

CHAPITRE 2

**LA BANDE DESSINÉE
ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION,
Y COMPRIS PAR RAPPORT
AUX DROITS DES TIERS**

Jacques ENGLEBERT

Avocat

Maître de conférences à l'ULB et à l'UMons

Benoît MICHAUX

Avocat

Il y a plus de dix ans, déjà, l'un des cosignataires de la présente contribution, participant au colloque « Droit d'auteur et bande dessinée », consacrait son intervention aux « droits des tiers »⁽¹⁾. Les promoteurs du présent colloque, intitulé cette fois-ci « Bande dessinée et droit d'auteur », ont manifesté le souhait d'élargir quelque peu le propos en nous demandant une contribution sur « la bande dessinée et la liberté d'expression, y compris par rapport aux droits des tiers ».

Nous ne nous limiterons donc plus, comme y avait été contraint Benoît Michaux en 1997, à analyser les atteintes éventuelles de l'œuvre dessinée aux droits individuels des tiers. Nous envisagerons également les atteintes éventuelles portées par la bande-dessinée aux droits appartenant à des groupes et *a fortiori* à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

(1) B. MICHAUX, « La bande dessinée et les droits des tiers », in *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, pp. 193-221.

I

La BD et la liberté d'expression face à la morale, la religion et la politique (J. Englebert)

A. Introduction

Il n'y a pas, à propos de la bande dessinée, de règles particulières dans le domaine de la liberté d'expression. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme s'applique.

En pratique, l'expression par le biais de la BD connaît les affres de la censure *lato sensu*, essentiellement dans trois domaines qui retiendront notre attention : le sexe, le blasphème et la satire politique (les trois étant parfois liés).

Dans le domaine du sexe, la BD ne se démarque pas des autres arts « illustrés » : essentiellement le cinéma, la photographie et la peinture. Le roman (non illustré) semble aujourd'hui plus à l'abri : ce qui doit être lu et ensuite imaginé apparaît, de nos jours, manifestement moins choquant que ce qui peut être immédiatement regardé. En matière de sexe, les juges se croient encore compétents pour départager le bon goût du vulgaire (l'érotisme de la pornographie). Ce qui pose nécessairement problème au regard de la liberté d'expression (C).

Le blasphème met en scène le conflit entre la liberté d'expression et un prétendu « droit à une jouissance paisible des convictions religieuses »⁽²⁾ qui ne devrait pas exister. Certainement pas dans les systèmes juridiques qui ne répriment pas pénalement le blasphème. Mais plus fondamentalement, la répression même du blasphème pose, en soi, problème au regard de la liberté d'expression (D).

Dans le domaine de la satire politique, là aussi la BD répond des mêmes « droits et responsabilités » que l'ensemble du discours politique, tout en bénéficiant, en théorie, d'une plus grande latitude en raison des « lois du genre » propres à l'humour, caractère que l'on a associé très fréquemment à la BD⁽³⁾ (E).

La BD en elle-même n'a pas donné lieu, en matière de liberté d'expression, à une jurisprudence particulière, pas plus – à notre connaissance – en Belgique que devant la Cour européenne des droits de l'homme. L'auteur de BD sera donc, dans notre analyse du droit, comparé à n'importe quel autre auteur d'une œuvre d'art, puisqu'il n'est plus contesté – sauf erreur – que la BD constitue une forme artistique à part entière. La comparaison se fera toutefois essentiellement avec la

(2) P. ROLAND, note sous T.G.I. Paris, 10 mars 2005 et Paris, 8 avril 2005, *D.*, 2005, jur., p. 1326.

(3) B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 194.

peinture, la photographie, le cinéma (et plus généralement l'« œuvre moderne »), qui sont sans doute les formes artistiques les plus proches de la BD ⁽⁴⁾.

Avant d'aborder ces diverses questions, il nous a paru nécessaire de réexaminer celle de savoir si et dans quelle mesure, ou sous quelles conditions, la création artistique pouvait se prévaloir de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention ») (B).

B. L'expression artistique bénéficie-t-elle, *per se*, de la protection accordée à la liberté d'expression par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ?

On s'est demandé si l'expression artistique pouvait en elle-même, d'un point de vue strictement formel, se prévaloir de la liberté d'expression et, à ce titre, bénéficier de la protection de l'article 10 de la Convention, à défaut le cas échéant, de toute opinion transmise par le biais de l'œuvre ⁽⁵⁾ ou à défaut de toute information ou idée qu'elle puisse véhiculer.

Dans son opinion séparée en partie concordante et en partie dissidente sous l'arrêt *Müller et autres c. Suisse*, du 24 mai 1988, le juge De Meyer précise très justement : « L'art, ou ce qui prétend l'être, relève certainement du domaine de la liberté d'expression. Point n'est besoin de tenter d'y voir une forme de communication, d'information d'idées : il peut l'être, mais on peut douter qu'il le soit nécessairement. Si le droit à la liberté d'expression 'comprend' ou 'implique' la liberté de 'chercher' ou 'rechercher', de 'recevoir' et de 'communiquer' ou 'répandre' des 'informations' et des 'idées', il peut aussi comprendre et impliquer autre chose. L'extériorisation de la personnalité humaine peut prendre des formes très diverses, qui ne sont pas toutes réductibles à celle-là ».

L'article 10 de la Convention précise en effet que la liberté d'expression *comprend* la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées. Ce n'est évidemment pas parce qu'elle comprend ces éléments qu'elle y est strictement circonscrite. La Cour européenne l'a confirmé dans l'arrêt *Müller* : « Les requérants ont exercé sans contexte leur droit à la liberté d'expression : le premier en créant puis exposant les œuvres dont il s'agit, les neuf autres en lui offrant l'occasion de les montrer en public lors de la 'Fri-Art 81' orga-

(4) On relèvera ainsi, avec intérêt pour notre sujet, que dans l'aff. *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* (Cour eur. D.H., arrêt du 25 avril 2007), le tribunal de commerce de Vienne, initialement saisi, jugea « que l'on pouvait affirmer que le tableau n'avait pas eu d'impact négatif sur [le plaignant] ni divulgué des informations sur sa vie privée, car cette œuvre ressemblait à une bande dessinée (*comixartig*) et ne représentait à l'évidence pas la réalité » (§ 14).

(5) Pour autant que cela puisse être envisageable.

nisé par eux. Sans doute l'article 10 ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique, qui se trouve en cause, entre dans son champ d'application ; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression » (§ 27).

On serait, sur cette base, tenté de considérer que la question est réglée. L'art est une forme d'expression, peu importe, en définitive, si l'œuvre véhicule ou non une idée ou une opinion ou si elle vise à communiquer des informations ou des idées. On constate toutefois que lorsque la Cour procède à la mise en balance des intérêts en jeu, mettant sur l'un des plateaux de cette illusoire balance le droit de l'artiste à s'exprimer librement et sur l'autre les droits des tiers que cette expression artistique pourrait atteindre, la Cour a manifestement du mal à se départir de l'idée qu'il convient de prendre en compte les informations ou les idées transmises par l'œuvre.

C'est exactement le travers dans lequel verse la Cour dans l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, du 25 avril 2007. L'État autrichien soutenait que l'article 10 de la Convention « ne garantit pas la liberté artistique en tant que telle mais se borne à protéger les artistes qui entendent contribuer par leur travail à un débat public sur des sujets d'ordre politique ou culturel ». Or, toujours selon l'État autrichien, l'œuvre litigieuse, qui représentait des personnalités dans des « situations sexuelles de groupe » pouvait « difficilement passer pour la formulation d'une opinion apportant une contribution à un débat culturel ou politique » (§ 22). En réponse, la Cour ne va pas réellement contredire cet argument restrictif du champ d'application de l'article 10. Loin de répondre, comme on aurait pu l'espérer, qu'il n'est pas exigé par l'article 10 que celui qui s'exprime doive nécessairement contribuer à un débat culturel ou politique, la Cour va affirmer péremptoirement que « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique » (§ 26). On pourrait se satisfaire de cette sorte de présomption irréfragable en faveur de l'artiste, faisant *de facto* entrer l'œuvre d'art dans la protection de l'article 10 de la Convention⁽⁶⁾ si, par ailleurs, la Cour n'estimait pas nécessaire de délivrer à l'œuvre critiquée un sens bien précis, pour justifier la condamnation de l'Autriche. Selon la Cour, l'œuvre de Mühl s'analyse en « une

