp.122 et s.
- note sous Cour de District de New York, 22 mars 2007 et Cour d'Appel des Etats-Unis, 2nd Circuit, 4 août 2008, PI, janv.2009, pp.70 et s.
- note sous CA Bruxelles, 14 juin 2007, PI n°28, 2008, pp.347 et s.

- « *L'invasion du droit d'auteur par le droit de la consommation* », TGI Paris, 28 oct. 2008, LP n°260, avril 2009, III, pp.77 et s.

BENGUI S., « *Publicité : La caricature peut elle constituer une excuse au dénigrement ?* », C.Cass., ch. com., 30 janvier 2007, LP, juil.août 2007, pp.147 et s.

BIGOT C., note sous TGI Paris, *Le Front national c. Bedos*, 9 janv. 1992, D.1994, somm. p.195

- note sous C.Cass, Ch. crim., 29 nov. 1994, , D. 1997, somm. p.74

- « *La liberté de création prévaut dans certaines limites, sur le droit à l'image* », CA Paris, 11e Ch. A, 5 nov. 2008, numéro 07/10198, D., 19 fév.2009, p.470

BINCTIN N., « *Pour une application stricte de la rémunération pour copie privée* », CE, 11 juil. 2008, *Syndicat de l'Industrie de matériels audiovisuels électroniques*, CCE, nov. 2008, étude 21, pp.7 et s.

BOUCHE N., « *De la notion de courte citation* », C. Cass. Civ. 1^e, 13 Nov. 2003, D.2004, jur., pp.200 et s.

BOURSIGOT H., CA Orléans, *P. c. Consorts Rouault*, 17 mars 1965, JCP G 1965, II, 14186

BOUVEL A., « *Citations d'œuvres graphiques et plastiques : les juges du fond résistent, le législateur aussi !* », note sous C.Cass., 1^e civ., 7 nov. 2006, LP, avr. 2007, III, pp.80 et s.

BOUZAT P., « *Infraction contre les biens* », RSC 1987, pp.209 et s.

BRUGUIERE J.-M., note sous TGI Paris, réf., 6 août 2008, PI oct.2008, pp.427 et s.

- « *Tintin au pays des enchères* », CA Paris , 4^e ch. A., 14 mars 2007, PI, juill. 2007, n°24, p.314

- « *Droit au respect de l'œuvre. La dénaturation de « l'Ascension du Tourmalet* », CA Paris, 4^{ème} ch. B., 4 avr. 2007, PI, juil. 2007, p.315

- note sous, CA Paris, 4^e ch. A, 16 janv. 2008, CA Paris, 4^e ch. A, 26 sept. 2007, PI juil. 2008, p.326

- « *Responsabilité des intermédiaires techniques- L'heureux retour de la théorie du risque de Saleilles* », note sous TGI Paris, réf., 22 juin 2007 et TGI Paris, 3^e ch., 13 juil. 2007, PI, janv. 2008, pp.116 et s.

CANEDO M., « *Le Conseil d'État gardien de la moralité publique ?* », note sous CE, Sect., 30 Juin 2000, RFDA, 2000, pp.1282 et s.

CARON C., « *Halte à la vente de logiciels contrefaits sur Internet !* », CA Paris, 13e ch., 20 janv. 2000, CCE, sept. 2000, commentaire 87, p.15

- « *De la « Bergère et le ramoneur » aux « Yamakasis » : le sort de l'œuvre inachevée* », note sous, TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 23 mars 2001, CCE, juil.août 2001, comm n°73, pp.22-23

- « *Droit de l'Homme : inquiétudes (provisoirement) dissipées* », C.Cass., Civ. 1^e, 13 nov. 2003, CCE, janv. 2004, p.25-26

- « *Flexible droit moral de l'artiste-interprète* », note sous, CA Versailles, 7 avr. 2004, CCE, sept. 2004, n°9, comm.100

- « *La seule dépossession du support matériel d'une œuvre ne vaut pas divulgation* », note sous Cass., Civ 1^e., 29 nov. 2005, CCE, fév. 2006, commentaire n°19, pp.92 et s.

- « *Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'œuvres* », CA Paris, 12 oct. 2007, CCE n°12, 2007, commentaire 145

- « *De l'esprit altruiste du contrat d'édition* », CA Paris, 4e ch. A, 12 févr. 2003, CCE, juin 2003, comm. 57, pp.23 et s.

- « *La propriété intellectuelle au panthéon des droits fondamentaux* », Cour EDH, (Gde Ch.), 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, CCE mai 2007, commentaire 67, pp.31 et s.
 - « *De la représentation accessoire de l'œuvre de l'esprit* », C.Cass. 1^e Ch. civ., 15 mars 2005, CCE, mai 2005, commentaire n°78, pp. 35 et s.
 - « *Le droit moral n'aime pas trop les sonneries de téléphones portables* », CA Paris, 16 sept. 2005, CCE 2005, commentaire 170, pp.24-25.
 - « *À propos de l'obligation d'exploitation dans l'édition musicale* », C.Cass., 1^e Civ., 13 juin 2006, CCE, fév. 2007, comm.20, pp.28 et s.
 - « *Qui doit exprimer son accord sur la version définitive d'un film ?* » CA Paris, 9 sept. 2005, CCE, mai 2006, commentaire76, pp.23-24
 - « *Demogue au pays merveilleux de l'édition musicale : à propos des obligations de moyen et de résultat* », CA Paris, 4^e Ch. A., 13 mars 2002 , CCE, juin 2002, commentaire 82, pp.26 et s.
 - « *À Propos du conflit entre les oeuvres de fiction et la vie privée* », TGI Paris, *Turquin c. Weitzmann* , 9 déc. 2002 D. 2003, jurisprudence, pp. 1715 et s.
 - « *Les sonneries de téléphones portables rencontrent le droit d'auteur* », TGI Paris, réf., 11 oct. 2001, CCE 2001, commentaire 122, p.20-21
 - « *Affaire « Mulholland drive » : épilogue définitif !* », C.Cass., 1^{ère} Civ., 19 juin 2008, CCE sept.2008, commentaire 102, pp.38 et s.
 - « *Les juges du fond invités à rechercher les circonstances dans lesquelles le prévenu a effectué la copie* », C.Cass., Ch. crim., 30 mai 2006, JCP.G., 2006, II, 10124, pp.1456 et s.
- CHABERT C.**, « *Une mesure technique de protection peut constituer un vice caché* », CA Versailles, 15 avr. 2005, CCE nov. 2005, commentaire 173, p.30
- CHAGNY M.**, « *Les prix prédateurs devant le Cour de justice : du nouveau ?* », CJCE, 2 avril 2009, CCE, juil.-août 2009, commentaire 65, pp.29 et s.
- CHOISY S.**, « *Droit à l'image de l'artiste interprète et exploitation des interprétations tombées dans le domaine public* », CA Paris, 4^{ème} ch. A, 14 nov. 2007, LP avr. 2008, III, pp.41 et s.
- COHEN-JONATHAN G.**, « *La libre circulation internationale des informations par satellite, note concernant l'arrêt Autronic de la Cour EDH* », RUDH 1990, pp.313 et s.
- « *L'apologie de Pétain devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », Cour EDH, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998, RTDH 1999, pp. 366 et s.
- COLOMBET C.**, note sous TGI Paris, 15 fév. 1984, D.1984, inf. rap. 291
- note sous CA Paris, 21 juin 1988, D. 1990, somm. p.53
 - note sous TGI Paris, 7 mars 1990 D. 1991, somm. p. 87
 - note sous TGI Paris, *Miller c. Assoc. Après et a.*, 11 déc. 1985, D. 1987, somm. p. 155
- COSTES L.**, « *Réalisation d'une compilation de chansons de Henri Salvador sans son autorisation et atteinte à son droit moral d'artiste-interprète* », CA Paris, 14 nov. 2007,RLDI, mars 2008, pp.22-24
- « *Téléchargement du film « Les Choristes » : relaxe des annonceurs pour défaut d'élément intentionnel* », CA Paris, 13^e ch., sect. A, 25 mars 2009, RLDI, mai 2009, pp.27-28.
 - « *Epilogue judiciaire dans l'affaire « Mulholland Drive »* », C.Cass., Civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, n°07-14.277, RLDI juil.2008, n°1322, pp.14 et s.

- « *Magnéscope numérique en ligne : nouvelle condamnation de la société wizzgo pour contrefaçon* », note sous TGI Paris, 25 nov. 2008, *Sté Wizzgo c. Sté Métropole Télévisions et a.*, n° 08/13347, RLDI, déc. 2008, pp.20-22

- « *Téléchargement illégal du film « Les bronzés 3 »* », TGI Nanterre, 15^e ch., 12 fév. 2009, RLDI, mai 2009, pp.26-27

- « *Peer-to-peer et téléchargement illicite de fichiers musicaux* », CA Paris, Pôle 5, Ch. 17, 1^{er} fév. 2010, RLDI, Mars 2010, n°58, pp.15-17

DALEAU J., note sous C.Cass., Civ. 1^e, 29 nov. 2005, D.2006 n°2 p.145

- « *« Le poète a toujours raison » : victoire de Jean Ferrat* », C.Cass., Ch. Soc., 8 fév. 2006, D.2006, n°8, p.579-580

- « *Teneur de l'obligation de l'éditeur d'œuvres musicales* », C.Cass., 1^{ère} civ., 13 juin 2006, D.2006, AJ, p.1819, sur le même arrêt et du même auteur : RTD Com. 2006, pp.593 et s.

- « *La liberté de création au secours du droit d'adaptation* », C.Cass., 1^e civ., 30 janvier 2007, D.2007, n°8, pp.497-498

DAVERAT X., « *Communication et créations intellectuelles chroniques n°XXXIV (suite et fin)* », note sous CA Aix en Provence, 5 sept. 2007, *SEV et autres c. Aurélien D.*, PA 02 sept. 2008, pp.3 et s.

- « *Le droit moral et la distribution de masse des phonogrammes* », C.Cass., 1^e civ., 24 sept. 2009, LP n°268, Janv. 2010, III, pp.11 et s.

DE SILVA I., « *Ken Park, interdit aux mineurs échappent au classement X* », CE, 4 fév. 2004, JCP Adm. et Collec. Terr., n°16, avril 2004, 1286, pp.559 et s.

DEBBASCH C., note sous TGI Toulouse, 21 déc. 1964, D. 1965, jurisprudence p. 401

DEBET A., « *La vente en ligne de livre avec offre de frais de port sauvée par la Cour de cassation* », C.Cass. Com., 6 mai 2008, CCE, juil-août 2008, commentaire 93, pp.36 et s.

DECOCQ G., « *TF1 cloisonne le marché de la vidéo* », Décision numéro 99-D-85 du Conseil de la concurrence, 22 déc. 1999, CCE, fév. 2004, comm. 20, pp.38-39

DEFFAINS N., « *Les autorités locales responsables du respect de la dignité humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'État* », note sous CE, 27 oct. 1995, RTDH, 1996, pp.673 et s.

DELPECH H., note sous CA Angers, 2^e Ch. Corr., 12 janv. 1961, JCP G., 1961, n°12017

DERIEUX E., « *Publication présentant un danger pour la jeunesse : levée de la mise en quarantaine* », CE, 27 juin 2005, LP déc.2005, III, pp.253 et s.

- « *L'affaire des « caricatures de Mahomet » : liberté de caricature et respect des croyances* », TGI Paris, 17^e ch. corr., 22 mars 2007, JCP G., n° 19, 9 Mai 2007, II 10079

- « *Limites des exceptions pour copie provisoires et privées* », TGI Paris, 6 août 2008, JCP G., sept.2008, act.541, p.15

DESBOIS H., note sous CA Paris, 19 mars 1947, D., 1949, p.20

- note sous CA Paris, *Grimaud et Prévert c. Société Les gémeaux et a.*, 18 fév. 1956, D.1957, somm. p.108

- note sous C.Cass. 1^e civ., 13 avr. 1959, *La bergère et le ramoneur*, RTD Com. 1959, p. 898

- « *Œuvres cinématographiques. Films mis eu rebut et, de nouveau, commercialisés : délit de contrefaçon* », C.Cass., Ch. Crim., 20 oct. 1977, RTD Com. 1978, pp.801 et s.

DIDIER J.-P., « *A propos du contrôle administratif en matière de presse des publications de toute nature* », CE, 29 juill. 1994, JCP G., 1995, II, 22496

DREYER E., « *Extension du contrôle du Conseil d'État sur les mesures d'interdiction des publications destinées à la jeunesse* », CE, 28 juill. 1995, Association Alexandre, PA, 11 oct. 1996, p. 22

- « *Cassation d'une condamnation pour injure homophobe* », C. Cass. Crim, 12 nov. 2008, JCP G., déc. 2008, II, 10206, pp.40 et s.

DUBOUT E., « *Vers une protection de l'égalité collective par la CEDH* », Cour EDH, D.H. et a. c. République tchèque, 7 fév. 2006, RTDH 68/2006, pp.851 et s.

EDELMAN B., note sous C.Cass., Civ. 1e, 7 févr. 1973, D. 1973, p. 363

- note sous TGI Paris, 25 nov. 1987, JCP, 1988, II, 21062, pp.38 et s.

- note sous CA Paris, 4^e ch. B, *Wolf et a. c. Mme Vlaminck et a.*, 20 déc. 1990, D.1991, jur., p.532

- note sous CA Paris, Sté Benetton group SPA et a. c. Assoc. Aides Fédération nationale, 28 mai 1996, D. 1996, jurisprudence, pp.617 et s.

- « *Du mauvais usage des droits de l'homme* », TGI Paris, 23 fév. 1999, D. 2000, chr. pp.455 et s.

- « *Un arrêt énigmatique* », C.Cass., Civ. 1^e, 13 nov. 2008, D.2009, n°4, pp.263 et s.

- « *Le Président piqué... dans sa dignité* », CA Paris, 28 nov. 2008, D. 2009, pp.610 et s.

FOURLON A., « *Lorsque le droit à l'image cède devant la liberté d'expression artistique* », TGI de Paris, 17^{ème} ch. civ., 25 juin 2007, LP nov.2007, III, pp.235 et s.

FRANCILLON J., « *Infractions relevant du droit de la communication* », C.Cass., Ch. Crim., 13 nov. 2001, RSC 2002, p.615 et s.

- « *Diffusion en ligne de photographies d'un défilé de mode sans autorisation du titulaire d'un droit d'auteur* », note sous C.Cass., Ch.Crim. 5 fév. 2008, RSC, 2008, chronique, pp.618 et s.