(6) L'intérêt de cette prise de position, par la Cour, ressort, *a contrario*, de l'opinion dissidente du juge Loucaides, sous cet arrêt. Ce dernier reprend radicalement à son compte l'idée selon laquelle l'absence « de sens » (*sic*) d'une œuvre (d'art) empêcherait celle-ci d'accéder à la protection de l'art. 10 de la Convention : « Je suis fermement convaincu que les images montrées dans ce produit d'une imagination – pour le moins – étrange, ne transmettent aucun message. Le 'tableau' n'est qu'une juxtaposition dénuée de sens et dégoûtante d'images lubriques dont le seul effet est d'avilir, insulter et ridiculiser chacun des personnages représentés. Je ne saurais personnellement discerner la moindre critique ou satire dans ce 'tableau'. Pourquoi Mère Teresa et le Cardinal Groer sont-ils tournés en ridicule ? Pourquoi ces personnalités sont-elles représentées nues avec des pénis en érection et en éjaculation ? Que l'on puisse trouver que cette situation relève de la satire ou de l'expression artistique dépasse mon entendement. Et lorsque l'on parle d'art, je ne pense pas que l'on puisse y inclure tout acte d'expression artistique indépendamment de sa nature et de son effet. De la même manière que nous excluons les insultes du champ de la liberté d'expression, nous devons exclure du champ de l'expression légitime des artistes les images insultantes qui portent atteinte à la réputation ou à la dignité d'autrui, notamment lorsqu'elles sont dépourvues de tout message et ne renferment rien d'autre que des images sans aucune signification, répugnantes et dégoûtantes, comme c'est le cas en l'espèce ».

caricature des personnes concernées au moyen d'éléments *satiriques* ». Poursuivant sur sa lancée la Cour précise qu'elle « ne juge pas déraisonnable le point de vue adopté par le tribunal de première instance, à savoir que la scène représentant M. Meischberger pouvait se comprendre comme une forme de contre-attaque visant le Parti libéral autrichien, dont les membres avaient vivement critiqué le travail du peintre » (§ 34). Cette analyse semble pourtant difficilement compatible avec le tableau litigieux et la description qu'en fait la Cour elle-même ⁽⁷⁾.



otto muehl: **apocalypse**
(nach attacke)

<http://charterblog.wordpress.com/2008/02/>

(7) L'œuvre mettait en scène, outre le plaignant, une série de trente-trois personnages, se livrant à des activités sexuelles en interaction les uns avec les autres, dont certaines très bien connues du public autrichien : outre Jörg Haider et le peintre lui-même, Mère Teresa et le cardinal autrichien Hermann Groer étaient figurés à côté du plaignant. On voyait aussi l'évêque autrichien Kurt Krenn, l'écrivain autrichien Peter Turrini ainsi que le directeur du Burgtheater de Vienne, Claus Peymann. Les corps nus des personnages étaient peints, tandis que les têtes et visages étaient figurés au moyen d'agrandissements de photos extraites de journaux. Les yeux de certains personnages étaient cachés par un trait noir. C'était le cas du plaignant, M. Meischberger, à l'époque député du FPÖ. La Cour précise encore qu'on voyait M. Meischberger empoigner le pénis en éjaculation de M. Haider, être touché par deux autres hommes politiques du FPÖ et éjaculant sur Mère Teresa.

Mais elle permet à la Cour de condamner l'ingérence des juridictions nationales qui avaient interdit la poursuite de l'exposition de l'œuvre en limitant le débat à une question banale. Dès lors que c'est *l'homme politique* qui est visé, le plaignant doit, en cette qualité, « faire preuve d'une plus grande tolérance à l'égard de la critique »⁽⁸⁾. La Cour relève ensuite que le plaignant était manifestement une des personnes figurant sur l'œuvre litigieuse les moins connues⁽⁹⁾, qu'il n'était pas certain qu'il fut réellement reconnaissable et que de toute façon, « la partie du tableau le montrant avait été endommagée⁽¹⁰⁾ en sorte qu'en particulier la figuration offensante de son corps était entièrement recouverte de peinture rouge ». La Cour en déduit qu'« à tout le moins à partir de cet incident, la représentation de M. Meischeberger [...] était en partie, voire totalement, éclipsée par celle des autres personnes, pour la plupart bien plus célèbres, qui restaient entièrement visibles » (§ 36). Face à l'ensemble de ces éléments, la Cour pourra considérer que l'intérêt personnel du plaignant pèse peu dans la balance. D'autant plus que l'injonction prononcée par les juridictions nationales n'avaient été limitée ni dans le temps, ni dans l'espace.

On est évidemment loin d'une reconnaissance de la liberté artistique en tant que telle.

C'est, du reste, ce que la Cour confirme dans l'arrêt *Müller*, puisqu'elle précise dans la foulée immédiate de l'extrait précité que l'article 10 « englobe la liberté d'expression artistique – notamment dans 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 » (§ 27).

Cette ambiguïté quant à la portée exacte de la liberté d'expression artistique se retrouve également à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New York présenté comme reconnaissant expressément la liberté d'expression de l'artiste⁽¹¹⁾. Encore faut-il constater que cet article, en son paragraphe 2, précise que le droit à la liberté d'expression « comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontière, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, par tout autre moyen de son choix ». L'art n'est donc toujours qu'un média (parmi d'autres) qui véhiculerait une information ou une idée qui, elle, serait libre.

Avec D. Lefranc, nous pensons que la référence dans l'article 10 de la Convention « à l'opinion, à l'information ou encore à l'idée, politise irrémédiablement

(8) La Cour citant à l'appui de cette considération l'arrêt *Lingens*. Voy *infra*, pt E, pour une analyse détaillée de cette jurisprudence.

(9) Allant jusqu'à relever qu'« à l'heure actuelle, étant donné qu'il s'est retiré de la vie politique, le public ne se souvient plus guère de lui ». Mais alors, pouvait-on encore lui opposer, sans verser dans une certaine contradiction, la jurisprudence *Lingens* ?

(10) Elle avait été recouverte de peinture par un visiteur de l'exposition.

(11) M. VERDUSSEN, « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire – Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1001 à 1016, spéc. p. 1002 ; Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autre c. Suisse*, du 24 mai 1988, § 27.

la notion même de liberté d'expression », alors que « par essence, la création littéraire ou artistique est une production formelle »⁽¹²⁾. D. Lefranc estime que la production artistique devrait être protégée *per se*, alors qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne « que la convention ne protège dans l'art que le débat d'idées à l'exclusion de la forme »⁽¹³⁾. Nous rejoignons ce point de vue.

Cette controverse n'est pas purement gratuite. En effet, l'analyse de certaines décisions de juridictions nationales ayant donné lieu par la suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, fait apparaître que l'absence (ou à tout le moins la prétendue absence) d'idées dans l'œuvre artistique permet aux juridictions de dénier à ces œuvres et à leurs auteurs le bénéfice des protections propres à la liberté d'expression. Ainsi, dans l'affaire *Müller*, la Cour de cassation pénale du tribunal cantonal de Fribourg, après avoir décrit dans le moindre détail l'œuvre litigieuse, conclut que « la sexualité, sous des traits grossiers et vulgaires, y est présentée pour elle-même de façon gratuite, sans être la conséquence d'une idée qui imprégnerait l'œuvre ». Dans ce contexte, la prétendue gratuité de l'œuvre – et plus particulièrement sa grossièreté et sa vulgarité – la rend d'autant moins supportable et justifie dès lors des mesures de censure prises à son encontre, auxquelles elle aurait éventuellement pu échapper si, au moins, elle avait véhiculé une idée.

Il est évidemment risqué d'exiger impérativement, pour envisager d'accorder une éventuelle protection à l'œuvre artistique, qu'elle transmette une idée ou une opinion. Il est en effet délicat – et l'art contemporain nous en donne des exemples très fréquents – de déterminer l'idée qui se cache éventuellement « derrière » l'œuvre. Faut-il prendre en compte l'idée que s'en fait l'auteur ? Dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, le juge Loucaides estime qu'« on ne peut juger de la nature, de la signification et de l'effet de toute image figurant dans un tableau en se fondant sur ce que le peintre a voulu transmettre ». Ce qui compte, selon Loucaides, c'est « l'effet sur l'observateur de l'image qu'il voit ». Il nous semble toutefois difficile, pour fonder des conséquences juridiques, de s'en référer à « l'idée » que reçoit le spectateur, cette dernière étant par nature multiple : chaque spectateur pouvant se faire « sa propre idée » de l'œuvre, en fonction d'une multitude de critères.

(12) D. LEFRANC, « L'affaire 'apocalypse' – Un revirement dans la jurisprudence de la C.E.D.H. en matière de liberté d'expression artistique ? », *A&M*, 2007, pp. 327 à 336, spéc. p. 336.

(13) *Ibid.* On notera toutefois que dans l'arrêt *Casado coca c. Espagne*, du 24 février 1994, sur une toute autre question : l'extension de la protection de l'article 10 à une annonce publicitaire diffusée par un avocat espagnol dans un bulletin local, la Cour a énoncé plus généralement que l'article 10 « ne joue pas seulement pour certain type de renseignements, d'idées ou de modes d'expression, notamment ceux de nature politique ; il englobe aussi l'expression artistique » (§ 35, citant précisément l'arrêt *Müller et autres c. Suisse* du 24 mai 1988).

C. Les limites imposées à l'« œuvre sexuelle »

1. L'ATTEINTE À LA MORALE

Le critère posé par la Cour européenne est le suivant : l'« œuvre sexuelle » ne peut pas blesser brutalement la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale. Dans ce domaine, s'agissant d'une question *morale*, la Cour laisse un large pouvoir d'appréciation aux juridictions nationales qui seraient les mieux placées pour procéder à cette subtile analyse de la *décence*, de la *sensibilité normale* et de leur éventuelle *agression brutale*.

Dans l'affaire *Müller*, l'œuvre litigieuse était un ensemble de trois tableaux réalisés par le peintre Joseph Félix Müller, en 1981, dans le cadre d'une exposition d'art contemporain organisée dans l'ancien grand séminaire de Fribourg, voué à la démolition. Il s'agissait de trois toiles de grands formats (environ trois mètres sur deux) qui représentaient quasi exclusivement des scènes de sodomie, fellation entre hommes, zoophilie, phallus en érection et masturbation. Le peintre ainsi que les organisateurs de l'exposition furent condamnés par les juridictions nationales sur base de l'article 204 du Code pénal Suisse⁽¹⁴⁾, qui interdit les publications obscènes⁽¹⁵⁾. Devant la Cour européenne, la question essentielle qui était posée était de savoir si cette sanction était nécessaire dans une société démocratique.

Pour les requérants, « la liberté d'expression artistique revêt une importance si fondamentale que l'interdiction d'une œuvre ou la condamnation de son auteur atteint la substance même du droit garanti par l'article 10 et entraîne des conséquences néfastes pour une société démocratique. Sans doute les toiles incriminées refléteraient-elles une conception de la sexualité non conforme à la morale dominante dans la société actuelle, mais il y aurait lieu d'en considérer la signification symbolique puisqu'il s'agit d'œuvre d'art. La liberté d'expression artistique perdrait son contenu si des toiles du genre de celles de Joseph Félix

(14) L'art. 204 du C. pén. Suisse est rédigé comme suit : « 1. Celui qui aura fabriqué ou détenu des écrits, images, films ou autres objets obscènes en vue d'en faire le commerce ou la distribution ou de les exposer en public, celui qui, aux fins indiquées ci-dessus, aura importé, transporté, ou exporté de tels objets, ou les aura mis en circulation d'une manière quelconque, celui qui aura fait le commerce public ou clandestin, ou les aura distribués ou exposés en public, ou fera métier de les donner en location, celui qui aura annoncé ou fait connaître par n'importe quel moyen, en vue de favoriser la circulation ou le trafic prohibé ou qu'une personne se livre à l'un quelconque des actes punissables prévus ci-dessus, celui qui aura annoncé ou fait connaître comment et par qui de tels objets peuvent être obtenus directement ou indirectement, sera puni dans l'emprisonnement ou de l'amende. 2. Celui qui aura remis ou exhibé de tels objets à une personne âgée de moins de 18 ans sera puni de l'emprisonnement de l'amende. 3. Le juge ordonnera la destruction des objets ».

(15) Le peintre et les organisateurs avaient été condamnés à une amende de 300 francs suisses chacun et les toiles avaient été confisquées et confiées au Musée d'Art et d'Histoire du canton de Fribourg pour y être conservées. Elles furent ultérieurement rendues au peintre à la suite d'une procédure introduite par celui-ci à cette fin.

Müller ne pouvaient être présentées à un public qui s'intéresse aux arts, lors d'une manifestation consacrée à l'art contemporain et expérimental » (§ 31).

L'argument, qui ne semblait pas dénué de toute pertinence, ne va pas convaincre la Cour. Dans un premier temps, fidèle à son habitude, elle rappelle que « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation pour l'État de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression » (§ 33). Pour immédiatement préciser que, comme tout bénéficiaire de la protection de l'article 10, cette protection comporte des « devoirs et responsabilités ». Après avoir reconnu que les conceptions de la morale sexuelle avaient changé ces dernières années, la Cour précise qu'« ayant examiné les toiles litigieuses, elle ne trouve pourtant pas déraisonnable que les juges compétents les aient tenues pour 'de nature à blesser brutalement' par l'accent mis sur la sexualité en certaines de ses formes les plus crues, 'la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale' » (§ 36). Puisqu'il s'agit, en fin de compte, de protéger la morale, la Cour peut s'en référer à l'enseignement de son arrêt *Handyside* et rappeler qu'« on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers États contractants une notion uniforme de celle-ci, il convient dès lors de laisser aux juridictions nationales un large pouvoir d'appréciation puisque toujours selon la Cour, 'grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la 'nécessité' d'une 'restriction' ou 'sanction' destinés à y répondre » (§ 35).

En outre, en l'espèce, le fait qu'il s'agissait d'une exposition ouverte sans restriction au grand public a été considéré comme une circonstance aggravante.

Comme on l'a déjà vu *supra*, il n'est pas permis de trouver, dans l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, postérieur à l'arrêt *Muller*, portant également sur une œuvre d'art « obscène », un infléchissement de la position de la Cour en matière de morale sexuelle, bien qu'en cette espèce, l'interdiction de l'œuvre par les juridictions nationales autrichiennes ait conduit à la condamnation de l'Autriche pour violation de l'article 10 de la Convention. Précisément parce que le débat juridique n'avait nullement été placé sous l'angle de la morale mais uniquement sous celui de la protection des droits individuels de la personne représentée dans l'œuvre⁽¹⁶⁾. L'État autrichien l'avait d'ailleurs très bien compris. Ce qui l'incita à tenter de faire resurgir l'aspect moral dans le débat en soutenant que « l'ingérence dénoncée cherchait à protéger la morale publique » (§ 30). Heureusement, sans se démonter, et sans succomber aux cris d'orfraie poussés par le juge Loucaides⁽¹⁷⁾, la Cour observera, en réponse, « que ni le libellé de la loi

(16) Dans cette affaire, le plaignant avait invoqué, devant les juridictions nationales, une violation de l'article 78 de la loi autrichienne sur les droits d'auteurs, qui dispose qu'« Il est interdit d'exposer publiquement, ou de diffuser de toute autre manière auprès du public, des images d'une personne lorsque cela nuit aux intérêts légitimes de celle-ci [...] ».

(17) Voy. son opinion dissidente sous l'arrêt, déjà citée *supra*, note 6.

précitée ni les termes dans lesquels les décisions de justice pertinentes ont été rédigées ne font référence à un tel but. La Cour ne saurait donc admettre que les autorités autrichiennes, lorsqu'elles ont interdit l'exposition du tableau en cause, visaient un autre objectif que la protection des droits individuels de M. Meischberger. Dès lors, l'argument du Gouvernement selon lequel l'ingérence visait aussi un autre but légitime – la protection de la morale publique – ne tient pas » (§ 31).

On peut évidemment se demander (avec quelques craintes) quelle aurait été la solution de la Cour si l'action avait été introduite non pas par un simple député du très peu recommandable FPÖ, sur base de l'article 78 de la loi sur le droit d'auteur, mais bien par un des ecclésiastiques représentés dans l'œuvre⁽¹⁸⁾ ou par une association de défense des « valeurs morales de l'Occident », comme il s'en développe de plus en plus. Rien dans la motivation de l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler* ne nous permet d'espérer, dans ce cas, une solution contraire à celle de l'arrêt *Muller*. C'est en définitive la jurisprudence *Handyside*, qui donne aux États un (bien trop) large pouvoir d'appréciation en matière de restrictions à la liberté d'expression dès qu'une question morale est en cause, qui devrait être revue.

2. L'ÉROTISME ESTHÉTIQUE OU LA PORNOGRAPHIE VULGAIRE ?

En définitive, l'analyse des décisions des juridictions nationales, dans les affaires qui ont donné lieu à un arrêt de la Cour européenne, montre qu'on en revient toujours à cet aussi éternel que stérile débat entre *érotisme* et *pornographie*. Dans tous les cas mettant en balance l'œuvre artistique « érotique » et la morale ou « la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale », il y a une constance : le juge de l'œuvre artistique ne peut s'empêcher de se transformer en juge du bon goût (l'esthétisme érotique) ou de la vulgarité (la pornographie).

Si la Cour européenne tente d'échapper à ce travers, il n'en va nullement de même des juridictions nationales. Ainsi, dans l'arrêt *Müller*, la Cour européenne se garde de toute appréciation quant au bon goût ou à la vulgarité des œuvres litigieuses et souligne que la Commission a estimé « toute appréciation esthétique ou symbolique mise à part que les juridictions nationales pouvaient raisonnablement qualifier les toiles d'obscènes ». À l'inverse, ni le tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Sarine, pas plus que la Cour de cassation pénale du tribunal cantonal de Fribourg et enfin la Cour de cassation pénale du tribunal fédéral Suisse, ne purent s'empêcher de juger l'esthétique des tableaux litigieux. Ainsi, selon le tribunal correctionnel de l'arrondissement de Sarine « en l'espèce il est certain que les trois œuvres de Müller, si elles n'excitent pas sexuellement l'homme normalement sensible, provoquent à tout le moins de l'aversion. L'impression d'ensemble qui s'en dégage est que les personnages représentés donnent libre cours à leur lubricité, à leur perversité même [...] s'il est vrai qu'il faut tenir compte de l'évolution des mœurs, même si c'est dans le sens de la dégradation, il s'agit bien plus ici

(18) En ce sens, D. LEFRANC, *op. cit.*, p. 335.

d'une 'révolution'. Il n'est pas nécessaire de commenter les œuvres confisquées, les regarder suffit, sans renfort de motif, *pour se persuader de leur vulgarité* ». Le tribunal ajoutant que « les comparaisons faites avec les œuvres de Michelangelo et de J. Bosch sont spécieuses [...]. Il n'y a pas de comparaison valable avec des collections d'histoire de l'art ou de la culture où la sexualité trouve une certaine place [...], *sans tomber dans la grossièreté*. Même si elle poursuit un but artistique, *la sexualité grossière n'est pas digne de protection* »⁽¹⁹⁾.