FRANCOIS L., « *La liberté d'expression des « caricaturistes de presse » devant la Cour européenne des droits de l'homme* », Cour EDH, *Leroy c. France*, 02 oct. 2008, RLDI, n°45, janv. 2009, pp.34-38

- « *Nouvelle illustration européenne de l'effectivité des « devoirs et responsabilités » des journalistes d'investigation* », note sous Cour EDH, *Ruokanen et a. c. Finlande*, LP n°275, sept. 2010, pp.230 et s., p.233

FRANCON A., note sous CA Paris, 11 mai 1993, RTD Com., 1993, pp.510-511

- « *Reportage télévisé d'une exposition publique et Convention européenne des droits de l'homme* », TGI Paris, 23 fév. 1999, RTD Com., 2000, pp.96 et s.

FRUMER P., « *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant le Cour Européenne des droits de l'homme* », Cour EDH, *Karner c. Autriche*, 14 juillet 2003, RTDH, 2004, pp.663 et s.

GALLEGO A., BERNAULT C., « *Magnétoscope en ligne et droit d'auteur : plaidoyer pour la théorie de l'évolution* », TGI Paris, réf., 6 août 2008, RLDI oct.2008, pp.8 et s

GEIGER C., « *Application de l'article 10 de la convention EDH dans le domaine du droit d'auteur* », C.Cass., 1^e Ch. civ., 13 nov. 2003, JCP G., 2004, p.955-957

- « *Ne peut se prévaloir de l'exception de copie privée la personne qui prête ses cd-roms à des tiers en dehors du cercle familial* », CA Aix-en-Provence, 5 sept. 2007, JCP G., 2008, II, 10065, pp.37 et s.

- « *« Exception d'information » et droit du public à l'information : une application cumulative* », TGI Paris 3^e ch. civ., 6 juin 2008, D. 2009, pp.543 et s.

GHESTIN J., « *Existence de la cause et périmètre contractuel* », C.Cass. 13 juin 2006, D. 2007, pp.277 et s.

GINSBURG J.-C., note sous Cour Suprême des Etats-Unis, *Campbell aka Skyywalker v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 7 mars 1994, RIDA, n°4, 1994, pp.349 et s.

GLEIZE B., « *Images de wagons tagués: la preuve du trouble anormal n'est pas rapportée* », CA Paris, 11^e ch. A, 27 septembre 2006, LP n°240, Avril 2007, III, pp.84 et s.

GOUTTENOIRE A., « *L'exposition de cadavres est possible sous réserve du consentement des défunts* », TGI de Paris, ord. réf., 21 avril 2009, CA Paris, (pôle 1, ch. 3) 30 avril 2009, Lexbase Hebdo n°351, Edition Privée Générale, n°N4421BKX

GRAS F., « *Affichage publicitaire et liberté d'expression : L'affaire Larry Flint* », TGI Paris, réf., 20 fév. 1997, PA, 24 févr. 1997, pp. 10 et s.

GREFFE F., note sous C.Cass., 1^e Ch. civ., 24 mars 1993, JCP G., 1993, II, 22085, pp.272 et s.

GRYNBAUM L., « *Le CD scellé est affecté d'un vice caché* », TGI Nanterre, 6^e ch., 2 sept. 2003, CCE nov. 2003, commentaire 108, pp.33 et s.

GUILLOUX J.-M., « *Vers une exécution équitable du contrat d'artiste* », CA Paris, 24 mai 2007 et C.Cass., Ch. Soc., 13 juin 2007, RLDI, oct. 2007, n°31, pp53 et s.

HASSLER T., note sous CA Paris, 1er février 1989, D. 1990, somm. p. 192

JOLY S., « *Quand la liberté d'expression s'incline devant le respect dû au cadavre* », TGI Paris, réf., 21 avril 2009 et CA Paris, (pôle 1, ch. 3) 30 avril 2009, LP n°263, juillet/août 2009, III, pp.149 et s.

KAMINA P., « *Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur ?* », TGI Paris, 23 fév.1999, D. 1999, pp.580 et s.

KÉRÉVER A., note sous C.Cass, Civ 1^e, 21 mars 2006, RIDA n°209, 2006, p.309

KERBOUC'H J.-Y., VINCENT J., « *Illégalité du contrat à durée déterminée unique prévoyant l'enregistrement successif de plusieurs albums phonographiques* », CA Paris 18^eème Ch. D, 20 nov. 2007 et C.Cass., Ch. soc., 23 janv. 2008, RLDI, fév. 2008, n°35, pp.38 et s.,

LARRALDE J.-M., note sous Cour EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 fév. 1997, D.1998, Jurisprudence, pp.97 et s.

LAZAUD F., « *l'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme (Lecture de l'arrêt Broniowski à la lumière du protocole n°14* », Cour EDH, *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, RRJ Droit prospectif, n°2, 2005, pp.913 et s.

LECLERC H., « *Les caricatures de Mahomet* », CA Paris, 11^e Ch., 12 mars 2008, LP, juin 2008, pp.107 et s.

LECUYER G., « *La place de l'article 1382 du code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression* », C.Cass, 1^{ère} Civ., 27 sept 2005, D.2006, pp.768 et s.

LEFRANC D., « *L'affaire « Apocalypse ». Un revirement dans la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique ?* », CEDH, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007, Auteur et médias, sept. 2007, pp. 327 et s.

- « *De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé* », C.Cass, Crim., 12 sept. 2007, D. 2008, pp.827 et s.

LEGUCQ O., « *L'expression cinématographique, le juge administratif et la Constitution* », CE, 30 juin 2000, PA, 15 déc. 2000, pp.9 et s.

LEPAGE A., « *Protection du sentiment religieux et injure publique envers un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion déterminée* », TGI Paris, 17^e ch., 22 mars 2007, CCE, mai 2007, commentaire 74, pp.46 et s.

- « *Violence de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* », Cour EDH, *Orban c. France*, 15 janv. 2009, CCE, n°5 2009, pp.39 et s.

LESUEUR J., « *La coupe : la presse hors jeu* », C.Cass. 1^{er} civ., 2 oct. 2007, LP n°249, mars 2008, III, pp.19 et s.

LIENHARD A., « *Une première : l'artiste-interprète mieux traité que l'auteur* », C.Cass., 1^{er} civ., 7 nov. 2006, D. 2006, AJ, p.2913

LUCAS A., « *La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur* », note sous, TGI Paris, 18 déc. 2009, JCP 01 mars 2010, pp.465 et s.

- note sous Cour suprême des Etats-Unis, 15 Janvier 2003, *Eldred v. Ashcroft*, PI n°7, 2003, pp.170 et s.

- note sous, CA Paris, 4^{ème} ch. B, 2 juin 2006, PI, janv. 2007, p.87

- note sous CA Paris, 4^e ch. A, 14 nov. 2007 et CA Paris, 4^{ème} ch. A., 28 nov. 2007, PI avril 2008, p.216

LUCAS A., SIRINELLI P., « *Exceptions de copie privée et mesures techniques de protection* », CA Versailles, 3^e ch., 15 avril 2005, CA Paris, 4^e ch. B, 22 avril 2005, PI, juil. 2005, pp.340 et s.

MALAURIE P., « *L'affiche du film « Amen » représentant une « croix catholique prolongée d'une croix gammée » n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite* », TGI Paris, réf., 21 février 2002, *AGRIF c. Société Renn Production et a.*, JCP G., n°17, 23 avril 2003, II, 10064

- « *Caractère outrageant d'une affiche publicitaire qui constitue une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881* », TGI Paris, ord. réf., 10 mars 2005, JCP G., 2005, II 10109, pp.1511 et s.

- « *Une affiche publicitaire parodiant un des fondements du christianisme ne constitue pas une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881* », C.Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, JCP G, 2007, II, 10041, pp.39 et s.

MANARA C., « *Téléchargement payant de musique : le droit de la consommation s'applique strictement* », TGI Nanterre, 15 déc. 2006, *UFC Que Choisir c. Sony France*, D. 2007, pp.219-220

MARECHAL J.-Y., « *La publication de caricatures de Mahomet ne constitue pas une injure envers les musulmans* », TGI, 17^e ch. corr., 22 mars 2007, JCP G., n° 13, 28 mars 2007, act. 146

MARGUENAUD J.-P., « *Transfert du droit au bail au concubin homosexuel et actio popularis européenne* », CEDH, *Karner c. Autriche*, 24 juil. 2003, RTD Civ., 2003, pp.764 et s.

MARGUENAUD J.-P., MOULY J., « *Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité* », C.Cass., Ch. Soc., 12 janv. 1999, n° de pourvoi 96-40755, D.1999, Jurisprudence. pp.645 et s.

MARGUENAUD J.-P., DAUCHEZ B., « *Les onze milles verges fondatrices du patrimoine littéraire européen* », D. 2010, pp.1051 et s.

MASSIAS F., Chronique internationale, droit de l'homme, note sous Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni* 29 avril 2002, RSC juil. 2002, p.645 et s.

MAYAUD Y., note sous Cour d'assise de Versailles 13 avril 2003, RSC 2004, Chroniques n°4 p.89

- « *de l'accessibilité aux mineurs des messages à caractère violent ou pornographique* », C.Cass., Ch. Crim., 23 fév. 2000, RSC 2000, pp.611 et s.

MBONGO P., « *Réflexion sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste* », CA Nîmes, 8 avril 2004, LP n°213, juil.août 2004, II, pp.85 et s.

MENEMEMIS A., « *Le cinéma, entre APREI et commune d'Aix-en-Provence* », CE, 5 oct. 2007, Droit Administratif, déc. 2007, commentaire 65, pp.12 et s.

MERLET L., VERLY N., « *Atteinte à la dignité du Président par une poupée vaudou* », TGI Paris, 29 oct. 2008, CA Paris, 14e ch., sect. B, 28 nov. 2008, LP, N°258, Janv./fév. 2009, III, pp.16 et s.

MILLAN S., note sous Cour EDH, *K.U. c. Finlande*, 2 déc. 2008, Journal du droit international, Clunet, sept. 2009, pp.1037 et s.

MILLET J.-F., « *Police des manifestations, réunions et spectacles* », Cour administrative d'appel de Nantes, 30 juillet 2001, AJDA 2001, pp.981 et s.

MONDOU C., « *Le champ d'application de la délégation de service public. A propos de la qualification d'une subvention à une association* », CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Section, n°284 736, Revue générale des collectivités territoriales, n°41, pp.209 et s.

MONTELS B., « *Un an de droit de l'audiovisuel* », CCE n°6, juin 2008, chronique 6, pp.21 et s.

MORANGE J., « *Censure, Liberté, Protection de la jeunesse* » CE, sect., 30 juin 2000, *Association « Promouvoir » c. M. et Mme Mazaudier et a.*, RFDA, 2000, pp.1311 et s.

NACCACH R., « *La clause back catalogue sur le devant de la scène* », C.Cass., Civ. 1^e, 5 juil. 2006, D.2006, pp.2404 et s.

NISATO V., « *Licéité de la source et copie privée : le doute persiste* », CA Aix en Provence, 5^e ch., 5 sept. 2007, CCE, b°247, 2007, III, pp.250 et s.

OLIVIER F., BARBRY E., « *À propos de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 9 juin 1998 (Lefebure c. Lacambre et autres)* », RLDI, août-sept. 1998, p.1-3

PECH L., « *Conflit entre différentes conceptions de la liberté d'expression sur l'internet : vers l'imposition d'une lex americana en matière de lutte contre le discours raciste et négationniste ?* », Cour fédérale du district de Californie du Nord, 7 nov. 2001, LP, janv.fév. 2002, II, pp.5 et s.

PLAISANT R., note sous, T. civ. Seine, 10 juill. 1946, JCP G., 1947, II, 3405

POLLAUD-DULIAN F., note sous CA Versailles, 7 avril 2004 et C.Cass., Ch. Soc., 10 juil. 2002, RTD Com. 2004, pp.735 et s.

- note sous TGI Nanterre, 1^e ch., 22 mai 2008, *Garcia c. Sté Moulinsard*, RTD Com., pp.134 et s.

PORACCHIA D., « *Droit d'auteur v/ droit à l'information : la FIFA l'emporte* », C.Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2007, *SNC Hachette Filipacchi associés contre Fédération Internationale de Football Association*, CCE n°2, fév.2008, étude 3, pp.6 et s.

RAVANAS J., « *Peut-on encore douter de l'autonomie et de la force des droits de la personnalité ?* », C.Cass., 1^e civ., 25 févr. 1997, *Mebon c. époux Bauzon*, JCP G 1997, II, 22873, p. 319

- « *image ou crime indigne ?* », C.Cass., 20 déc. 2000. JCP G., 2001, II, 10488, p.547

RAYNOUARD A., note sous CJCE, 13 déc. 2007, Revue de Jurisprudence Commerciale, n°2, 2008, pp.139 et s.

RENAULT C.-E., « *Le contrôle des fictions du réel par le juge des référés : un impossible processus ?* », CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, LP, janv.fév. 2006, pp.21 et s.

- « *Le roman de non-fiction sanctionné par le droit de la presse* », TGI Paris, 17 sept. 2007, LP, déc. 2007, III, pp. 243 et s.

ROCHFELD J., « *À la recherche de l'interprétation perdue ...* », Revue des contrats, Juillet 2005, pp.645 et s.

ROETS D., « *Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme* », Cour EDH, *Garaudy c. France*, 24 juin 2003, D., 2004, n°4, p.239-244

ROYER G., « *Diffamation envers une collectivité dépourvue de personnalité juridique : chaque membre doit se sentir atteint par le propos diffamatoire* », C.Cass., Ch. crim 29 janv. 2008, AJ. Pén., avr. 2008, pp.191-192

SAVATIER R., note sous CA Aix, 23 fév. 1965, D., 1966, pp.166 et s.

SENER S F., « *Une personne privée peut prendre en charge un service public culturel même en dehors de toute délégation de service public* ». Note sous CE, 6 avril 2007, Revue juridique de l'économie publique, juill.2007, pp. 273 et s.

SIRINELLI P., RIDA, Janv. 2007, « *Chronique de jurisprudence* », pp.175 et s.

STOFFEL-MUNCK P., « *Etiquettes sur un CD portant mention d'un dispositif technique limitant la possibilité de copie* », TGI Nanterre, 24 juin 2003, CCE 2003, commentaire 86, p.32

SUDRE F., *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, note sous l'arrêt Cour EDH, K.U. c. Finlande, JCP G., pp.27 et s.

TREPOZ E., « *« La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin !* », C.Cass. Civ. 1^e, 13 nov. 2008, D.2009, n°4, p.266 et s.

- « *« La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur* », TGI Paris, 3^e Ch., 23 nov. 2005, *Gautel c. Mme Rheims*, D.2006, pp.1051 et s.

TRICOIRE A., « *Interprétation du sens de l'affiche d'un film par le juge* », TGI Paris, réf., 21 février 2002, *AGRIF c. Société Renn Production et a.*, LP n°192, juin 2002, III, p.105

- « *Le droit pénal au secours du Ready Made : n'est pas Duchamp qui veut* », TGI Paris, 28e Ch., 24 janv. 2006, *Pinoncely c. Centre national d'art et de culture Georges Pompidou*, D.2006, n°26, pp.1827-1832

- « *Quand la fiction exclut le délit* », TGI Paris, 17^{ème} Ch., 16 nov. 2006, LP, n°240, avr. 2007, III, p.72

- « *les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image.* », TGI Paris, 17e Ch., 9 mai 2007, numéro 06/03296 et TGI Paris, 17e Ch., 25 juin 2007, numéro 06/10149, D.2008, pp.57 et s.

- « *L'enfant d'octobre, « roman », face à son « sujet », les époux Villemin* », CA Paris, 11^e ch., sect. B, 18 déc. 2008, LP, mai 2009, pp.83 et s.

- « *Le corps mort objet d'exposition* », note sur l'arrêt C.Cass., 1^e Civ., 16 sept. 2010, LP, n°277, nov. 2010, pp.364 et s.

VARET V., « *Droit d'auteur et droit du public à l'information* », C.Cass. Civ. 1^e, 13 nov. 2003, LP, n°209, mars 2004, III, pp. 23 et s.

- « *Vers la reconnaissance de la citation d'œuvres graphiques et plastiques ?* », Note sous CA Paris, 14^e ch. sect. B, 12 oct. 2007, LP, déc. 2007, III, pp.258 et s.

VERON M., note sous CA Paris, 11^e ch. 7sept. 1995, Juris-Data n° 0222472, Droit Pénal, déc. 1995, commentaire 280, p.8

- « *Incitation par le dessin et par la chanson : les risques du 1^{er} degré* », C.Cass., Ch. Crim., 21 oct. 1997, C.Cass., Ch. Crim., 4 nov. 1997, Droit Pénal, mars 1998, commentaire 33, pp.11 et s.

- « *Susciter des sentiments de rejet* », C.Cass., Ch. crim., 14 mai 2002, Droit Pénal oct. 2002, commentaire107, p.15

VIVANT M., « *La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (à propos de l'arrêt Magill de la Cour de Justice)* », JCP 95, I 3883, pp.449-450

- « *Libre... mais harmonieux et pas trop gros. Ou de la fonction normalisatrice du droit* », T. Corr. Lyon, 16 fév. 2006, PI, juil. 2006, n°20, pp.360 et s.

WACHSMANN P., « *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme* », Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994, RUDH, 1994, Vol.6 n°12, p.441

WEKSTEIN I., « *Conséquences de la résolution judiciaire d'un contrat d'artiste prononcée à l'encontre de sa maison de disque* », C.Cass, ch.soc., 21 juin 2004, *Universal Music c. MC Solaar*, LP, 2004, n°217, III, pp.213 et s.

- « *La clause de back catalogue sur le devant de la scène* », C.Cass., 5 juill.2006, D.2006, pp.2404 et s.

ZOLLINGER A., note sous Cour EDH, (Gde Ch.), *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janv. 2007, JCP Entr., 2007, 1409, pp.22 et s.

- « *La liberté artistique en grâce auprès de la CEDH* », note sous Cour EDH, *Ulusoy c. Turquie*, LP oct. 2007, pp.205 et s.

- « *CEDH : Nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale* », note sous Cour EDH, *Akdas c. Turquie*, LP avr. 2010, pp.78 et s.

Ressources électroniques

- Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr

- Projet de loi du Royaume-Uni *Digital Economy Bill*
www.commonleader.gov.uk/output/page2920.asp

- *L'Unesco et la question de la diversité culturelle : bilans et stratégie 1946-2000*
<http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php>

- Sur l'affaire Wingrove : <http://www.lexferenda.com/06042008/visions-of-wingrove/>
<http://www.mediawatchwatch.org.uk/2008/04/06/visions-of-ecstasy-invited-to-resubmit-to-bbfc/>

- <http://blogasty.com/billet/367893-le-telechargement-tue-t-il-vraiment-l-artiste--post>

- « *Affaire Rey-Maupin*, Wikipédia, *Les plus grands scandales au cinéma* », <http://www.linternaute.com/sortir/cinema/film/dossier/films-a-scandales/1.shtml>

- « *L'Internet raciste en langue française* », Rapport de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, sur la Conférence de l'OSCE, du 16 et 17 Juin 2004, (<http://www.commission-droits-homme.fr/travauxCncdh/InternetRaciste.html>)

- « *La diversité culturelle vue par les artistes et les créateurs* », table ronde, Journée mondiale de la diversité culturelle pour le dialogue et le développement, 21 mai 2008, http://www.unesco.org/culture/culturaldiversity/21_mai_document_de_synthese_table_ronde.pdf

- « *Pas de censure pour la palme d'or* », Communiqué de l'Observatoire de la liberté d'expression en matière de création, 25 juillet 2007,

ABDALLAH ALI N., « *Tradition artistique et dynamique de création* », *Contribution à la Conférence régionale sur l'éducation artistique scolaire et extrascolaire*, Port Elizabeth, South Africa, 26-30 juin 2001, <http://portal.unesco.org/culture/en/files/19703/10818741423naguib.pdf/naguib.pdf>

HEINICH N., « *Public et art* », Encycloppedia Universalis en ligne, <http://www.universalis-edu.com/article2.php ?napp=4460&nref=P151171>

KRSTULOVIC S., MARTIN A., « *L'expérience musicale : un levier de dynamisation pour la musique en ligne* », <http://www.internetactu.net/2005/06/29/lexprience-musicale-un-levier-de-dynamisation-pour-la-musique-en-ligne>

LARRIBEAU S., PENARD T., « *Commerce électronique et dynamique des prix : une application à la vente en ligne de CD* », <http://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard/biblio/CD.pdf>

MC WILLIAMS J., *Comic books*, www.firstamendmentcenter.org

TRICOIRE A., n°119 « *Victor Hugo et le droit* », (Juillet-Septembre 2002), Pour une liberté d'expression en matière de création, Ligue des droits de l'homme

VEREYCKEN K., « *Rembrandt et Comenius contre Rubens: la lumière d'Agapè* », Encyclopédie de l'Agora, (Encyclopédie électronique), <http://agora.qc.ca>

Œuvres citées non rattachées à une décision de justice

Œuvres littéraires

AURITA A., *Fraise et chocolat*, première publication en 2006 par les Éditions nouvelles

BAUDELAIRE C., *Les fleurs du mal*, première publication en 1857 par les éditions Malassis-de-Broise (censurée). Réhabilité par la Cour de cassation le 31 mai 1949

DE BALZAC H., *Maximes et pensées*

DE SAINT-EXUPERYA., *Le petit Prince*, première publication en 1943 par Gallimard

GAUTIER T., *Mademoiselle de Maupin*, première publication en 1835

GIRAUDOUX J., *Amphitryon 38*, (pièce de théâtre), première publication en 1929 par les Éditions Grasset

HERGE, *Tintin chez les Soviets*, Première publication en septembre 1930

HUGO V., *L'homme qui rit*, 1^{ère} publication en 1869

JONES-GORLIN N., *Rose Bonbon*, première publication en 2002 par Gallimard

KAFKA F., *Le procès*, première publication en français en 1933 par Gallimard

ORWELL G., 1984, première publication en français en 1950 par Gallimard

SHEPPARD G., *Signé Hubert Aquin : enquête sur la mort d'un écrivain*, Première publication en 1985 par Boreal express, Montreal

SPINRAD N., *Rêve de fer*, première publication en 1973 par les Éditions Opta

Œuvres cinématographiques

ANDREWS W. P., *London to Brighton*, sortie 20 juin 2007

ATTENBOROUGH, *Le cri de la liberté*, sortie le 23 mars 1988

BONELLO B., *Le pornographe*, sortie le 3 oct. 2001

BOUCHAREB R., *Indigènes*, sortie le 27 sept. 2006

CORBJIN A., *Control*, sortie le 26 sept. 2007

CURTIS R., *Good Morning England*, sortie le 6 mai 2009

DARREN B., *Saw IV*, sortie le 21 nov. 2007

DE CAUNES A., *Coluche l'histoire d'un mec*, sortie le 15 déc. 2008

FONATAINE A., *Coco avant Chanel*, sortie le 22 avril 2009

HACKFORD T., *Ray*, sortie le 23 fév. 2005

HAYNES T., *I'm not there*, sortie le 5 déc. 2007

MUNGIU C., *4 mois, 3 semaines, 2 jours*, sortie le 29 août 2007

NOE G., *Irréversible*, sortie le 22 mai 2002

SMITH K., *Dogma*, sortie le 19 janv. 2000

SFAR J., *Gainsbourg (vie héroïque)*, sortie le 20 janv. 2010

Œuvres musicales

ANDERSEN L., *Lili Marleen*, 1938

AZNAVOUR C., *Je m'voyais déjà*, 1960

BEATLES (The), *Back in the U.S.S.R.*, extrait de l'album *The Beatles*, 1968

BLOC PARTY, *Biko*, extrait de l'album *Intimacy*, 2008

BOOBA, *Autopsie vol.1*, 2005, Musicast L'autoprod

BOOBA, *Autopsie vol.2*, 2007, Tallac records

BOOBA, *Ouest Side*, 2006, Barclay

BOOBA, *0.9*, 2010, Barclay

BOOBA, *Autopsie vol.3*, 2009, Warner Music France

CLAPTON E., *I shot the sheriff*, extrait de l'album *461 Ocean Boulevard*, 1974

DANDY WARHOLS, *Mis amigos*, extrait de l'album *Earth to the Dandy Warhols*, 2008

DION C., *Pour que tu m'aimes encore*, extrait de l'album *D'eux*, 1995
DOORS (The), *Light my fire*, extrait de l'album *The Doors*, 1967
FERRÉ L., *Les anarchistes*, extrait de l'album *L'été 68*, 1969
FRANZ FERDINAND, *Ulysses*, extrait de l'album *Tonight*, 2009
GABRIEL P., *Biko*, extrait de l'album *Peter Gabriel*, 1980
LEGION 88, *Cassez moi tous ces c...*, disponible par recherche sur Internet
LENNON J., *Imagine*, extrait de l'album *Imagine*, 1971
LORD KOSSITY, *Face à la réalité*, extrait de l'album *KOSS*, 2008
NETTOYAGE ETHNIK, *Sur les sales nègres des tropiques*, Disponible par recherche sur Internet
ORELSAN, *Sale pute*, extrait de l'album *Perdu d'avance*, 2009
ROBINSON T., *Glad to be gay*, jouée dès 1976, extrait de l'album *Cabaret 79 : Glad to be gay*, 1982
SPRINGSTEEN B., *I'm on fire*, extrait de l'album *Born in the U.S.A.*, 1984
STING, *They dance alone*, extrait de l'album *Nothing like the sun*, 1987
THIRD EYE BLIND, *Non-dairy creamer*, *Red Star*, *Don't believe a word*, extraits de l'album *Ursa Major*, 2009
TTC, *Girlfriend*, extrait de l'album *3615 TTC*, 2006
VIAN B., *Le déserteur*, 1954
WEEZER, *Turnin' up the radio*, devenue *Turnin' Turnin'*, disponible sur Internet
YELLE, *Je veux te voir*, extrait de l'album *Pop-Up*, 2007
SILVERCHAIR, *Suicidal dream*, extrait de l'album *Frogstomp*, 1995

Œuvres visuelles et plastiques

LAFONTAINE M.-J., *The Swing*, 1999
HUITRIC H., **NAHAS M.**, *Premier colorix*, 1975
PAIK N. M., *Cage in cage*, 1984
SECHAS A., *Professeur Suicide*, 1995
Affiche du film *Mon oncle* de Jacques Tati

LISTE DES DÉCISIONS CITEES

Décisions des organes internationaux

Commission européenne des droits de l'homme

- *X. c. Suède*, 07 fév. 1968
- *Rassemblement jurassien c. Suisse*, déc. 10 oct. 1979
- *X. Ltd. Et Y. contre Royaume-Uni*, 7 mai 1982
- *N. c. Suisse*, 13 oct. 1983
- *Nielsen c. Danemark*, 10 mars 1986
- *Müller c. Suisse*, 08 oct. 1986
- *Van Breedam c. Belgique*, 4 oct. 1989.
- *Smith Kline et French Laboratories Ltd c. Pays Bas*, 4 oct. 1990
- *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, 14 janv. 1993
- *Société nationale des programmes France 2 c. France*, 15 janv. 1997
- *Lenzing AG c. Royaume-Uni*, 9 sept. 1998

Cour Européenne des Droits de l'Homme

- *De Becker c. Belgique*, 27 mars 1962.
- Plénière *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juil. 1968
- *Golder c. Royaume-Uni*, 21 fév. 1975
- *Handyside contre Royaume-Uni* du 07 décembre 1976
- *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978
- *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978
- *König c. RFA*, 28 juin 1978
- *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avr. 1979
- *Marckx c. Allemagne*, 13 juin 1979
- *Airey c. Irlande*, 09 oct. 1979

- *Young James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981
- *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, §60
- *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 fév. 1982
- *Young James et Webster c. Royaume Uni*, 18 oct. 1982
- *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985
- *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, 26 juin 1986
- *Lingens c. Autriche*, 8 juil. 1986
- *Leander c. Suède*, 26 mars 1987
- *Müller et autres c. Suisse*, 24 Mai 1988
- *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988
- *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990
- *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990
- *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990
- *Smith et Kline c. Pays-Bas*, 4 oct. 1990
- *Ezelin c. France*, 26 avril 1991, §52
- *Oberschlick c. Autriche (n°1)*, 23 mai 1991
- *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991
- *Sunday Times (n°2) c. Royaume-Uni*, 26 nov. 1991
- *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992
- *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992
- *Open door and dublin well woman c. Irlande*, 29 oct. 1992
- *Niemetz c. Allemagne*, 16 déc. 1992
- *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993
- *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 nov. 1993
- *Casado Coca c. Espagne*, 24 fév.1994, §35
- *Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994
- *Otto Preminger Institut c. Autriche*, 20 sept. 1994
- *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994
- *Stjerna c. Finlande*, 25 nov. 1994
- *Lopez Ostra c. Espagne*, 09 déc. 1994
- *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995
- *Vogt c. Allemagne*, 26 sept. 1995
- *British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas*, 20 nov. 1995
- *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 nov. 1996
- *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 déc. 1996
- *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni*, 19 fév. 1997
- *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 fév.1997
- *Worm c. Autriche*, 29 août 1997