Pour la Cour de cassation pénale du tribunal cantonal de Fribourg, « il ne s'agit pas, sur un thème ou une représentation donnée d'une évocation, plus ou moins discrète, de la sexualité. C'est la sexualité mise au premier plan, exprimée non pas par l'étreinte d'un homme et d'une femme, *mais par des images vulgaires* de sodomie, fellation entre hommes, zoophilie, phallus en érection et masturbation [...]. *La sexualité, sous des traits grossiers et vulgaires* [...] ». De même pour la Cour de cassation pénale du tribunal fédéral, les toiles en cause « montrent une débauche d'activités sexuelles *contre nature* représentée d'une façon *grossière* ». C'est cette *vulgarité* et cette *grossièreté* qui confèreraient à l'œuvre son caractère obscène, puisque la Cour de cassation pénale du tribunal fédéral précise que « N'est pas obscène l'œuvre où l'artiste parvient à représenter des sujets à caractère sexuel en leur conférant une forme esthétique telle que l'élément choquant en est estompé au point de ne plus être prépondérant ».

Il apparaît surtout de ces « analyses » qu'est encore et toujours considéré comme vulgaire ce qui serait « contre nature »...

L'ensemble de ces considérations sur la grossièreté et la vulgarité d'une œuvre d'art ou son absence prétendue d'esthétisme laisse évidemment l'observateur perplexe : jusqu'à quand fera-t-on du juge judiciaire le juge du bon goût, de l'esthétisme ou de la vulgarité ? Les législations nationales qui utilisent des notions aussi vagues que « l'obscénité » pour réprimer certaines activités humaines, ne sont évidemment pas, sur ce point, exemptes de tout reproche.

Comme le souligne le juge Spielmann dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Müller et autres c. Suisse*, du 24 mai 1988, « nombreux sont les exemples, tant dans le domaine de la presse et de la littérature, que dans celui de la peinture, qui devraient nous inciter à une plus grande prudence en cette matière. La liberté d'expression est la règle, les ingérences de l'État doivent rester l'exception et dûment justifiées ». À juste titre, ce magistrat compare les décisions des juridictions nationales autrichiennes à la décision prononcée par le tribunal correctionnel de la Seine, le 20 août 1857, condamnant Baudelaire pour le délit d'outrage à la morale publique et aux bonnes mœurs en raison de certains extraits de son recueil de poèmes « Les fleurs du mal », rappelant que dans ses réquisitions auxquelles le tribunal fit droit, le représentant du ministère public s'était exprimé ainsi : « Messieurs, réagissez. Par un jugement, contre ces tendances croissantes, mais certaines, contre cette fièvre malsaine qui porte à tout peindre, à tout écrire,

(19) Arrêt *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, § 14.

à tout dire, comme si le délit d'offense à la morale publique était abrogé et comme si cette morale n'existait pas ».

Sans doute certains estimeront que si l'art peut être d'avant-garde, la Justice ne pourra jamais se le permettre, parce qu'elle ne peut satisfaire quelques « esprits ouverts » au risque de choquer la grande majorité silencieuse « des personnes douées d'une sensibilité normale ».

D. Pour un droit au blasphème

1. L'ATTEINTE GRATUITEMENT OFFENSANTE AUX CROYANCES D'AUTRUI DANS LES RÉGIMES QUI SANCTIONNENT LE BLASPHEME

Dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni*, du 25 novembre 1996, l'œuvre litigieuse, une production vidéo d'une vingtaine de minutes, à caractère « érotique », *Visions of Ecstasy*, mettait en scène les fantasmes saphiques et sadomasochistes d'une nonne présentée comme étant Sainte-Thérèse d'Avila⁽²⁰⁾. Le film fut *de facto* interdit de commercialisation en Angleterre dès lors qu'il ne reçut pas le visa de l'autorité compétente au motif qu'il tombait manifestement sous le coup de la loi anglaise prohibant pénalement le blasphème. Dans sa décision du 18 septembre 1989, l'Office des visas rejeta la demande de visa en précisant notamment que le film litigieux « mêle l'extase religieuse à la passion charnelle. Si ce thème peut revêtir un intérêt légitime pour l'artiste, il relève toutefois du droit sur le blasphème dès lors que sa présentation risque d'offenser autrui par la manière inacceptable dont est traité un sujet sacré. [...] le corps meurtri du Christ crucifié est présenté exclusivement comme l'objet des désirs érotiques de Sainte-Thérèse et, à certains moments, comme participant à ses désirs, et [...] la signification des images n'est nullement approfondie – ce qui limite le film à une expérience érotique proposée au spectateur ».

Pour les autorités nationales anglaises, ce n'était nullement le caractère érotique ou pornographique du film qui posait en l'espèce problème. L'Office des visas reconnaît d'ailleurs dans son avis que les images érotiques montrées dans le film litigieux ne faisaient pas de celui-ci un film réservé aux personnes de plus de 18 ans, précisant expressément que « si le personnage masculin n'était pas le Christ, le problème ne se poserait pas »⁽²¹⁾.

Une telle décision ne pouvait évidemment être prise que dans un pays où la législation nationale réprime pénalement le blasphème. C'était à l'époque le cas en Angleterre. Notons toutefois que ce délit y a, depuis lors, été abrogé. Il y avait délit de blasphème, en Angleterre, lorsqu'une œuvre traitait un sujet à caractère

(20) Un extrait du film est consultable sur *YouTube*.

(21) Arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 13.

religieux (Dieu, Jésus-Christ ou la Bible) d'une manière qui était susceptible de choquer quiconque connaît, apprécie ou fait sienne l'histoire et la morale chrétienne, en raison de l'élément de mépris, d'injure, d'insulte, de grossièreté ou de ridicule que révèle le ton, le style et l'esprit caractérisant la présentation du sujet. On voit ainsi que, comme dans la morale sexuelle, la notion de grossièreté refait surface dans la définition même du blasphème. Conformément à la jurisprudence déjà développée dans l'*affaire Müller* et très largement reprise dans l'*affaire Otto-Preminger-Institut*, la Cour va considérer que dans ce domaine, comme dans celui de la morale sexuelle, « une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils règlementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser les convictions intimes dans le domaine de la morale et spécialement de la religion » (§ 58). La Cour rappelle encore que l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et des responsabilités parmi lesquels « dans le contexte des croyances religieuses, peut légitimement figurer l'obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices ».

N'est-ce pas oublier, comme le souligne pertinemment le juge Lohmus dans son opinion dissidente sous l'*arrêt Wingrove*, qu'il est dans la nature de l'activité artistique « de choquer ou d'inquiéter un individu de sensibilité moyenne ». Dès lors que la protection de l'article 10 vaut également, et même *surtout*, pour les idées ou informations qui dérangent, choquent ou inquiètent toute ou partie de la population, un tel droit apparaît par nature difficilement compatible avec des restrictions qui sont justifiées par la sensibilité morale ou religieuse de la population moyenne.

Un autre aspect de cette jurisprudence est souligné par M. Leroy : dans l'application que la Cour européenne fait de ces principes aux cas d'espèce, elle « opère toutefois un glissement du reproche de blasphème – qu'avait retenu l'autorité nationale – vers celui d'obscénité [...] »⁽²²⁾. À juste titre, M. Leroy relève que ce qui retient essentiellement l'attention de la Cour européenne dans la justification donnée par les autorités nationales à leur décision de refus de visa était le fait que la vidéo litigieuse « dépeint notamment, une femme assise à califourchon sur le corps couché du Christ crucifié, se livrant à un acte de caractère manifestement sexuel », ce qui a permis aux autorités nationales d'estimer que « la façon de traiter ces images a pour effet de centrer le film moins sur la sensibilité érotique des personnages que sur celle des spectateurs [...], fonction première de la pornographie » (§ 61). La Cour souligne encore que les autorités nationales ont déclaré en outre que le film n'essayait nullement d'approfondir la signification des images et se bornait à inviter le spectateur au « voyeurisme érotique » (§ 61). Ce n'est que par ce biais que la Cour en arrive à la conclusion que les juridictions nationales ont pu légitimement considérer que « la diffusion d'un tel film vidéo pourrait heurter et outrager les sentiments religieux des chrétiens ».

(22) M. LEROY, « Le droit au blasphème », in *Liber Amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits, utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 386.

Le même *glissement* apparaît dans l'arrêt *I.A. c. Turquie*, du 13 septembre 2005. Dans cette affaire, l'auteur d'un roman était poursuivi sur base de l'article 175 du Code pénal turc pour avoir injurié par voie de publication « Dieu, la religion, le prophète et le livre sacré ». L'accusation se fondait notamment sur un rapport d'expertise rédigé par le doyen de la faculté de théologie de l'université de Marmara et qui relevait entre autres que « l'auteur critique les croyances, pensées, traditions et savoir-vivre de la société turque anatolienne, en adoptant le point de vue indépendant et contestataire des auteurs, penseurs et scientifiques de la renaissance, [...]. Cette façon de penser qui est fondée sur le matérialisme et le positivisme débouche sur l'athéisme, en reniant la foi et la révélation divine ». Le rapport constatait que les propos de l'auteur impliquaient par ailleurs certains éléments « d'humiliation, de mépris et de discrédit envers la religion, le prophète et la croyance en Dieu dans l'Islam », ce mépris ressortant indubitablement selon l'expert de la façon dont l'auteur qualifiait la croyance religieuse notamment de « mirage de désert » et d' « idée primitive ». L'auteur fut condamné par le tribunal de grande instance d'Istanbul. La Cour européenne relève que dans ses attendus, le tribunal, outre les références au rapport d'expertise, avait également épinglé le passage suivant du livre : « Voyez-vous le triangle de peur-inégalité-incohérence tracé dans le coran ; cela me rappelle un ver de terre. Dieu dit que toutes les paroles sont celles propres à son messager. Certaines de ces paroles ont d'ailleurs été inspirées dans un élan d'exultation, dans les bras d'Ayşe. [...]. Le messager de Dieu rompait le jeûne par un rapport sexuel, après le dîner et avant la prière. Mohammed n'interdisait pas le rapport sexuel avec une personne morte ou un animal vivant ».

Dans sa décision, après avoir longuement rappelé les principes applicables en matière de blasphème et de liberté d'expression et la marge d'appréciation importante classiquement accordée aux États en cette matière, la Cour va estimer qu'en l'espèce « se trouvent en cause non seulement des propos qui heurtent ou qui choquent, ou une opinion 'provocatrice', mais également une attaque injurieuse contre la personne du prophète de l'Islam ». La Cour estimera que certains passages du livre pouvaient, « nonobstant le fait qu'une certaine tolérance règne au sein de la société turque profondément attachée au principe de laïcité », être légitimement ressentis par les croyants comme une attaque injustifiée et offensante des dogmes religieux (§ 29). Or, le seul passage que retient la Cour pour illustrer cet argument est celui où il est fait référence à l'activité sexuelle du prophète, alors qu'il ressortait très clairement des rapports d'expertise que ce n'était nullement ce point qui constituait l'essentiel des critiques formulées à l'encontre de l'auteur.

2. LA PÉNALISATION DU BLASPHEME DEVRAIT, EN ELLE-MÊME, ÊTRE CONSIDÉRÉE COMME CONTRAIRE À L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

Tant dans l'affaire *Wingrove* que dans l'affaire *I.A. c. Turquie*, la Cour européenne a considéré qu'un État pouvait « légitimement estimer nécessaire de prendre des mesures visant à réprimer certaines formes de comportement, y compris la

communication d'informations et d'idées jugées incompatibles avec le respect de la liberté de penser, de conscience et de religion d'autrui ». La Cour refuse donc d'aborder la question essentielle si la répression pénale du blasphème est en elle-même compatible avec l'article 10 de la Convention.

Pour B. Frydman, « dans une jurisprudence critiquable et d'ailleurs largement critiquée, y compris par une minorité active au sein même de la Cour, mais néanmoins remarquablement constante et qui s'enrichit régulièrement de nouvelles décisions, la Cour des droits de l'homme refuse pratiquement toujours de condamner les États lorsque ceux-ci préviennent le blasphème par la censure ou le sanctionne, y compris pénalement. En d'autres termes, dans l'état actuel de cette jurisprudence, il ne peut être affirmé qu'il existe, en Europe, un 'droit de blasphémer', garanti au titre de la liberté d'expression. À l'inverse, c'est la liberté de religion et de culte qui est mise en avant et réinterprétée, de manière assez stupéfiante, comme incluant un droit pour les fidèles à ne pas être heurtés dans leur conviction religieuse. On est dès lors bien obligé de mesurer ici et de prendre acte de la distance qui sépare actuellement les déclarations de principe sur la défense de la laïcité et de la liberté de la presse de la réalité du droit européen des droits de l'homme, telle qu'elle se révèle à l'analyse des décisions nationales qui sanctionnent les blasphémateurs et de la jurisprudence européenne qui entérine celle-ci »⁽²³⁾.

Il nous semble, conformément à l'opinion dissidente commune des juges Costa, Cabral Barreto et Jungwiert, sous l'arrêt *I.A. c. Turquie* du 13 décembre 2005, qu'« il est peut-être temps de 'revisiter' cette jurisprudence, qui nous semble faire la part trop belle au conformisme ou à la pensée unique, et traduire une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse ».

Nous craignons toutefois que l'on ne puisse pas trouver dans les arrêts ultérieurs de la Cour (arrêts *Tatlav c. Turquie*, du 2 mai 2006, *Klein c. Slovaquie*, du 31 octobre 2006 et encore moins, mais on s'en est déjà expliqué, dans l'arrêt *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, du 25 janvier 2007) les « indices d'un tel revirement »⁽²⁴⁾.

Sans doute n'est-il pas rassurant de voir qu'un grand nombre de législations européennes comportent encore une sanction explicite du blasphème. Cela étant, il semble bien que, mis à part la Turquie, ces législations ne soient quasiment plus appliquées outre qu'en ce qui concerne l'Angleterre, l'abrogation du délit de blasphème est acquise depuis 2008. Toutefois, ce qui est nettement plus inquiétant est le constat que dans un pays comme la France, qui ne connaît plus le délit de blasphème depuis plus d'un siècle, les juridictions de fond n'hésitent pas à ordonner des interdictions d'œuvres qui seraient de nature à porter atteinte à un prétendu « droit à une jouissance paisible de conviction religieuse ».

(23) B. FRYDMAN, « Introduction – Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent », *Rev. dr. ULB*, vol. 35, 2007, pp. 11 et 12.

(24) Voy., à ce propos, les réflexions de P. MARTENS, « Réflexions sur l'actualité juridique du blasphème », *Rev. dr. ULB*, vol. 35, 2007, pp. 32 à 34.

Sur cette évolution de la jurisprudence française, et plus généralement sur l'ensemble des questions suscitées par le blasphème, nous nous permettrons de ne pas en écrire plus et de renvoyer le lecteur à trois récentes et remarquables contributions sur le sujet qui font très exactement le point sur la question et aux conclusions desquelles nous nous rallions sans réserve⁽²⁵⁾.

E. La satire politique

1. LA « TROUILLE » DU CARICATURISTE

C'est certainement dans la satire politique que l'expression par l'image, et notamment par la bande dessinée, trouvera la liberté la plus large. C'est du reste un style dont le succès déjà ancien ne se dément pas⁽²⁶⁾. Plus que la BD, ce sont essentiellement les *Cartoons*, terme qui s'est imposé pour désigner le dessin de presse, qui jouent un rôle essentiel dans l'exercice de la liberté d'expression et d'information. Il est vrai que de tout temps, mais plus encore depuis l'affaire des caricatures de Mahomet, le caricaturiste est au centre de l'expression politique.

Selon Pierre Kroll, les caricaturistes sont considérés « comme des militants du bon. [...] c'est comme si nous étions les derniers moralistes »⁽²⁷⁾. Il faut pourtant constater que même dans ce domaine la liberté d'expression est loin d'être acquise.

Dans un récent entretien au magazine français *Médias*⁽²⁸⁾, le dessinateur Plantu précise que pour les caricaturistes de presse, « l'époque est à la trouille ». Ici, le vrai ennemi de la liberté d'expression ne sont pas les lois liberticides, ni les procédures judiciaires intempestives, mais bien le poids du politiquement correct ainsi que les procès publics en sorcellerie, toute approche de certains sujets valant immédiatement et péremptoirement à l'auteur d'être accusé de racisme et d'antisémitisme. Selon Plantu, « les signes avant-coureurs de cette ère de la bien-pensance

(25) M. LEROY, « Le droit au blasphème », *op. cit.* ; M. LEROY, « La parodie religieuse n'est pas une injure », *Rev. trim. D.H.*, 2007, pp. 875 à 884 ; P. MARTENS, « Réflexion sur l'actualité juridique du blasphème », *op. cit.*

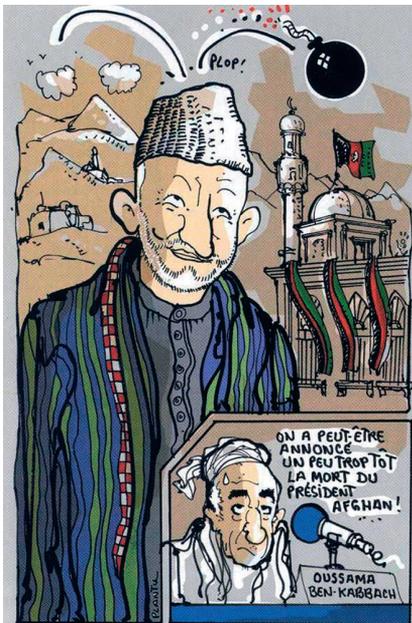
(26) À titre d'exemple et sans prétendre à aucune exhaustivité on relèvera, au cours des dernières années, la publication en France des ouvrages suivants de caricatures politiques sous forme de bande dessinée (essentiellement consacrés au président Sarkozy) : *Carla et Carlito, la vie de château*, de Riss, Cohen et Malka, aux éditions 12bis/Fayart ; *La face Kärchée de Sarkozy*, des mêmes auteurs, sous-titré *La première BD-enquête*, édité chez Vent d'Ouest/Fayart et qui a été vendu à plus de 200.000 exemplaires, ainsi que *Sarko ler*, toujours par Riss, Cohen et Malka, aux éditions Vent d'ouest/Fayart. Riss a encore récemment publié *Ma première croisade – Georges Bush s'en va en guerre*. On relèvera par ailleurs qu'outre le monde politique, la Justice elle-même devient sujet de bande dessinée. Ainsi, en mars 2007, Joann Sfar a publié *Greffier*, qui se veut un fidèle compte-rendu d'audience, par le dessin, du « procès des caricatures », fait en France à l'hebdomadaire Charly Hebdo. L'ouvrage se présente comme une chronique judiciaire, l'auteur ayant assisté à toutes les audiences et reprenant *in extenso* certaines parties des débats. De même, Tignous et Paganelli ont édité *Le procès Colona*, après avoir assisté pendant 34 jours aux audiences.