- *Zana c. Turquie*, 25 nov. 1997
- *Guerra et autres contre Italie*, 19 fév. 1998
- *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 fév. 1998
- *Walter c. France*, 20 mai 1998
- *Incal c. Turquie*, 09 juin 1998
- *Lehideux et Isorni c. France*, 23 sept. 1998
- *Janowski c. Pologne*, 21 janv. 1999
- *Fressoz et Roire c. France*, 21 janv. 1999
- *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999
- Déc., *ARSEC c. Espagne (Asociacion Ramon Santos de Estudios sobre el Cannabis)*, 15 juin 1999
- Gde Ch., *Karatas c. Turquie*, 8 juil. 1999
- *Sürek c. Turquie*, 08 juil. 1999
- *Sürek n°1 c. Turquie*, 8 juil. 1999
- Gde Ch., *Sürek n°4 c. Turquie*, 08 juil. 1999
- Gde Ch., *Sürek et Ozdemir c. Turquie*, 08 juil. 1999
- *Pellegrin c. France*, 8 déc. 1999
- Gde Ch., *Beyeler c. Italie*, 5 janv. 2000
- *Bergens Tidende c. Norvège*, 2 mai 2000, §57.
- *Tanribilir c. Turquie*, 16 nov. 2000
- *Bensaid c. Royaume-Uni*, 6 fév. 2001
- *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001
- *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) c. Suisse*, 28 juin 2001
- *Association Ekin c. France*, 17 juil. 2001
- *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, 2 oct. 2001
- *Fretté c. France*, 26 fév. 2002
- *Kutzner c. Allemagne*, 26 fév. 2002
- *Cissé c. France*, 9 avril 2002
- *AEPI S.A. c. Grèce*, 11 avril 2002
- *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002
- Déc., *Gipsy council et a. c. Royaume-Uni*, 14 mai 2002
- Déc., *Zehnalova et Zehnal c. République Tchèque*, 14 mai 2002
- Gde Ch., *Beyeler c. Italie*, 28 mai 2002
- *Oneryildiz c. Turquie*, 18 juin 2002
- *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002
- *Yalçın Kulçuk c. Turquie*, 05 déc. 2002
- Gde Ch., *Odièvre c. France*, du 13 février 2003
- *Djavit An*, 20 fév. 2003

- *Appleby c. Royaume-Uni*, 06 mai 2003
- Déc., *Garaudy c. France*, 24 juin 2003
- Gde Ch., *Hatton c. Royaume-Uni*, 08 juil. 2003
- *Murphy c. Irlande*, 10 juil. 2003
- *Karner c. Autriche*, 24 juil. 2003
- *Radio France et autres c. France*, 23 sept. 2003
- *M.C. c. Bulgarie*, 04 déc. 2003
- *Gündüz c. Turquie*, 04 déc. 2003
- *Gorzelik c. Pologne*, 17 fév. 2004
- *Glass c. Royaume-Uni*, 09 mars 2004
- *Surugiu c. Roumanie*, 20 avril 2004
- *Edition Plon c. France*, 18 mai 2004
- *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, 27 mai 2004
- *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004
- *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004,
- *Dogan et autres c. Turquie*, 29 juin 2004
- *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juil. 2004
- *Moreno Gomez c. Espagne*, 16 nov. 2004
- *A.K. et V.K. c. Turquie*, 30 nov. 2004
- *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, 17 déc. 2004
- *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 fév. 2005
- *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 fév. 2005
- *Epple c. Allemagne*, 24 mars 2005
- *Alinak c. Turquie*, 29 mars 2005
- Déc., *Melnitchouk c. Ukraine*, 5 juil. 2005
- *I.A c. Turquie*, 13 sept. 2005
- *Anheuser Busch Inc. c. Portugal*, 11 oct. 2005
- *Roche c. Royaume-Uni*, 19 oct. 2005, §172
- Déc., *Erbakan c. Turquie*, 10 nov. 2005
- *Tourancheau et July c. France*, 24 nov. 2005
- Gde ch., *Soerensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janv. 2006
- *Giniewski contre France*, 31 Janvier 2006
- Déc., *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c. France*, 28 mars 2006
- *Brasiliere c. France*, 11 avril 2006
- *Dammann c. Suisse*, 25 avril 2006
- *Aydin Tatlav c. Turquie*, 2 mai 2006
- Déc., *VD et CG c. France*, 22 juin 2006

- *Öllinger c. Autriche*, 29 juin 2006
- *Jalloh c. Allemagne*, 11 juil. 2006
- *Monnat c. Suisse*, 21 sept. 2006,
- Gde Ch., *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 21 sept. 2006
- *Klein c. Slovaquie*, 31 oct. 2006
- *Ulusoy et autres c. Turquie*, 03 mai 2007
- *Dupuy et autres c. France*, 07 juin 2007
- Gde Ch., *Anheuser-Busch c. Portugal*, 11, janv. 2007
- *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, 25 janv. 2007
- *Baczkowski c. Pologne*, 03 mai 2007
- *Hachette Filipacchi Associés c. France*, 14 juin 2007
- *Lindon, Otchakowsky-Laurens, July c. France*, 22 oct. 2007
- *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox c. France*, 12 juin 2007
- *Sté Hachette Filipacchi c. France*, 14 juin 2007
- Déc., *Muscio c. Italie*, 13 nov. 2007
- *Timpul Info-Magazin and Anghel c. Moldavie*, 27 Nov. 2007 (uniquement en anglais)
- Gde Ch., *Stoll c. Allemagne*, 10 déc. 2007
- *Balan c. Moldavie*, 29 Janvier 2008
- *July et SARL Libération c. France*, 14 fév. 2008
- *Azevedo c. Portugal*, 27 mars 2008
- *Tourkiki Enosi Xhantis et autres c. Grèce*, 27 mars 2008
- *Leroy c. France*, 02 oct. 2008
- *Sahiloglu c. Turquie*, 21 oct. 2008
- Gde Ch., *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 nov. 2008
- *K.U. c. Finlande*, 2 déc. 2008, n°2872/02
- *Association des citoyens Radko et Paunkovski c. L'ex-République yougoslave de Macédoine*, 15 janv. 2009
- *Orban c. France*, 15 janv. 2009
- *Women on waves c. Portugal*, 03 fév. 2009
- *Kozacioglu c. Turquie*, 19 fév. 2009
- *Barraco c. France*, 5 mars 2009
- *Société Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, 05 mars 2009
- *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, 05 mars 2009,
- *Kydonis c. Grèce*, 2 avril 2009
- Gde ch., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) c. Suisse (n°2)*, 30 juin 2009
- *Willem c. France*, 16 juil. 2009
- *Féret c. Belgique*, 16 juillet 2009

- *Brunet-Lecomte et Tanant c. France*, 08 oct. 2009
- *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 oct. 2009
- *Aguilera Jimenez et a. c. Espagne*, 08 déc. 2009
- *Akdas c. Turquie*, 16 fév. 2010
- *Ruokanen c. Finlande*, 6 avril 2010
- *Brunet Lecomte et Lyon Mag c. France*, 6 mai 2010
- *Oluic c. Croatie*, 20 mai 2010
- *Cox c. Turquie*, 20 mai 2010
- Déc., *Mihai Ionescu c. Roumanie*, 1 juin 2010
- *A., B. et C. c. Irlande*, 16 déc. 2010
- *Ehrman et a. c. France*, 7 juin 2011
- *Palomo Sanchez et a. c. Espagne*, 12 sept. 2011

Cour de Justice de l'Union Européenne

- *Grunding*, 13 juil. 1966, 56/64 et 58/64, Rec. p.429 et s.
- *Coditel c. Ciné Vog et les films La Boétie*, 18 mars 1980, 62/79, Rec. p.881
- *Musik-Vertrieb membran*, 20 janv. 1981, 55/80 et 57/80, Rec. p.147
- *Coditel*, 6 octobre 1982, 262/81, Rec. p.3381
- *Société Cinéthèque et autres contre Fédération Nationale des Cinémas Français*, 11 juil. 1985, 60/84 et 61/84, Rec. p.2605
- *Groener*, 28 nov. 1989, C-379/87, Rec. p. 3967
- *Commission c/ France*, 26 fév. 1991, C-154/89, Rec. p. I-659
- *Gouda*, 25 juin 1991, Rec. p. I-4007, C-288/89, Rec. p.I-4007
- *AKZO*, 3 juillet 1991, C-62/86, Rec. p. I-3359
- *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im*, 20 octobre 1993, C-92/92 et 326/92, Rec. p.I-5145
- *Magill*, 6 avril 1995, C-241/91P et C-242/91P, p.I-743
- *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre République d'Autriche*, 12 juin 2003, C112/00 (question préjudicielle), Rec. p.I-5659
- *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 oct. 2004, C-36/02, (question préjudicielle), Rec. p.I-9609
- *United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), Wolu TV ASBL C. Etat Belge*, 13 déc. 2007, C-250/06, Rec. p.I-11135
- *Promusicae c. telefonica de Espana*, 29 janv. 2008, C-275/06, Rec. p.I-271
- *France Télécom SA c. Commission*, 2 avril 2009, C-202/07

Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes

- Gde ch., *Microsoft c. Commission*, 17 sept. 2007, T-201/04, Rec. p.II-3601
- 5e ch., *TV2 Danmark A/S c. Commission*, 22 oct. 2008, T317/04, Rec. p.II-2935

Cour Interaméricaine des droits de l'homme

- *Last temptation of Christ (Olmedo Bustos et al.) versus Chile*, 5 Février 2001, série C 73
- *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 31 août 2001, Series C, n°79

Décisions des organes nationaux

Juridictions judiciaires

Cour de Cassation

Chambres Civiles

- Civ. 1^e, 14 mars 1900, *Affaire Whistler*, D.1900, 1, p.497
- Civ. 1^e, 13 avr. 1959, *Affaire relative au film La bergère et le ramoneur*
- Civ. 1^e, *Luntz c. Sté les productions Fox-Europa*, 7 fév. 1973, n°71-11.513
- Civ. 1^e, 15 avr. 1982, Bull. Civ., I, n°132
- Civ. 1^e, *SA Viaduc c/ Portat-Essel*, 16 oct. 1984, n° 83-11.786, Juris-Data n° 1984-702217
- Civ.1^e, *Thierry Le Luron et a. c. Éditions Salabert*, 12 janv. 1988, n°85-18787
- Civ. 1^e, 3 nov. 1988, RIDA n°4, 1989, p.299
- Civ. 1^e, 27 mars 1990, Bull. Civ., n°75, p.54
- Civ. 1^e, *AGRIF c. Scorsese*, 27 oct. 1990, n°88-19366
- Civ. 2^e, 21 nov. 1990, *SA Téléma, Chatilliez et Quentin c. Le Mentec, MK2 Productions*, JurisData n° 1990-003001
- Civ. 1^e., 4 avr. 1991, Bull. Civ., n°120

- Civ. 1^e, 13 avril 1992, RIDA, n°4, 1992, p.149
- Civ. 1^e, *Sté Bézault*, 24 mars 1993, n°91-17.887
- Civ. 1^e, 10 oct. 1995, *Mme Li Shu Xian c. Robert Laffont et a.*, n°93-20.635
- Civ. 1^e, 6 fév. 1996, *FR3*
- Civ. 1^e, *Mebon c. épx Bauzon*, 25 févr. 1997
- Civ. 1^e, 20 déc. 2000, n°007502
- Civ. 1^e, *SA nationale de télévision France 2 c. Fabris et a.*, 13 nov. 2003, n° 01-14385, Juris-Data n°2003-020895, Bull. Civ. I, n°229
- Civ 2e, *Consorts x. c. Société Seita SA devenue Altadis*, 20 nov. 2003, n°01-17.977
- Civ. 1^e, *Buren et Drevet c. Sté Éditions Clio Cartes et al.*, 15 mars 2005, n° 03-14.820
- Civ. 1^e, *S. c. L.*, 27 sept. 2005, n°03-13.622
- Civ. 1^e, *Binoche c. Le Groumellec*, 29 nov. 2005, n°01-17.034
- Civ. 1^e, *Jean X. et éditions du Palémon c. Gabrielle Y*, 7 fév. 2006, n°04-10941
- Civ 1^e, 7 mars 2006, n° 03-18.360, *Sté Hachette Filipacchi c/ SOFAM*, Bull. Civ., n°140
- Civ. 1^e, *Cts Colucci c. BMG et Éd. Paul Lederman*, 21 mars 2006
- Civ. 1^e, *Sté Kapagama c. Poulet*, 13 juin 2006, n°04-15.456, Juris-Data n°206-034001
- Civ. 1^e, *Éditions du félin c. Guesh Patti*, 5 juil. 2006, n°05-10.463
- Civ. 1^e, *SAS Warner Chappel Music France c. Perret et a.*, 7 nov. 2006, Juris-Data n°2006-035764
- Civ. 1^e, *Société 1633 c. SCPE*, 7 nov. 2006
- Civ. 1^e, *Sté GIP c/ Assoc. Croyances et libertés et a.*, 14 nov. 2006, pourvoi numéro 05-15.822, Juris-Data n°2006-035890
- Civ. 1^e, *Société Plon c. Hugo*, 30 janv. 2007, pourvoi n° 04-15.543
- Civ. 1^e, *Hachette Filipacchi associés c. Fédération internationale de football*, 2 oct. 2007
- Civ. 3^e, 26 mars 2008, n°07-11.923, Inédit
- Civ. 1^e, 19 juin 2008, n°07-14.277
- Civ. 1^e, 13 nov. 2008, pourvoi n°06-19.021
- Civ. 1^e, *UFC Que Choisir c. FNAC, Warner Music France*, 27 nov. 2008
- Civ. 1^e, 11 juin 2009, *M. Z. et a. c. Eduardo X.*, n°08-12063
- Civ. 1^e, 24 sept. 2009, *Sté Jacky Boy c. H. Salvador*
- Civ. 1^e, 14 janv. 2010, 08-16022, 08-16023, 08-16024 (3arrêts)
- Civ. 1^e, 16 sept. 2010, *Société Encore Events c. Association Ensemble contre la peine de mort et a.*, n°09-67.456

Chambre criminelle

- Ch. Crim., 3 mars 1898, *Annuaire de la propriété industrielle 1899*, 72
- Ch. Crim., *Trubert*, 08 juil. 1949, JCP 1949, II, n°5128, p.58

- Ch. Crim, *Proc. Gén. Lyon et Union départementale des associations familiales de Lyon c. Mouchot*, 31 janvier 1957, JCP 1957, n°9865, pp.21 et s.
- Ch. Crim., *Mouchot c. Proc. Gén. Grenoble*, 16 mars 1959, D. 1959, p.346 et s.
- Ch. Crim, 12 oct. 1976, Bull.Crim. n°287
- Ch. Crim., 20 oct. 1977
- Ch. Crim., *Alain X. et Expression 77*, 20 avr. 1982, inédit
- Ch. Crim., 16 déc. 1986, Bull. Crim. n°374
- Ch. Crim., *Fabbro*, 17 janv. 1990, Bull. Crim. 1990, n° 30, p. 74
- Ch. Crim., 22 mai 1990, n°87-81.387, Bull. Crim. n°211
- Ch. Crim., 4 janv. 1991, n°87-81.995
- Ch. Crim., *Dahinden*, 15 avril 1992
- Ch. Crim., 16 juin 1993, n° 92-83.268
- Ch. Crim., *X. et a. c. Y*, 29 nov. 1994, Bull. Crim., n°382
- Ch. Crim., 6 déc. 1995, n°94.84-990
- Ch. Crim., *Mme X. et a.*, 13 déc., 1995, D. 96, IR, p.42
- Ch. Crim., *AGRIF*, 21 oct. 1997, Juris-Data n°005095
- Ch. Crim., *P. Le Lay et TF1*, 4 nov. 1997, Jursi-Data n°005090
- Ch. Crim., *Al Refai*, 24 fév. 1999, n°98-81.794
- Ch. Crim., *X. c. société Y*, 23 fév. 2000, n°99-83.928
- Ch. crim., *J.-M. C. et O. T. c. Association de défense conte l'incitation au suicide*, 13 nov. 2001, n°01-81.418, Bull. Crim., n°234
- Ch. Crim., 29 janv. 2002, Bull.crim. n°13
- Ch. Crim., *Girard Hugues*, 14 mai 2002, Juris-Data n° 2002-015301,
- Ch. Crim., 25 mars 2003, *AGRIF c. Dieudonné et autres*, inédit, n°02-82288
- Ch. Crim., *Le pornographe*, 19 Janvier 2005, n°04-83.044
- Ch. Crim., *Il entrerait dans la légende*, 19 janv. 2005, n°04-89.049
- Ch. Crim., 14 fév. 2006, *Pierre X et Nathalie Y. c. la ligue des droits de l'homme*, n°05-81.932
- Ch. Crim., *Procureur général près de la Cour d'appel de Montpellier et a.*, 30 mai 2006, numéro 05-83.335, , Juris-Data numéro 2006-033837
- Ch. Crim., *AGRIF c. Sniper*, 23 janv. 2007, n°06-85.329
- Ch. Crim., *Ligue internationale conter le racisme et l'antisémitisme et a. c. Dieudonné*, 3 avril 2007, n°05-85885
- Ch. Crim., *Min. Publ. c. Sté EMI et Mohammed X.*, 11 juill. 2007, n°06-86024
- Ch. Crim., *AGRIF c. S. July*, 2 mai 2007, n°06-84.710Ch. Crim., *Dominique X. c. Min. Publ.*, 4 sept. 2007, n° 07-80.072
- Ch. Crim., *Cédric X. et a. c. Min. Publ.*, 12 sept. 2007, pourvoi n° 06-86.763
- Ch. Crim., 11 déc. 2007, n°06-87.445
- Ch. Crim., *Soc. Midi Libre et a. c. Mohamed Z et a.*, 29 janv. 2008, pourvoi n° 06-86.474, Bull. Crim. n° 23

- Ch. Crim. 5 fév. 2008, n°07-81.387, bull. crim. n°28
- Ch. Crim, *F PF, V. c/ Assoc. Act Up Paris et a.*, 12 nov. 2008, n° 07-83.398
- Ch. Crim., 3 févr. 2009, *A.G.R.I.F. c. R.Makela*, n°08-85220
- Ch. Crim., 31 mars 2009, n°07-88021
- Ch. Crim., 15 déc. 2009, n°09-80709

Chambre sociale

- Ch. Soc., 12 janv. 1999, n° de pourvoi 96-40755
- Ch. Soc., 10 juil. 2002, Bull. civ. n°245
- Ch. Soc., *Universal Music c. MC Solaar*, 21 juin 2004, numéro 02-43.793, Juris-Data 2004-024298
- Ch. Soc., *Tenenbaum (dit Ferrat) c. SA Universel Music et a.*, 8 février 2006, Juris-Data n° 2006-032093
- Ch. Soc., *Larusso c. EMI*, 13 juin 2007, n°05-45.377
- Ch. Soc., *Laura M. c. la Sté B.*, 26 sept. 2007
- Ch. Soc., *Société Universal Music France c. M. Gardinier*, 23 janv. 2008, n°06-43.040

Chambre commerciale

- Ch. Com., 13 déc. 1995, n°03-18.756, RIDA n°169, 1996, p.307
- Ch. Com., 26 nov. 2003, *Sté TF1 c. Sté Editions Montparnasse*, n°00-22.605
- Ch. Com., *Société Orangina c. Centre d'études et de documentation du sucre*, 30 janvier 2007
- Ch. Com., 6 mai 2008, *Sté France Télécom E-commerce c. Syndicat de la librairie française*, n°07-16.381, Juris-Data n° 2008-043800

Cour D'appel

- CA Paris, *Soc. Successori Bina Cavazza c. Soc. Ach frères et fils*, 18 juil. 1932, D. 1933, II, p.139
- CA Dijon, *Saisset-Schneider dite Germaine Dulac, France actualités, Chambre syndicale de la cinématographie c. Pfeiffer*, 8 janv. 1936, D. 1936, p.137
- CA Paris, *Consorts Vollard c. Rouault*, 19 mars 1947, D. 1949, jurisprudence, p.20
- CA Paris, *Sté Gaumont c. P.Blanchard*, 14 juin 1950, D. 1951, jurisprudence, p.9
- CA Paris, *Grimaud et Prévert c. Société Les gémeaux et a.*, 18 fév. 1956
- CA Paris, 29 avr. 1959, *Soc. Roy Export Company Establishment et Charlie Chaplin c. Soc. Les films Roger Richebé*, D.1959, Jur., p.402.
- CA. Angers, 2^{ème} Ch. corr., 12 janv. 1961, JCP 1961, II, n°12017
- CA Aix, *Leroux c. Damiano*, 23 fév. 1965

- CA Orléans, *P. c. Consorts Rouault*, 17 mars 1965
- CA Paris, *Soc. Nouvelles éditions Jean Naudin Fils c. Aubanel*, 23 déc. 1969
- CA Paris, *Dame Gautier*, 14 oct. 1975
- CA Paris, *4e ch.*, 7 avril 1978, *D. 1978, IR, p. 303*
- CA Paris, 7 juin 1982, *D. 1983, IR, p.97*
- CA Paris, *SA Greenwich Film Production, SARL A.A.A. Distribution, Groupement des afficheurs parisiens c. Assoc. Saint Pie X*, 26 oct. 1984, *Gaz. Pal.. 1984, 2, p. 728*
- CA Paris, *Le Mentec c. MK2 Productions*, 3 mai 1989, *Juris-Data n°1989-021981*
- CA Paris, *4^{ème} Ch.*, 17 févr. 1988, *RIDA, oct. 1989, p.325*
- CA Paris, *Consorts Brel c. Assoc. Rassemblement pour la République*, 21 juin 1988, *D. 1990, somm. p.53*
- CA Paris, *AGRIF c. Martin Scorsese et a.*, 27 sept. 1988
- CA Paris, *4^e Ch.*, *Pons et autres c. Consorts de Staël*, 1^{er} fév., 1989, *D. 1988 som. p.50*
- CA Paris, *11^e ch.*, 11 sept. 1989, *Juris-Data n°024856*
- CA Paris, 20 avr. 1990, *Gaz. Pal. 1990, I, p. 309*
- CA Paris, *11^e, Ch. B.*, *Vuillemin, Gourio et Moreau c. Min. Publ.*, 26 avr.1990, *Gaz.pal. 1990, 2, 483*
- CA Paris, *1^{ère} ch. A, C.N.T.C. c. Philip Morris et autres*, 28 janv. 1992, *Juris-Data n°1992-020095*
- CA Paris, *Sté Enoch c. Faizant et Le point*, 11 mai 1993, *Inédit*
- CA Paris, *11^e ch.* 7sept. 1995, *Juris-Data n° 1995-0222472*
- CA Paris, *Sté Benetton group SPA et a. c. Assoc. Aides Fédération nationale*, 28 mai 1996, *D. 1996, jurisprudence p. 617*
- CA Paris, 25 juin 1996, *RIDA, janv. 1997, p.337*
- CA Paris, 5 sept. 1997, *RIDA, avr. 1998, p.416*
- CA Paris, 28 janv. 1998, *n°97/01792, Juris-Data n° 1998-020165.*
- CA Versailles, 18 mars 1998, *Gaz. Pal., 1999, I, somm., p.48*
- CA Paris, 25 mars 1998, *RIDA, oct. 1998, p.254*
- CA Bordeaux, *Ch. Corr.*, 22 nov. 1998, *n°97000592, Juris-Data n° 1998-048500*
- CA Paris, *14^e ch.*, 10 fév. 1999, *Juris-Data n° 020187*
- CA Paris, *13e ch.*, 20 janv. 2000, *Abou et a., Ministère Public et Microsoft et a.*, *Juris-data n°111542*
- CA Paris, 13 sept. 2001, *D. 2002, IR, p.44*
- CA Paris, *4^e Ch. Sect., A*, 13 Mars 2002, *Hugues Aufray c. Sté BMG publishing France et a.*
- CA Paris, *13e ch. corr., sect. A.*, 22 mars 2000, *Juris-Data n° 2000-117355*
- CA Paris, *Prud'homme c. Jonquet et Gallimard*, 5 avr. 2001, *Juris-Data n°2001-141162*
- CA Versailles, *Daniel Pontoreau, ADAGP et a. c. Association Front National et a.*, *1^e ch.*, 20 déc. 2001, *RIDA, avr. 2002, pp.448 et s.*
- CA Paris, *13^e ch.*, 2 avril 2002, *n°01/03637*

- CA Paris, 4^e Ch. A, *SA Éditions Sand c. Jean Boissonnat* , 12 févr. 2003, Juris-Data n° 2003-206175
- CA Versailles, *J.Ferrat c. Universal Music*, 7 avril 2004, Inédit
- CA Nîmes, *Association Promouvoir c. Léo Scheer*, 8 avril 2004
- CA Paris, Ch. 1, *Sté Mat films c. RATP*, 3 mai 2004, D.2004, IR, p.1771
- CA Paris, *S.A. Marki c. S.A. Hasbro France et Hasbro International Inc.*, 4 juin 2004, Juris-Data n° 2004-243678
- CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch. B, 12 nov. 2004, n°03/20673
- CA Paris, 14^e ch. B, *SAS JC Decaux Publicité Lumineuse et autres contre Association Croyances et Libertés*, 8 avril 2005, Juris-Data n° 2005-274875
- CA Versailles, 15 avr. 2005, *Mme Marc et UFC Que Choisir c. Sté EMI France*, Juris-Data n° 2005-268185
- CA Paris, 4^e ch. B, 22 avril 2005, *Perquin et UFC-Que choisir c. Société Universal Pictures Vidéo France et autres*
- CA Grenoble, Ch. Corr., 26 juin 2005. Juris-Data n° 2005-292504
- CA Paris, *G du Jonchay c. SA AMIP et T Koulmasis*, 9 sept. 2005
- CA Paris, *Sté 123 Multimédia c. MC Solaar et a.*, 16 sept. 2005, , Juris-Data n°2005-281258
- CA Paris, 13^e ch., *Benoit et a. c. Microsoft et a.*, 20 sept. 2005, Juris-Data n°2005-288556
- CA Versailles, ch. civ. réunies, *Grumberg et Enrico c. Fourquet*, 26 janvier 2006, n°04/07033
- CA Paris, 4^{ème} ch. B, *Kamensky c. Les éditions du regard*, 2 juin 2006, n° 2002/09861
- CA Lyon, 7^e ch., *Thierry Ehrmann*, 13 sept. 2006, Inédit
- CA Paris, 11^e ch. A, *SNCF c. SARL Graff it ! Productions et a.*, 27 sept. 2006
- CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. sect. C, *Sté Septembre Production c. Consorts Rambla*, 24 o oct. 2006, LP, janv.fév. 2007, p.21
- CA Paris, Ch. 4, Section A, 9 mars 2007, *SAS Challenger House c. Rodolphe Couhtois et SAS Quick France*, n°06/05653
- CA Paris, 4^e ch. A., *Sté Moulinsart et a. c. SCP G.Neret-Minet*, 14 mars 2007, RG n°06/03307
- CA Paris, Ch. 4, Sect. A, *Association UFC Que choisir c. Société Universal Pictures Video France*, 4 avr. 2007, Juris-Data n°2007-329335
- CA Paris, 4^{ème} ch. B., *J-P. Marchand c. Société TFI Vidéo SA et a.*, 4 avr. 2007, n°05/23495
- CA Paris, 13^e ch., sect. B, *Anthony G. c. SCPP*, 27 avril 2007, www.juriscom.net
- CA Paris, *Alain Chamfort c. EMI*, 24 mai 2007
- CA Aix en Provence, *SEV et autres c. Aurélien D.*, 5 sept. 2007
- CA Paris, 4^e ch. A, *Agence Enguerand Iliade c. J.-M. Couvet*, 26 sept. 2007
- CA Paris, *SCPE c/ SA 1633*, 12 oct. 2007, Juris-Data n°2007-344657
- CA Paris, *Jacky Boy Music c. Salvador*, 14 nov. 2007
- CA Paris 18^{ème} Ch. D, *Société Universal Music France contre M Gardinier*, 20 nov. 2007, n°07/04304
- CA Paris, 4^{ème} ch. A., *Universal Music c. J. Dutronc et autres*, 28 nov. 2007, Inédit