(27) *Le Soir*, 4-5 juillet 2009, p. 14

(28) N° 20, printemps 2009.

étaient pourtant là. Il y a dix ans, Timsit avait donné un spectacle où un médecin dégueulasse soignait des trisomiques et disait aux parents : 'les mongoliens, c'est comme les crevettes, tout est bon sauf la tête !'. Horrible, certes, mais c'était son personnage qui s'exprimait. Timsit a présenté des excuses. Il n'avait aucune raison de le faire... même chose quand j'ai commencé à faire de Chirac un professeur Tournesol sourdingue. Les associations de malentendants me sont tombées dessus sous prétexte que je me moquais des sourds ! Je ne me moquais pas d'eux, mais d'un président qui n'était pas à l'écoute de la population... tout conspire à ce que, désormais, un dessinateur de presse ne puisse plus jouir totalement de sa liberté ».

Le dessinateur précise encore : « J'ai publié un dessin où je me moquais de [Jean-Pierre Elkabbach]. Il a quand même un peu dérapé. [...] il avait fait annoncer par erreur la mort de Pascal Sevran. Et comme ce jour là, le président afghan échappait à un attentat, j'ai imaginé un *Oussama Ben-Kabbach* annonçant par erreur la mort du président à Kaboul. Et il en a fait six caisses : droit de réponse, dénonçant une 'dérive', des 'relents ambigus' ! [...] Je connais tout ça par cœur. Quelque temps avant, j'avais croqué Strauss-Kahn au FMI, cigare à la bouche, louchant – un œil sur le dollar et l'autre sur la rose socialiste. Cambadélis, renforcé de quinze députés ou sénateurs, a protesté, estimant qu'associant Strauss-Khan à l'argent, mon dessin avait des relents des années 1930. Il dirige le FMI, il n'enfile pas des perles tout de même ! Le non-dérangeant va finir par s'installer. Car, si je suis relativement protégé, ce n'est pas le cas des petits jeunes qui démarrent. Et ils ont vite compris : plutôt que de prendre des coups, ils préfèrent s'orienter vers la BD ».



2. L'ARRÊT LEROY C. FRANCE, DU 2 OCTOBRE 2008

Fragilisé par l'activisme des bien-pensants, le *cartoon* a incontestablement besoin de la protection du droit et spécialement de l'article 10 de la Convention, pour pouvoir continuer, sans relâche, son œuvre bienfaitrice de bousculer les idées reçues, de provoquer, de faire réagir, même par l'excès, de faire grincer les dents et les sensibilités des uns et des autres.

Malheureusement, avec l'affaire *Leroy c. France* (arrêt du 2 octobre 2008), la Cour européenne des droits de l'homme a incontestablement raté l'occasion de donner un signal fort en faveur de la liberté d'expression des caricaturistes de presse.

L'espèce met en cause le dessinateur Denis Leroy qui fournissait régulièrement des caricatures à l'hebdomadaire basque *Ekaïtza*, très proche du mouvement indépendantiste basque⁽²⁹⁾. Le 11 septembre 2001, après avoir pris connaissance des attentats du World Trade Center, Leroy remit à la rédaction du journal un dessin représentant quatre immeubles de grande hauteur qui s'effondrent dans un nuage de poussières après avoir été percutés par deux avions avec la légende suivante : *Nous en avions tous rêvé... le Hamas l'a fait*.

Ce dessin a été publié par le journal dans son édition du 13 septembre 2001. Le dessinateur ainsi que le directeur de la publication furent cités à comparaître, à la demande du préfet, devant le tribunal correctionnel du chef de complicité d'apologie du terrorisme pour le dessinateur et d'apologie du terrorisme pour le directeur de la publication. Ils furent tous les deux condamnés par le tribunal correctionnel de Bayonne à 1.500,00 € d'amende ainsi qu'à la publication du jugement dans trois journaux, dont *Ekaïtza*. La Cour d'appel de Pau confirma le jugement et la Cour de cassation rejeta le pourvoi.

Le dessinateur a introduit un recours à Strasbourg. L'État français a d'abord conclu à l'irrecevabilité du recours au motif qu'il contrevient à l'article 17 de la Convention. La Cour a rejeté cet argument d'irrecevabilité dans les termes suivants : « La Cour est d'avis que l'expression litigieuse ne rentre 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. D'une part, publiée sous la forme humoristique certes controversée d'une caricature, le message de fond visé par le requérant - la destruction de l'impérialisme américain - ne vise pas la négation de droits fondamentaux et n'a pas d'égal avec des propos dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention tels que le racisme, l'antisémitisme ou l'islamophobie. D'autre part, nonobstant la qualification d'apologie de terrorisme retenue par les juridictions nationales, la Cour est d'avis que le dessin litigieux et le commentaire qui l'accompagne ne constituent pas une justification à ce point non équivoque de l'acte terroriste qui les feraient échapper à la protection garantie par l'article 10 de la liberté de la presse. Enfin, l'offense faite à la mémoire des victimes des attentats du 11 septembre 2001

(29) Selon le site de l'hebdomadaire (<http://ekaitza.free.fr/>), *Ekaïtza* est présenté comme un « journal d'expression politique créé en 1986 [...] dans la mouvance pro-autonome et indépendantiste ».

à travers la publication litigieuse doit être examinée à la lumière du droit, non absolu, protégé par l'article 10 de la Convention ».

La Cour va toutefois considérer, au fond, que la condamnation du dessinateur pour complicité d'apologie de terrorisme n'était pas contraire à l'article 10.

Le point de départ du raisonnement de la Cour, au fond, peut surprendre, mais s'inscrit dans une logique, devenue assez courante depuis, précisément, les attentats du 11 septembre, où la lutte contre le terrorisme autorise tout. La Cour relève qu'« elle doit, en tenant compte des circonstances de chaque affaire et de la marge d'appréciation dont dispose l'État, rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental d'un individu à la liberté d'expression et le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes ».

L'interrogation essentielle n'était-elle pas de se demander si poursuivre pénalement un dessinateur de presse, pour ce *cartoon*, sans doute de mauvais goût⁽³⁰⁾ et provocant, publié dans un journal basque relativement confidentiel, participait-il vraiment du droit pour l'État français de se protéger contre les agissements « d'organisations terroristes » ? On peut s'interroger si les indépendantistes basques n'étaient pas plus visés par cette action que la mouvance terroriste islamique. La Cour semble le reconnaître lorsqu'elle précise que dans son contrôle de la nécessité de la mesure d'ingérence, elle tiendra notamment compte « de la situation régnant au pays basque » (§ 38)⁽³¹⁾.

Ensuite, bien qu'elle reconnaisse que la caricature soit « une forme d'expression artistique, par définition provocatrice » (§ 39), rappelant à cet égard (§ 44) l'enseignement de son arrêt *Vereinigung Bildender Künstler* qui précisait que la caricature politique est une « forme d'expression artistique et de commentaire social [qui] par ses caractéristiques intrinsèques d'exagération et de distorsion de la réalité, [...] vise naturellement à provoquer et à susciter l'agitation » (§ 33), elle fait sienne l'argument retenu par la cour d'appel de Pau qui avait jugé « qu'en faisant une allusion directe aux attaques massives dont Manhattan a été le théâtre, en attribuant ces événements à une organisation terroriste notoire, et en idéalisant ce funeste projet par l'utilisation du verbe rêver, donnant une valorisation non équivoque à un acte de mort, le dessinateur justifie le recours au terrorisme, adhérant par l'emploi de la première personne du pluriel ('nous') à ce moyen de destruction, présenté comme l'aboutissement d'un rêve et en encourageant indirectement en définitive le lecteur potentiel à apprécier de façon positive la réussite d'un fait criminel » (§ 42).