- CA Paris, 4^e ch. A, *J-A. La Marre c. Stés librairie Arthème Fayardn France Loisirs, Sélection du Reader's Digest, Publications Tallandier*, 16 janv. 2008
- CA Paris, 11^e Ch., Section A, *P.Val et Sté Edition rotatives c. Union des Organisations Islamique de France*, 12 mars 2008
- CA Paris, 11e Ch. A, 5 nov. 2008, numéro 07/10198
- CA Paris, 14e ch., sect. B, *N. Sarkozy de Nagy-Bosca c. SARL Tear Prod et a.*, 28 nov. 2008, n°08/20155
- CA Paris, 11^e ch., sect. B, *Philippe Besson et a. c. J-M. et C. Villemin*, 18 déc. 2008
- CA Paris, 13^e ch., sect. A, *Api, Sté Galatée Films et a. c/ Sté Neuf Télécom et a.*, 25 mars 2009
- CA Paris, (pôle 1, ch. 3), *SARL Encore Events c. Association Ensemble contre la peine de mort et a.*, 30 avril 2009
- CA Paris, Pôle 5, Ch. 17, *Cyrille C. c. SACEM et a.*, 1^{er} fév. 2010
- CA Paris, Pôle 5, Ch.2, *Mandori Magazines France*, 26 mars 2010

Tribunaux de première Instance

- T. civ. Seine, *Rouault c. héritiers Vollard*, 10 juill. 1946
- TGI Toulouse, *Bousgarbies c. Ministre de l'information et a.*, 21 déc. 1964, D. 1965, jurisprudence p. 401
- T. Corr. Lyon, 31 mars 1978, RIDA, avril 1979, p. 218
- T. Corr. Paris, 25 juin 1979 : Gaz. Pal. 1979, 2, p. 507
- TGI Paris, *Sté Walt Disney*, 24 janv. 1984, Gaz.Pal, 1984.1.240
- TGI Paris, *Soc. Éditions Gallimard et a. c. Soc. De droit britannique Hamish Hamilton Ltd.*, 15 fév. 1984, D.1984, IR, p.291
- TGI Paris, réf., *Assoc. Saint Pie X et a. c. Films Galaxie et a.*, 23 oct. 1984, Gaz. Pal. 1984, 2, p. 727
- TGI Paris, réf., 28 janv. 1985, *AGRIF c. Godard*, n° Jurisdata : 1985-764695
- TGI Paris, *Miller c. Assoc. Après et a.*, 11 déc. 1985
- TGI Paris, *Moritz c. Soc. Anon. Éditions Denoël*, 25 nov. 1987, JCP, 1988, II, 21062, p.38
- T. Corr. Paris, *Rousselet c. Le quotidien de Paris*, 15 avril 1986, Inédit
- TGI Paris, *Figueiredo c. Zefirelli et a.*, 7 mars 1990
- TGI Paris, 15 mai 1991, RIDA, avril 1992, p.209
- TGI Paris, *Le Front national c. Bedos*, 9 janv. 1992
- TGI Paris, *C. Grimaldi c. Société Kalachnikof*, 3 mars 1993, LP, janv.-fév. 94, n°108, II, p.10
- TGI Toulon, 14 nov. 1996, *M.P. et FASP, et autres c. Lopes et Morville*, n° P 95014235
- TGI Paris, réf., 20 fév. 1997, *Affaire Larry Flint*
- TGI Paris, *Lefebure c. Lacambre et a.*, 9 juin 1998
- TGI Paris, 17 févr. 1999, RIDA, juill. 1999, p. 331
- TGI Paris, *Fabris c. SA France 2*, 23 fév. 1999, Juris-Data n°118774

- T. Corr. Montpellier, 23 sept. 1999, LP, 2000, I, p. 24
- TGI Paris, 7 févr. 2000, *Preud'homme c. Jonquet et Gallimard*, Inédit
- TGI Paris, réf., *UEJF c. Yahoo ! Inc. et Yahoo France*, 22 mai 2000
- T. Corr. Nantes, *Matmatah*, 19 Juin 2000, Inédit
- TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., *Seri c. Zeitoun, Besson et a.*, 23 mars 2001, Juris-Data n°144820
- TGI Paris, 2 oct 2001, LP 2002, n°189, I, p.23
- TGI Paris, réf., *M.C. Solaar et a. c. Sté Média Consulting*, 11 oct. 2001
- TGI Strasbourg, 2e ch., *SNJ et a. c. SA Plurimédia et SA France 3*, 16 nov. 2001, Juris-Data n°2001-159070
- TGI Paris, réf., *AGRIF c. Société Renn Production et a.*, 21 février 2002, Juris-Data : 2002-205891
- TGI Carpentras, 25 avril 2002, *Bonnet et autres contre Flammarion et Houellebecq*, LP, n°192, Juin 2002, I, p.76
- TGI Paris, *Turquin c. Weitzmann*, 9 déc. 2002 D. 2003, jur. p. 1715
- TGI Paris, 1^e ch., 1^e sect., *Stevanovic c. Librairie Arthème, Fayard*, 29 janv. 2003
- T. Corr. Carpentras, *Éditions Léo Scheer*, 27 Mars 2003
- TGI Paris, réf., *C. Laurens*, 4 avril 2003, LP, n°202, I, p.87
- TGI Nanterre, 24 juin 2003, *Association Consommation Logement Cadre de Vie c. SA EMI Music*, Juris-Data 2003-215496
- TGI Nanterre, 6^e ch., *Françoise M. c. EMI France, Auchan France*, 2 sept. 2003
- T. Corr. Arras, 20 juill. 2004, *Min. Public et a. c. D. Lobry*, Juris-Data n°2004-249811
- TGI Paris, ord. réf., *Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté M.-F. Girbaud et a.*, 10 mars 2005, - Juris-Data n° 2005-274875
- TGI Paris, 3^e Ch., *Gautel c. Mme Rheims*, 23 nov. 2005
- TGI Paris, 28e Ch., *Pinoncely c. Centre national d'art et de culture Georges Pompidou*, 24 janv. 2006, n° 0600631016
- TGI Paris, réf., *Murielle Bolle c. France Télévision Interactive, Studio International et autres*, 10 fév. 2006, LP n°232 juin 2006, III, pp.126-127
- T. Corr. Lyon, 16 fév. 2006, jugement n°1533 parquet n°04/111476, inédit
- TGI Paris, *L. Jaoui et O. Roche c. Klein Productions et J. Mac Carthy*, 16 mars 2006
- TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 22 mars 2006, *Michèle Mercier c. Sté Universal Music*, LP 2006, I, p. 102.
- TGI Nancy, 3 oct. 2006. Gaz. Pal., 2007, somm. p.2161
- TGI Paris, 17^{ème} Ch., *Ministère Public contre Bénier-Bûrckel et a.*, 16 nov. 2006
- TGI Nanterre, 15 déc. 2006, *UFC Que Choisir c. Sony France*, n°05-03574
- TGI Paris, 17e ch., *Sté des Habous et des lieux saints de l'Islam et a. contre Philippe Val et Sté Éditions Rotative*, 22 Mars 2007, Juris-Data n° 2007-327959
- T. Corr. Paris, 17eme, *AGRIF c. R. Makela*, 27 avril 2007
- TGI Paris, 17e Ch., *I.Chastenet de Puysegur c. SA Editions Gallimard La nouvelle revue française et François-Marie Banier*, 9 mai 2007, numéro 06/03296

- TGI Paris, réf., *Jean Yves L. dit Lafesse c. Myspace*, 22 juin 2007, RG n°07/55081
- TGI Paris, 17e Ch., *Association Espace Tutelles et M.Dolibois c. François-Marie Banier et Editions Gallimard*, 25 juin 2007, numéro 06/10149
- TGI Paris, 3^e ch., *C.Carion et Nord-Ouest Production c. SA Dailymotion*, 13 juil. 2007, n°07/05198
- TGI Paris, *Villemin c. Besson, Nora et Éditions Grasset*, 17 sept. 2007
- TGI Paris, 3^{ème} ch. sect. 2, *Sarl Zadig Productions c. Sté Google*, 19 oct. 2007, RIDA, janv. 2008, p.375
- TGI Paris, 3^e ch. sect. 1, *J.-Y.Lafesse et autres c. Sté Daily motion et a.*, 15 avril 2008, RIDA avr. 2008, pp.506 et s.
- TGI Nanterre, *Garcia c. Sté Moulinsard*, 22 mai 2008, n°06/11732
- TGI Paris 3^e ch. civ., 6 juin 2008, n°08/05391
- TGI Paris, réf., *M6 Web et autres c. Wizzgo*, 6 août 2008, inédit
- TGI Paris, *UFC Que choisir c. Amazon.com et a.*, 28 oct. 2008
- TGI Paris, *N.Sarkozy c. SARL Tear Prod et a.*, 29 oct. 2008
- TGI Paris, *Sté Wizzgo c. Sté Métropole Télévisions et a.*, 25 nov. 2008, n° 08/13347
- TGI Nanterre, 15^e ch., *TF1, SEV et a. c. Cédric P. et a.*, 12 fév. 2009
- TGI Paris, réf., *SARL Encore Events c. Association Ensemble contre la peine de mort et a.*, 21 avril 2009
- TGI Paris, 3^e ch., sect. 2, *Éditions du Seuil et a. c. Google Inc. et Google France*, 18 déc. 2009, www.legalis.net

Juridictions administratives

Conseil d'État

- Ass., *Ministre de l'intérieur c. Sté Rome-Paris films*, 24 janv. 1975, RDP 1975, p.299
- Sect., 11 juil. 1975, AJDA, 1975 n°89, p.581
- *SFR et Sté Éditions de la fortune*, 19 janv. 1990, Juris-Data n° 1990-641121
- *Benouville*, 09 mai 1990
- 2^e et 6^e sous-sections, *Sidos*, 29 juil. 1994, numéro 122135
- 29 juill. 1994, n° Juris-Data n° 1994-046576 et n° 1994-048872
- 10^e et 7^e sous-sections réunies, *Association Alexandre*, 28 juill. 1995
- Ass., 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*
- *Commune de Mejannes-les-Alès*, 26 juin 1996, Juris-Data n° 1996-050967
- Ass., *Société SERC-Fun Radio*, 8 avril 1998, n°161-411
- Section, *Association « Promouvoir », M. et Mme Mazaudier et autres*, 30 juin 2000

- 8 nov. 2000, Juris-Data n° 2000-061505 ; Rec. CE, tables, p. 1137
- 14 juin 2002, *Association Promouvoir*, n° 237910
- Sous-sections 1 et 2 réunies, 13 nov. 2002, n°239254
- 25 Avril 2003, *Association Promouvoir contre le Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, n°255636CE
- *Association Promouvoir*, 4 fév. 2004, numéro 261804
- 18 mai 2004, n°370169
- 10^e et 9^e sous-sections réunies, *M. Genka*, 27 juin 2005, n°267586
- *Société TMC et société Pathé Régie*, 13 mars 2006, n°262348
- Section, *Commune d'Aix-en-Provence*, 6 avril 2007, n°284 736
- *Société UGC-CINE-CITE*, 5 oct. 2007
- *Syndicat de l'Industrie de matériels audiovisuels électroniques*, 11 juil. 2008, n°298779

Cour administrative d'appel

- Nantes, *Sté L'Othala Prod.*, 30 juillet 2001, n°97NT00844
- Nantes, Chambre 2, 25 Mai 2004, n°00NT01606
- Douai, Chambre 3, 25 Mai 2004
- Marseille, Ch. 5, *Association Pluce c. Le Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, 04 avril 2005, n°01MA02513

Conseil Constitutionnel

- Déc. n°84-181 DC, *Entreprise de presse*, 10-11 oct. 1984, Rec. p.78
- Déc. n°86-217 DC, *Liberté de communication audiovisuelle*, 18 septembre 1986, Rec. p141
- Déc. n°94-352 DC, 18 janv. 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec. p.170
- Déc. n°2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication*, 27 Juillet 2000, Rec. p121
- Déc. n°2009-580, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec. p.107
- Déc. n° 2009-590 DC, 22 oct. 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, Rec. p.179

Autorités administratives indépendantes

Conseil de la concurrence

- Déc. n°99-D-8, 22 déc. 1999, *relative à des pratiques de la société Télévision Française 1 (TF1) dans le secteur de la production, de l'édition et de la publicité des vidéogrammes*
- Déc. n°00-MC-13 du 25 juil. 2000 *relative à la demande de mesures conservatoires présentée par quatre exploitants de salles de cinéma : Cinevog,*
- Déc. n° 04-D-54, 9 nov. 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer Inc., dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques*
- Déc. n°07-D-44, 11 décembre 2007 *relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.*

Juridictions étrangères

Juridictions des États-Unis d'Amérique

- US District Court (New York), *United States v. Associated Press*, 52F Supp. 362 (1943)
- Supreme Court of Appeal of West Virginia, *Butler vs. Michigan*, 25 fév. 1957
- United States Court of Appeal for the ninth circuit, *MAI systems Corp. V. Peak Computer Inc.*, 991 F. 2d 511 (9th Circ. 1993),
- Supreme Court of United States, *Campbell aka Skywalker v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 7 mars 1994
- U.S. District Court (North Carolina), 7 nov. 2001, Yahoo
- Texas Court of Criminals Appeals, *Castillo vs. Texas* (79 S.W. 3d 817 (Tex. 2002)
- Supreme Court of United States, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 168, 15 janv. 2003
- Cour de District de New York, 22 mars 2007 et Cour d'Appel des Etats-Unis, 2nd Circuit, 4 août 2008, *Ibid.*
- United States Court of Appeal for the second circuit, *Cartoon network c. CSC Holdings and Cablevision*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008)

Juridictions canadiennes

- *Brodie c. La Reine*, [1962], R.C.S. 681

- Cour Suprême, *Affaire de la Loi sur les questions constitutionnelles*, 31 Mai 1990, *Irwin Toy Ltd. c. Québec* (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927). R.C.S. 1123
- Cour Suprême, *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232
- Cour Suprême, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697
- Cour Suprême, *R. c. Butler*, 27 fév. 1992, 1 R.C.S 1-452
- Cour Suprême, *Aubry contre éditions vice et versa*, 1998, RCS 1-591
- Cour Suprême, *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-canada*, [2004] 1 R.C.S., 339, p.10
- Cour d'Appel du Manitoba, *R. c. Odeon Morton Theaters LTD*, [1974], 16 C.C.C. (2d) 185.

Autres juridictions étrangères

- Décision du 10 oct. 1988 - OFLC and Films Board of Review - Report on Activities 1988-89
Film Censorship Board Decision, *The Last Temptation of Christ*, OFLC and Films Board of Review - Report on Activities 1988-89 (Australie)
- Supreme Court of India, *Bobby Art International v. Om Pal Singh Hoon and Ors*, 1er mai 1996.
- Cour Suprême des Pays-Bas, *Dior v. Evora*, 20 oct. 1995
- Commission des droits de l'homme d'Afrique du Sud - *Human Rights Commission of South Africa versus SABC*, 20 juin 2002
- Tribunal Haarlem, 12 mai 2004, *Stichting Brein c. Zoekmp3* (Pays-Bas)
- CA Bruxelles, 14 juin 2007, *Ahlberg c. SA Moulinsart*
- Cour d'appel de Stockholm, du 12 octobre 2009« *Suède : une cour d'appel infirme un jugement sur le téléchargement illégal* », RLDI, oct. 2009, actualités, n°53-14
- *High Court, Pink Floyd Music Ltd & anr v EMI Records Ltd: Ch D (Sir Andrew Morritt (chancellor))*: 11 March 2010 (Royaume-Uni)

INDEX

Articles de la CEDH

8 : 55 ; 170-172 ; 185-188 ; 191 ; 196 ; 207 ; 369-370 ; 719

11 : 52 ; 216 ; 503-505 ; 509

17 : 103-105

Autonomie personnelle : 35-66 ; 69-71 ; 76-77 ; 80-83 ; 88-90 ; 94 ; 97-101 ; 108 ; 121-123 ; 134-135 ; 138-139 ; 145 ; 154 ; 161 ; 166 ; 168 ; 173 ; 187 ; 206 ; 216 ; 224-225 ; 234 ; 237 ; 251 ; 253 ; 263 ; 349 ; 550 ; 568 ; 591 ; 605 ; 664 ; 686 ; 700

Caricature : 104 ; 278 ; 554 ; 558 ; 562-563 ; 623 ; 640 ; 781-782

Cinéma : 19 ; 25 ; 41-42 ; 44-46 ; 63 ; 78-79 ; 86 ; 112-113 ; 117 ; 153-158 ; 167 ; 181 ; 183 ; 202 ; 219 ; 224 ; 241 ; 244 ; 254-255 ; 317 ; 345 ; 353 ; 416-417 ; 423 ; 425 ; 436 ; 473 ; 480-482 ; 524 ; 556 ; 563 ; 588 ; 591 ; 596-597, 601 ; 704 ; 713 ; 726 ; 737 ; 740 ; 742 ; 776 ; 839

Concert : 125 ; 403-406 ; 417 ; 465 ; 500

Contrat

Contrat d'exploitation : voir *Exploitation de l'oeuvre*

Contrat d'édition : 379-384

Stipulation pour autrui : 375-376 ; 379-384 ; 396

Contrefaçon : 293 ; 303-305 ; 329 ; 353 ; 367 ; 420 ; 425 ; 451-452 ; 803

Creative commons : 361

Culture

Activité culturelle :	192 ; 658 ; 707 ; 710 ; 720 ; 729 ; 735 ; 737 ; 749 ; 755 ; 849-855
Diversité culturelle :	507 ; 722 ; 733 ; 747-750 ; 754 ; 760
Identité culturelle	<i>Voir Identité</i>
Droit à la culture :	700 ; 705 ; 707 ; 722 ; 755
Patrimoine culturel :	474 ; 495-497 ; 538-542
Politique culturelle :	59 ; 81 ; 195 ; 498-499 ; 717-718 ; 722 ; 733 ; 752 ; 755- 759 ; 825 ; 830
Débat d'intérêt général :	7 ; 9 ; 21 ; 130 ; 170 ; 179 ; 219 ; 470-473 ; 475 ; 478 ; 483- 494 ; 515 ; 533 ; 558 ; 647-648 ; 661 ; 664 ; 668-669 ; 677 ; 773 ; 834
Dignité :	142 ; 147 ; 209-210 ; 513 ; 611-612 ; 748 ; 788-796
Diffamation :	629-630 ; 633 ; 635 ; 637 ; 646 ; 651 ; 654 ; 775 ; 785
Discrimination :	210 ; 544 ; 608 ; 611-612 ; 616 ; 625 ; 811 ; 854
Drogue :	111 ; 118 ; 125 ; 130
Droits d'auteur	
Droit moral :	241 ; 288 ; 307 ; 347 ; 364 ; 409 ; 415 ; 425 ; 438-439 ; 788 ; 798-823 ; 847 ; 854
Droit patrimonial :	274 ; 284 ; 286-287 ; 291 ; 294 ; 304 ; 307 ; 327-342 ; 378 ; 395 ; 420 ; 425 ; 428 ; 581 ; 715 ; 847
Droits d'exploitation :	<i>Voir Exploitation de l'oeuvre</i>
Droit objectif :	681-682 ; 685-688 ; 690 ; 693-694 ; 700
Droit subjectif :	681-684 ; 686 ; 688-689 ; 693 ; 695 ; 755 ; 823

<i>Effet horizontal de la CEDH :</i>	87 ; 170 ; 238 ; 389 ; 456 ;
<i>Exploitation de l'œuvre :</i>	30 ; 154 ; 158 ; 291 ; 294 ; 304 ; 317 ; 319 ; 321 ; 323 ; 337 ; 341 ; 357 ; 376-398 ; 401-407 ; 408 ; 411-413 ; 415- 416 ; 421 ; 423 ; 425 ; 439 ; 440 ; 451 ; 549 ; 554 ; 577 ; 585 ; 588 ; 596 ; 829 ; 836 ; 843 ; 847 ; 857
<i>Fiction :</i>	119 ; 258-260 ; 277 ; 500 ; 621-622 ; 629 ; 633 ; 638 ; 663 ; 767 ; 771-778 ; 780 ; 786 ; 792
<i>Film :</i>	<i>Voir Cinéma</i>
<i>Handicap :</i>	608 ; 716 ; 719-721 ; 852-854 ; 856 ; 858
<i>Identité:</i>	51-52 ; 209 ; 210 ; 211 ; 263 ; 331 ; 357 ; 707 ; 735 ; 757 ; 753-755
<i>Injure :</i>	41 ; 258 ; 525 ; 532 ; 630 ; 634-635 ; 637 ; 640-641 ; 646 ; 648 ; 651 ; 654
<i>Intérêt</i>	
<i>Intérêt culturel :</i>	27 ; 753-755 ; 829
<i>Intérêt collectif :</i>	29 ; 30-31 ; 38 ; 168 ; 295 ; 299 ; 304 ; 380-381 ; 383 ; 533 ; 538 ; 634 ; 637-640 ; 663-665 ; 673 ; 675-676 ; 684-688 ; 690-691 ; 695 ; 769 ; 823 ; 825-826 ; 832 ; 862-863
<i>Intérêt économique :</i>	27 ; 202 ; 284 ; 287 ; 291 ; 331 ; 379 ; 392 ; 406 ; 440 ; 455 ; 744 ; 828 ; 830
<i>Intérêt de l'enfant :</i>	<i>Voir Mineur</i>
<i>Intérêt de l'État :</i>	102-107 ; 115-116 ; 123 ; 126 ; 195

<i>Intérêt général :</i>	20 ; 55 ; 96 ; 159 ; 183 ; 195 ; 205 ; 218 ; 235 ; 299 ; 300 ; 332-333 ; 342 ; 348 ; 356-358 ; 374 ; 487 ; 517 ; 550 ; 595 ; 653 ; 655 ; 678-679 ; 681 ; 695-696 ; 743-744 ; 764 ; 825 ; 865
<i>Intérêt individuel :</i>	21 ; 30-31 ; 34 ; 38 ; 53 ; 96 ; 201 ; 299 ; 300 ; 334 ; 358 ; 381-383 ; 386 ; 393 ; 461 ; 469 ; 482 ; 536 ; 563 ; 568-570 ; 637 ; 675 ; 684-685 ; 735 ; 769 ; 825 ; 830
<i>Interopérabilité :</i>	358 ; 434-436 ; 446-449
<i>Journalisme :</i>	2 ; 217 ; 218-219 ; 276-277 ; 300 ; 486-488 ; 491 ; 494 ; 668 ; 690-692 ; 773
<i>Liberté de création :</i>	1 ; 81 ; 142 ; 248 ; 271-324 ; 332 ; 401 ; 765-796
<i>Licence d'exploitation :</i>	<i>Voir Exploitation de l'oeuvre</i>
<i>Marge nationale d'appréciation :</i>	131 ; 134 ; 167 ; 456 ; 498 ; 513 ; 537 ; 634 ; 643 ; 754 ; 804
<i>Mineur :</i>	99 ; 135-161 ; 232 ; 235 ; 267 ; 513 ; 544-546 ; 573-574 ; 579 ; 588-591 ; 596 ; 598 ; 600 ; 602 ; 726-727 ; 777 ; 840
<i>Morale :</i>	
<i>Protection de la morale :</i>	9 ; 23 ; 45 ; 55-60 ; 70 ; 134-135 ; 139 ; 167 ; 188 ; 478 ; 496-500 ; 513 ; 537 ; 540 ; 631-635 ; 643 ; 717 ; 760
<i>Intégrité morale :</i>	49-53 ; 56-61 ; 66 ; 70 ; 75 ; 141 ; 166 ; 187 ; 196 ; 238
<i>Nuisances sonores :</i>	174 ; 188-192 ; 199-205 ; 544

<i>Nuisances visuelles :</i>	189-190 ; 193-196 ; 199-205
<i>Obligation positive :</i>	57 ; 109 ; 170-171 ; 178 ; 196-197 ; 363 ; 392 ; 454 ; 504 ; 519 ; 598 ; 700 ; 705 ; 719 ; 725 ; 727 ; 731 ; 735 ; 737 ; 757 ; 761
<i>Ordre public :</i>	58 ; 60 ; 126 ; 197 ; 203 ; 508 ; 510 ; 516 ; 523 ; 533 ; 541 ; 580 ; 592 ; 613 ; 795 ; 796 ; 811
<i>Parrainage, placement de produits :</i>	<i>Voir Publicité</i>
<i>Piratage :</i>	28 ; 304 ; 353
<i>Pornographie :</i>	45 ; 143 ; 147-148 ; 151 ; 154 ; 158 ; 170 ; 198 ; 230 ; 238 ; 258 ; 546
<i>Presse :</i>	7-8 ; 90 ; 104 ; 113 ; 121 ; 130 ; 216 ; 218 ; 258-260 ; 278 ; 300 ; 486 ; 488 ; 554 ; 558 ; 563 ; 565 ; 651 ; 659 ; 669 ; 741 ; 744 ; 781-782
<i>Publicité :</i>	113 ; 244 ; 250 ; 259 ; 565 ; 587 ; 648 ; 741-745 ; 782
<i>Radio :</i>	217 ; 227 ; 236 ; 475 ; 557 ; 704 ; 741 ; 754 ; 756
<i>Religion :</i>	25 ; 41 ; 59 ; 104 ; 167 ; 183 ; 209-210 ; 224 ; 263 ; 478 ; 480 497-498 ; 513 ; 515 ; 524 ; 537 ; 562 ; 607-610 ; 613 ; 624 ; 634-635 ; 640-641 ; 642 ; 717 ; 733 ; 747 ;
<i>Santé publique :</i>	111 ; 114 ; 130 ; 189 ; 192
<i>Streaming :</i>	28 ; 335 ; 339-340 ; 420-421 ; 817
<i>Tabac :</i>	112-114 ; 121 ; 130 ; 782

<i>Téléchargement :</i>	30 ; 305-307 ; 335 ; 338-340 ; 344 ; 353 ; 367 ; 372 ; 410 ; 435 ; 447 ; 603
<i>Télévision :</i>	53 ; 153 ; 156-157 ; 167 ; 217-218 ; 220 ; 227 ; 231-235 ; 242 ; 292 ; 295 ; 314-315 ; 349 ; 384 ; 400 ; 416 ; 419 ; 427 ; 451 ; 497 ; 507 ; 513 ; 521 ; 556 ; 626 ; 644 ; 704 ; 706 ; 742-745 ; 748 ; 836 ; 838 ; 842 ; 846
<i>Urbanisme :</i>	194-195
<i>Vie privée :</i>	169-172 ; 178 ; 186-205 ; 371 ; 508 ; 719-720 ; 773 ; 785- 787 ; 791
<i>Violence :</i>	14 ; 96 ; 103-104 ; 120 ; 124 ; 143 ; 147 ; 151 ; 258 ; 278 ; 481 ; 519 ; 608 ; 618 ; 621 ; 624-625 ; 669
<i>Violence (contrat) :</i>	247

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
1) Le message artistique, objet de l'échange.....	7
2) La quête de l'émotion.....	9
3) La quête de reconnaissance	17
PARTIE I. LA DIMENSION INDIVIDUELLE DE LA LIBERTE DE RECEVOIR UN MESSAGE ARTISTIQUE	23
TITRE 1 : LE CONTENU DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE DE RECEVOIR.....	25
<i>Chapitre 1 : le droit individuel de recevoir un message artistique</i>	<i>27</i>
Section 1 : Un droit attaché à la volonté du récepteur.....	28
§1. Une jurisprudence indifférente à l'autonomie personnelle	28
I. Un déni traditionnel de la liberté de choix du récepteur.....	29
A/ Une liberté non reconnue	29
B/ Une liberté recherchée.....	32
II. Des développements jurisprudentiels à l'écart de l'autonomie personnelle.....	35
A/ Un principe nécessaire à la garantie de la liberté de choix du récepteur	36
B/ Une reconnaissance implicite découlant la relativisation de la morale	41
§2 Un accueil de l'autonomie personnelle	45
I. La volonté du récepteur	47
A/ La manifestation de la volonté individuelle à la réception.....	48
1) La volonté individuelle de recevoir	48
2) La contractualisation de la réception, preuve du consentement individuel.....	51
B/ L'intégrité de la volonté du récepteur	54
1) Respect de la volonté et connaissance du contenu du message	54
2) Respect de la volonté et déroulement de l'activité	60
II. L'effet inhibiteur du droit pénal	64
A/ Le rejet de la qualification de consentement participatif	65
B/ La qualification de consentement permissif.....	67
Section 2 : Une relativisation de la volonté du récepteur.....	71
§1. Les limites générales de l'autonomie personnelle	71
I. Une diversité des buts légitimes de restriction	72
A/ La protection des intérêts de l'État	72
B/ La protection de la personne contre elle même	77
II. Des restrictions adaptées à la réception artistique	83
A/ L'analyse du contenu du message artistique	84
B/ L'analyse des effets du message artistique	88
1) Les effets directs du message sur le risque invoqué.....	89
2) L'influence d'éléments extérieurs rattachés au risque	91
a/ Le contexte social.....	91
b/ La prudence d'interprétation des actes individuels.....	93