Ainsi analysé, le dessin faisait sans conteste l'*apologie* des attentats du 11 septembre. Et pour la Cour européenne « le critère mis en œuvre par la cour

(30) Dans le numéro du journal *Ekitza* qui a suivi celui de la publication du dessin litigieux, D. LEROY reconnaît qu'il s'agissait d'un « mauvais dessin », qu'il qualifie lui-même de « daube » (§ 10 de l'arrêt).

(31) Ce qui explique sans doute que l'émission « Les Guignols de l'info » qui avait pastiché la même publicité dans des termes très similaires (§ 13) n'avait pas fait l'objet de poursuites par les autorités locales...

d'appel de Pau pour juger du caractère apologétique du message délivré par le requérant est compatible avec l'article 10 de la Convention ». L'apologie est, en effet, la défense publique d'une personne ou d'un acte. Peut-on toutefois interdire la *défense publique du terrorisme* par voie de dessin de presse (quoique l'auteur conteste cette interprétation de son dessin), au regard de l'article 10 de la Convention, sans que des circonstances particulières ne justifient une telle restriction à la liberté d'expression ?

Ce sont ces « circonstances » qui doivent retenir notre attention pour apprécier les limites exactes de la liberté d'expression politique. Or les éléments que retient la Cour pour justifier en l'espèce l'ingérence, ne nous semblent pas convaincants.

D'abord, la Cour relève que « vue ensemble avec le texte qui l'accompagne, l'œuvre ne critique pas l'impérialisme américain, mais *soutient et glorifie* sa destruction par la violence ⁽³²⁾. À cet égard, la Cour se base sur la légende accompagnant le dessin et constate que le requérant exprime son *appui* et sa *solidarité morale* avec les auteurs présumés par lui de l'attentat du 11 septembre 2001. De par les termes employés, le requérant juge favorablement la violence perpétrée à l'encontre des milliers de civils et porte atteinte à la dignité des victimes ». On est, à ce stade du raisonnement de la Cour, toujours dans l'apologie.

Ensuite, la Cour « relève [...] que la provocation n'a pas à être nécessairement suivie d'effet pour constituer une infraction ». Cette considération est surprenante. En effet, la Cour vérifie si les conditions du délit d'apologie de droit français étaient réunies, alors que la question qui lui est soumise est de savoir si une condamnation pour un tel délit est compatible avec l'article 10 de la Convention.

Enfin, elle livre les véritables « circonstances » rendant l'ingérence justifiée : « si les juridictions internes n'ont pas pris en compte l'intention du requérant, elles ont en revanche, en vertu de l'article 10, examiné si le *contexte de l'affaire et l'intérêt du public justifiaient l'éventuel recours à une dose de provocation ou d'exagération*. Force est de constater à cet égard que la caricature a pris une ampleur particulière dans les circonstances de l'espèce, que le requérant ne pouvait ignorer. Le jour des attentats, soit le 11 septembre 2001, il déposa son dessin et celui-ci fut publié le 13 septembre, alors que le monde entier était sous le choc de la nouvelle, sans que des précautions de langage ne soient prises de sa part. Cette dimension temporelle devait passer, selon la Cour, pour de nature à accroître la responsabilité de l'intéressé dans son compte rendu - voire soutien - d'un événement tragique, qu'il soit pris sous son angle artistique ou journalistique » (§ 45).

Dès lors qu'au lendemain des attentats, le monde entier « était sous le choc », les « devoirs et responsabilités » du dessinateur s'en trouvaient considérablement accrus. Faut-il en déduire, comme dans *l'affaire Gubler* (arrêt *Editions Plon c. France*, du 18 mai 2004, §§ 49 et s.), que si le dessin avait été publié un an après les attentats, la condamnation de son auteur n'aurait plus été justifiée au

(32) Qu'elle la soutienne ou qu'elle soit le témoignage d'une réjouissance de son auteur, cela ne fait pas de doute. Qu'elle la glorifie nous semble cependant excessif.

regard de l'article 10 ? C'est difficile à imaginer, tant « le choc » s'est prolongé. Ne peut-on pas craindre, avec un tel argument, que la « dimension temporelle » de cet événement n'aurait jamais autorisé cette apologie ?

Il est également étonnant de lire que selon la Cour, ce sont « le contexte de l'affaire et l'intérêt du public » qui déterminent si « l'éventuel recours à une dose de provocation ou d'exagération » était justifié. Il n'y aurait, dans cette perspective, plus un droit à provoquer ou exagérer. Cette forme dans l'expression, jusqu'à présent toujours reconnue par la Cour, spécialement en matière de satire et de caricature, ne serait autorisée que si l'intérêt du public le justifie et si le contexte de l'affaire le permet.

À cette première circonstance « temporelle », la Cour en ajoute une seconde, déjà évoquée : « l'impact d'un tel message dans une région politiquement sensible n'est pas à négliger ; [...] la Cour constate [...] que celle-ci entraîna des réactions (§ 10 ci-dessus), *pouvant attiser la violence et démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région* » (§ 45). Et ce, même si le dessin litigieux n'aura été vu que par les lecteurs d'une publication militante basque relativement confidentielle, la Cour admettant expressément le caractère limité de l'impact du dessin du fait de sa publication dans l'hebdomadaire en question (§ 45).

Avec un tel raisonnement, la Cour fait preuve d'audace (pour ne pas dire d'une certaine mauvaise foi). En effet, les fameuses réactions décrites au § 10 de l'arrêt ne sont que des extraits de mails ou de courriers reçus à la rédaction du journal, en réaction à la publication du dessin, extraits qui furent publiés par le journal dans son numéro suivant, accompagnés d'une justification de l'auteur. Des réactions indignées et incontestablement très critiques (le journal parlant lui-même d'hallali contre son dessinateur) de quelques lecteurs d'un hebdomadaire proche des indépendantistes basques, publiées par le journal dans un souci manifeste de nourrir un débat avec ses lecteurs à propos du dessin litigieux, peuvent-elles être prises en compte pour justifier que le dessin était de nature à « attiser la violence » et qu'il avait un impact « plausible sur l'ordre public de la région » ? Nous ne pouvons en aucun cas souscrire à un tel raisonnement.

Nous partageons dès lors l'analyse qu'a faite D. Voorhoof de cet arrêt : « One can consider the drawing of Mr. Leroy inappropriate and disrespectful toward the victims of the 9/11 attacks. But the criminal conviction of the cartoonist and especially the acceptance of this prosecution and conviction by the European Court of Human Rights because of one isolated cartoon is clearly a step too far and is a sad day for freedom of the press in Europe. The judgment of 2 October 2008 risks to have a chilling effect on cartoonists and columnists all over Europe, while they are supposed to illustrate and comment the actuality and the news flow of the day by the format of cartoons and satire, formats that often help people to look at the event from another angle, from another perspective. And yes, often cartoons are provocative, with a dose of (black) humour. And often they are disrespectful towards persons, victims, minorities, governments, states or groups and sectors in society. But isn't that what a cartoon and a caricature is about? Wasn't it the European Court itself that proclaimed in another recent judgment, that satire is to be

considered “a form of artistic expression and social comment which, by exaggerating and distorting reality, is intentionally provocative” ? »⁽³³⁾.

D. Voorhoof souligne encore, à juste titre, que cet arrêt semble peu cohérent au regard d'une jurisprudence abondante de la Cour à propos des discours et des articles des mouvances pro-PKK en Turquie, où, pour fréquemment rejeter le bien-fondé des ingérences nationales turques, la Cour prend comme critère le fait que l'expression n'a pas préconisé l'utilisation de la violence, de la résistance armée ou d'un soulèvement et n'a pas constitué une « parole de haine »⁽³⁴⁾.

3. LE DEVOIR DE TOLÉRANCE IMPOSÉ À L'HOMME POLITIQUE

Le *cartoon* met très souvent en cause l'homme politique. À ce titre, il peut se prévaloir d'une protection renforcée au regard de l'article 10 de la Convention au motif que l'homme politique, en raison précisément de son statut public, doit souffrir d'une mise en cause par les médias plus acerbe et plus virulente que le simple citoyen.

La Cour européenne a souvent eu l'occasion de faire observer que l'article 10 de la Convention ne garantissait pas une liberté d'expression sans aucune restriction, même en ce qui concerne la couverture médiatique des questions présentant un intérêt public sérieux. Ainsi, selon la Cour, aux termes du § 2 de l'article 10, l'exercice de cette liberté comporte des « devoirs et responsabilités » qui s'appliquent aussi à la presse⁽³⁵⁾. Ces « devoirs et responsabilités » peuvent revêtir de l'importance lorsque la presse risque de porter atteinte à la réputation ou aux droits *d'un particulier*. Dans ce cas, en raison des « devoirs et responsabilités » inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, la Cour européenne estime que la garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes-rendus sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique⁽³⁶⁾.

Néanmoins, s'agissant de la mise en cause d'un *homme politique*, personnage public par excellence, le critère d'appréciation du bien-fondé de l'ingérence est nettement plus restrictif. En effet, dès 1986, fut initiée, avec l'arrêt *Lingens*, une jurisprudence conférant aux personnages publics une place particulière au sein du débat public, amoindrissant par là même la protection de la réputation ou des droits que ces derniers pouvaient revendiquer. La raison d'être de cette protection amoindrie s'explique en raison du principe selon lequel la liberté de la presse « fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et de juger les idées et les attitudes des dirigeants. Plus généralement, [la Cour Européenne]

(33) D. VOORHOOF, « European Court of Human Rights: where is the 'chilling effect'? », www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/ConfAntiTerrorism/ECHR_en.pdf.