§2. Le récepteur mineur	95
I. Un récepteur en phase d'évolution	96
A/ La caractère évolutif de la capacité à consentir	97
B/ Le caractère évolutif de la capacité à recevoir	99
II. Une protection rigide du récepteur mineur	103
A/ Un socle de protection inadéquat	103
B/ Une protection incohérente et hétérogène	107
Conclusion du Chapitre 1	114
<i>Chapitre 2 : Le droit individuel de ne pas recevoir un message artistique</i>	<i>115</i>
Section 1 : La réception forcée	116
§1. La contrainte	116
I. L'individualisation du droit de ne pas recevoir	116
A/ Une indifférence originelle	117
B/ Une reconnaissance implicite	119
II. La contrainte comme critère	122
A/ La contrainte exercée sur le non-récepteur	123
B/ Le degré de contrainte à la réception	127
§2. Le préjudice	130
I. Le préjudice dans la vie privée	130
A/ Une application de l'article 8 de la CEDH	131
B/ Un préjudice qualifié de nuisance	133
1) Le préjudice présumé	134
2) Le préjudice directement prouvé	140
II. Le préjudice dans l'espace d'échange artistique	144
A/ Une application de l'article 10 de la CEDH	145
B/ Un préjudice relevant de l'expression offensante	146
Section 2 : La réception non désirée	150
§1. La notion de récepteur potentiel	150
I. Une incidence de la nature artistique du message sur le désir de ne pas le recevoir	150
II. Une délimitation stricte de récepteur potentiel	155
§2. L'atteinte à la liberté de choix	157
I. La liberté de choix d'un moyen de communication	157
A/ Le droit à l'utilisation paisible des moyens de communication	158
B/ Les critiques de la protection de l'utilisateur	161
1/ La surprotection du spectateur	162
2/ L'autoprotection de l'internaute	164
II. La liberté de choix du contenu d'un message	167
A/ Validité du consentement et informations publicitaires	168
B/ Validité du consentement et absence d'information	172
1) La sanction de l'absence d'information	173
2) Le rôle palliatif de la critique	176
Conclusion du Chapitre 2	181
Conclusion du Titre 1	182

TITRE 2 : LA CONCILIATION DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE DE RECEVOIR AVEC LES DROITS INDIVIDUELS CONCURRENTS	184
<i>Chapitre 1 : L'artiste et le récepteur</i>	186
Section 1 : La liberté de création et le droit de recevoir.....	187
§1 La spécificité de la création artistique	188
I. La nature de la création artistique.....	188
A/ Une création intellectuelle	189
B/ Une valeur créée	193
II. Le droit à la liberté de créer.....	196
A/ La maîtrise de l'artiste sur sa création	196
B/ La liberté de créer dans le temps	199
§2 L'incidence du droit de recevoir un message artistique sur la liberté de création	204
I. Le rejet traditionnel du droit de recevoir	204
A/ L'indifférence du droit de recevoir dans la maîtrise de la communication	205
B/ L'atteinte à la liberté de création par le récepteur	208
II. L'intrusion légitime du récepteur dans la liberté de création.....	212
A/ L'implication intellectuelle	213
B/ L'implication financière	217
1) L'incidence sur la liberté de créer.....	218
2) L'incidence sur le droit de recevoir.....	220
Section 2 : Le droit de communiquer et le droit de recevoir	223
§1 Le prééminence du droit de communiquer	223
I. L'exercice du droit de recevoir en respect des droits patrimoniaux de l'artiste.....	224
A/ La licéité de la réception	224
B / La licéité de la source de réception	229
II. L'exercice du droit de recevoir en respect de la liberté d'expression de l'artiste	234
A/ Une émergence de l'exigence de la réception licite.....	235
B/ Un principe protecteur de l'équilibre des droits concurrents	237
§2 La recherche d'un nouvel équilibre entre les deux droits	240
I. Une rénovation du rapport entre l'artiste et le récepteur	240
A/ Une rénovation sous la pression des récepteurs	240
B/ La Cour EDH, guide de la rénovation	242
II. Un renforcement de la prise en compte du récepteur	244
A/ L'extension des droits	244
B/ L'extension des sanctions	248
Conclusion du Chapitre 1	252
<i>Chapitre 2 : L'artiste, l'intermédiaire de diffusion et le récepteur</i>	253
Section 1 : L'alliance entre le récepteur et l'artiste	254
§1. La conservation des moyens de réception	255
I. Le droit de recevoir les œuvres exploitées au regard du droit privé	256
A/ Une stipulation pour le récepteur dans le contrat d'édition.....	256
B/ Une généralisation de la stipulation pour le récepteur.....	259
II. Le droit de recevoir les œuvres exploitées au regard de la CEDH.....	260
A/ Une approche spécifique de l'exploitation contractuelle de l'œuvre	261

B/ Une analyse respectueuse de la structure tripartite du conflit.....	262
1) Une recherche de l'ensemble des intérêts en jeu	262
2) Une conservation du droit de recevoir en cas d'absence d'exploitation	263
§2 La diversification des moyens de réception	266
I. L'exclusion du droit de recevoir en cas de nécessité créative	266
II. L'incidence du droit de recevoir sur le refus de diversification	267
A/ La CJUE protectrice du récepteur-consommateur	268
B/ La Cour EDH protectrice de la diversification des modes de réception	269
Section 2 : L'alliance entre le récepteur et l'intermédiaire de diffusion	272
§1 La diversification des modes d'échange artistique.....	272
I. Les modes d'acquisition de l'oeuvre	273
A / Une diversification protégée.....	273
B/ Une volonté de diversification étendue	275
II. Les modes de réception du message.....	277
A/ Le développement de la réception individuelle	277
B/ Les limites inhérentes au développement	282
§2 L'alliance imparfaite dans l'utilisation des œuvres	285
I. L'extension de l'utilisation.....	285
A/ L'extension de la conception d'usage normal de l'œuvre.....	285
B/ L'extension des prérogatives de l'utilisateur	290
II. La restriction de l'utilisation	293
A/ Les protections préalables à l'utilisation de l'œuvre.....	293
B/ La sanction de l'utilisation abusive de l'œuvre.....	297
Conclusion du Chapitre 2.....	303
Conclusion du Titre 2.....	304
Conclusion de la Partie 1	305
PARTIE II. LA DIMENSION COLLECTIVE DE LA LIBERTE DE RECEVOIR UN MESSAGE ARTISTIQUE	307
TITRE 1 : LE PLURALISME DE SENSIBILITES DES RECEPTEURS.....	309
<i>Chapitre 1 : Le pluralisme de sensibilités amplificateur du droit individuel de recevoir</i>	<i>310</i>
Section 1 : Le pluralisme de sensibilités respecté au nom de l'intérêt de la réception	311
§1. L'intérêt de la réception de messages plurielles	311
I. Une reconnaissance dispersée	311
A/ Une valorisation sociale	312
B/ Des reconnaissances juridiques diverses	315
II. Une reconnaissance progressive par la Cour EDH	320
A/ Un intérêt de la réception classiquement soumis à la qualification de sujet d'intérêt général	320
B/ Un intérêt de la réception à détacher de la qualification de sujet d'intérêt général	324
1) Les limites de la qualification de sujet d'intérêt général du message artistique.....	324
2) L'autonomie de l'intérêt de la réception du message artistique.....	327
§2. La relativisation du droit de ne pas recevoir	332
I. Une guerre de territoires.....	332
A/ La confrontation des intérêts sur l'utilisation des territoires d'expression	332
B/ L'utilisation des territoires d'expression à des fins artistiques	334

II.	Une guerre d'idées.....	337
A/	Une primauté du droit de recevoir un message artistique	337
B/	Une résurgence du droit de ne pas recevoir	340
1)	Le droit de s'opposer au message	341
2)	La mise en balance du droit de ne pas recevoir et de l'intérêt de la réception	343
Section 2 :	Le pluralisme de sensibilités respecté grâce à l'existence d'un public déterminable	347
§1.	La détermination par présomption d'adéquation entre le message et son public.....	348
I.	La caractérisation du public potentiel déterminable	348
II.	L'analyse <i>in concreto</i> de la liberté de recevoir.....	352
A/	Un rééquilibrage des intérêts concurrents.....	353
B/	Une clarification des droits et devoirs des acteurs de la liberté artistique	355
§2.	Les critères de la présomption d'adéquation	357
I.	Les présomptions de droit	358
A/	Les présomptions légales et réglementaires.....	358
B/	Les présomptions nées de l'engagement contractuel.....	360
II.	Les présomptions de fait	362
A/	L'influence du mode de communication sur le risque de confrontation	363
B/	Les éléments de la face visible du message.....	367
Conclusion du Chapitre 1.....		375
Chapitre 2 :	<i>Le pluralisme des sensibilités modérateur du droit individuel de recevoir</i>	377
Section 1 :	Des restrictions partielles.....	378
§1.	Des restrictions au nom de la réception paisible par autrui	378
I.	Des restrictions à raison des individus.....	378
II.	Une garantie pour autrui du droit de recevoir	381
§2.	Des mesures préalables à la diffusion	384
I.	Un interventionnisme traditionnel contestable	385
A/	Les tentations protectionnistes d'un contrôle fragile	385
B/	L'impossible suppression des restrictions préalables.....	389
II.	Un rôle spécifique des organes de contrôle	391
A/	Le rôle d'arbitre.....	391
B/	L'effectivité des mesures préalables	395
Section 2 :	Des restrictions générales	398
§1.	Les restrictions nées du risque direct pour autrui	398
I.	Le risque pour autrui	399
A/	L'objet des infractions	399
B/	La détermination d'autrui, cible du message	401
II.	Les effets du message sur le récepteur	403
A/	L'incidence du contexte de diffusion.....	404
B/	La preuve d'un effet générateur de risque.....	406
§2.	Les restrictions en raison des effets indirects sur autrui	410
I.	Des atteintes à une valeur protégée.....	410
A/	Des atteintes définies.....	411
B/	Des restrictions compatibles avec la jurisprudence de la Cour EDH	413
II.	Une protection à géométrie variable.....	415

A/ La détermination des personnes atteintes	416
B/ La contextualisation du degré d'atteinte	421
1 / Degré d'atteinte et intérêt de la réception	421
2/ Degré d'atteinte et conditions de diffusion	423
Conclusion du Chapitre 2.....	426
Conclusion du Titre 1.....	427
TITRE 2 : L'UNITE DU PUBLIC	428
<i>Chapitre 1 : Les droits du public.....</i>	<i>429</i>
Section 1 : La notion de droit du public.....	430
§1. L'affirmation de droits.....	430
I. Le public, des intérêts à protéger ou des droits à respecter	430
A/ La recherche classique de l'intérêt du public.....	431
B/ L'émergence de droits.....	433
II. Des droits individuels ou collectifs	436
A/ Une définition équivoque des droits collectifs.....	436
B/ Une difficile qualification de droit collectif	438
§ 2. Nature et fonction des droits du public.....	441
I. La nature des droits du public	441
A/ Le rejet de la qualification de droits subjectifs	442
B/ Les droits du public inscrits dans le droit objectif	444
II. La fonction des droits du public	446
A/ Un moyen de défense pour l'ensemble des acteurs de la liberté artistique.....	446
B/ Un moyen de concilier les droits individuels concurrents.....	449
Section 2 : Le contenu des droits du public	452
§1. Le droit du public à l'échange artistique	452
I. Le droit d'accès du public au message artistique.....	453
A/ L'État garant du droit d'accès	453
B/ Les caractéristiques du droit d'accès	457
1) L'accès raisonnable	458
2) L'accès adapté	461
II. Les droits corollaires du droit d'accès	464
A/ Le droit à l'éducation artistique	465
B/ Le droit de participer à la vie artistique	467
§2. Le droit du public à la diversité artistique	470
I. La diversité des formes.....	471
A/ Une diversité structurelle	471
B/ Une diversité sectorielle	474
II. Le pluralisme de fond	478
A/ Le libre jeu des expressions culturelles plurielles	478
B/ Le pluralisme soutenu	481
1) La mission de sauvegarde du pluralisme.....	481
2) La mission d'émergence des cultures vulnérables	486
Conclusion du chapitre 1	488

<i>Chapitre 2 : L'influence des droits du public sur les droits individuels concurrents</i>	489
Section 1 : Le public et l'artiste	490
§1. Liberté de création et droit du public à la réception	490
I. La liberté de création protégée par le droit de recevoir	491
A/ L'esthétisation licite d'une réalité	491
B/ La perception légitime de la fiction	494
II. La liberté de création limitée par le droit de recevoir	498
A/ Les limites à la liberté de création par le droit de recevoir	499
B/ Les limites au droit de recevoir	501
1) Ce que le public n'a pas à connaître	501
2) Ce que le public n'a pas à accepter	503
§2 Le respect de l'intégrité du message artistique et le droit du public à la réception	510
I. Les errements de la protection de l'intégrité du message artistique	510
A/ Une protection aléatoire	511
B/ Une harmonisation dangereuse par le droit de l'Union européenne	513
II. Le respect de l'intégrité du message protégée au nom du droit du public	515
A/ L'intégrité cognitive du message	515
1) La portée de la protection	516
2) La caractérisation des atteintes	517
B/ L'intégrité esthétique de l'œuvre	521
1) Les atteintes directes	522
2) Les atteintes indirectes	524
Section 2 : Le public et le diffuseur	526
§1. Une alliance en vue de la réception	526
I. Une alliance confrontée à l'épuisement des droits d'auteur	527
II. Une alliance née de la valeur informative du message	530
§2. Une alliance en vue de la connaissance	535
I. La connaissance du message artistique	535
A. L'intention d'information du public	536
B. Le conditionnement rigide de la communication au public	537
II. La connaissance à travers le message	540
A/ Un public spécifique	541
B/ Une délimitation des diffuseurs	544
Conclusion du Chapitre 2	547
Conclusion du Titre II	548
Conclusion de la Partie II	549
<i>Conclusion générale</i>	550
BIBLIOGRAPHIE	554
LISTE DE LA JURISPRUDENCE CITEE	580
INDEX	598
TABLE DES MATIERES	604