(34) *Ibid.*

(35) Cour eur. D.H., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], 20 mai 1999, § 58.

(36) Not. arrêt *Bergens Tidende c. Norvège*, 2 mai 2000, § 53.

estime que le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention toute entière »⁽³⁷⁾.

C'est ainsi qu'à partir de l'arrêt *Lingens*, la construction de la jurisprudence de la Cour européenne sera édifiée selon le postulat essentiel suivant : « Les limites de la critique admissibles sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier ». En résumé, « l'homme politique se voit doté d'un statut à part, parce que du fait de la fonction publique qu'il exerce, *il s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens*. Il doit par conséquent montrer une plus grande tolérance »⁽³⁸⁾. Il s'ensuit que si l'article 10, §2, de la Convention permet de protéger la réputation et les droits d'autrui, lorsqu'il s'agit d'hommes politiques, les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques : « Par-là même, la Cour indique que dans un système démocratique, les actions ou les omissions des personnalités publiques et plus spécifiquement des dirigeants politiques doivent se trouver placées sous le contrôle attentif de l'opinion publique »⁽³⁹⁾.

La jurisprudence européenne rappelle par ailleurs que les hommes politiques peuvent faire l'objet d'articles de presse faisant montre d'une certaine dose d'exagération, voire de *provocation* et même de *rudesse*⁽⁴⁰⁾.

En pratique, de façon systématique, la Cour européenne rappelle que les personnages publics, et parmi eux, en premier lieu, les « hommes politiques », s'exposent de par leurs fonctions et le recours au suffrage universel, à une appréciation plus critique et plus agressive de la part de la presse⁽⁴¹⁾.

(37) A. GUEDJ, *op. cit.*, p. 924.

(38) *Ibid.*

(39) *Ibid.*

(40) Cour eur. D.H., arrêt *Kulis c. Pologne*, du 18 mars 2008, § 45.

(41) Cour eur. D.H., arrêt *Lingens c. Autriche*, du 8 juillet 1986 : « la liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants. Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière. Partant, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance. Assurément, l'article 10, § 2, permet de protéger la réputation d'autrui, c'est-à-dire de chacun. L'homme politique en bénéficie lui aussi, même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée, mais en pareil cas les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques » (§ 42). Dans son arrêt *Oberschlick c. Autriche*, du 29 mai 1991, la Cour a confirmé que « La liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants. Le libellé de l'article 10 le souligne en mentionnant le droit, pour le public, de recevoir des informations et des idées. Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière. Partant, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, agissant en sa qualité de personnage public, que d'un simple particulier. Le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes,

C'est, pour rappel, notamment sur base de cette jurisprudence que, dans l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler*, la Cour a estimé que l'ingérence des juridictions autrichiennes dans l'activité artistique du peintre était incompatible avec l'article 10 de la Convention puisqu'il fallait interpréter son œuvre comme une « contre-attaque » contre certains membres du FPÖ.

Mais la Cour européenne a encore été plus loin dans son arrêt *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, du 28 septembre 2000. En effet, la Cour européenne y ajoute que « certes, les écrits du requérant, et en particulier les expressions utilisées, peuvent passer pour polémiques⁽⁴²⁾. Ils n'en contiennent pas pour autant une attaque personnelle gratuite, car l'auteur en donne une explication objective. La Cour relève à cet égard que dans ce domaine l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel : ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique. Le requérant a donc exprimé une opinion [...]. Certes, une telle opinion pouvait, en l'absence de toute base factuelle, se révéler excessive, ce qui toutefois, à la lumière des faits établis, ne se trouve pas vérifié en l'espèce. Enfin, il convient de rappeler que la liberté du journaliste comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation » (§ 34)⁽⁴³⁾.

Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour européenne, en s'exposant *inévitavelmente* et *consciemment* à un contrôle attentif de ses actes par la presse, l'homme politique doit montrer à l'égard de celle-ci une plus grande tolérance que le citoyen normal. Il doit en outre admettre que l'invective politique déborde sur le plan personnel, car ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique.

Enfin, il faut encore citer l'arrêt *Kita c. Pologne*, du 8 juillet 2008. Le requérant avait été condamné par les juridictions nationales polonaises pour avoir distribué des tracts mettant gravement en cause la gestion des fonds municipaux par des hommes politiques locaux. Les juridictions internes ont estimé que les déclarations du requérant étaient *fausses* et que celui-ci avait délibérément distribué les tracts en

tant par les journalistes que par la masse des citoyens, et doit montrer une plus grande tolérance, surtout lorsqu'il se livre lui-même à des déclarations publiques pouvant prêter à critique » (§§ 58 et 59). La Cour européenne a encore récemment confirmée, dans son arrêt *Lindon et autres c. France* (GC), du 22 octobre 2007, 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 (arrêt *Brasilier c. France* du 11 avril 2006, § 41) – ou des questions d'intérêt général (voy. notamment les arrêts *Sürek c. Turquie* (n° 1) [GC] du 8 juillet 1999, § 61, et *Brasilier*, précité). En outre, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose *inévitablement* et *consciemment* à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance » (§ 46). Très récemment encore, dans son arrêt *Roumanie Ivanova c. Bulgarie*, du 14 février 2008, la Cour a confirmé que « It should further be observed that, being a politician and a candidate for public office, Mr M. D. had *inevitably* and *knowingly* laid himself open to public scrutiny, in particular as regards issues touching on his financial integrity ».

(42) Les juridictions nationales portugaises avaient considéré que « des expressions telles que 'grotesque', 'rustre' et 'grossier' constituaient des insultes qui dépassaient les limites de la liberté d'expression » (§ 31).

(43) En ce sens, *Kulis c. Pologne*, du 18 mars 2008.

période préélectorale en vue d'empêcher l'élection ou la réélection de certains hommes politiques. Nonobstant le caractère inexact des informations diffusées, la Cour européenne a estimé que le requérant n'avait pas dépassé les limites de la critique admissible, étant donné qu'elle s'inscrivait dans le contexte d'un débat politique. La Cour européenne ajoute « that the distinction between statements of fact and value judgments is of less significance in a case such as the present, where the impugned statements were made in the course of a lively political debate at local level, and where the members of the community should enjoy a wide freedom to criticise the actions of a local authority, even where the statements made may lack a clear basis in fact ». Et la Cour précise encore que « As regards the reasons adduced by the domestic courts to justify the interference the Court observes that they have failed to recognise that the present case involved a conflict between the right to freedom of expression and the protection of the reputation and the rights of others and so did not carry out the relevant balancing exercise. Nor did they give any consideration to the fact that the limits of acceptable criticism of the members of the City Council Board, were wider than in relation to a private individual ».

4. LE DROIT À L'HUMOUR

Lorsqu'en plus, l'expression politique se fait par le biais de la BD ou du *cartoon*, l'humour, généralement inhérent à ce genre, permet (ou devrait normalement permettre) d'aller encore plus loin dans la critique caustique, sous la seule réserve de respecter les « lois du genre ».

Doctrine et jurisprudence reconnaissent de longue date un droit à l'humour « qui se décline en l'occurrence comme un droit à l'irrespect et à l'insolence, à l'impudence et à la subjectivité »⁽⁴⁴⁾. Un tel droit constitue à n'en pas douter un des aspects de la liberté d'expression reconnue par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁽⁴⁵⁾. On peut dire que le « *droit de rire* » se rattache en Belgique aux textes fondamentaux relatifs à la liberté d'expression et notamment à l'article 19 de la Constitution⁽⁴⁶⁾.

Comme le soulignent à très juste titre E. Montero et H. Jacquemin, « choquant ou mordant, il introduit par nature l'outrance, la déformation, la dérision, une volonté de provocation... aussi le genre humoristique/satirique bénéficie d'une réelle tolérance, voulue par les usages »⁽⁴⁷⁾. Dès lors qu'un tel droit à choquer, à exagérer, voire même à provoquer, est reconnu aux journalistes dans le cadre de l'exercice de la liberté de la presse⁽⁴⁸⁾, « *a fortiori* une large tolérance s'impose-t-elle à l'égard des propos tenus dans un but purement créatif et de simple divertissement. On ne peut

(44) E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias. Volume 2. Les devoirs et responsabilités des acteurs des médias : aperçu de la jurisprudence belge », in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, Titre II, livre 26bis, Waterloo, Kluwer, mai 2003, p. 13.

(45) Cass. fr., 12 juillet 2000, *Légipresse*, n° 175, III, p. 162 ; Reims, 9 février 1999, *J.C.P.*, 1999, II, 10144 ; T.G.I. Paris, 3 avril 2006, *Légipresse*, n° 238, I, 11.

(46) B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 194.

(47) E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 14.

(48) Not. : arrêt *De Haes et Gijssels*, 24 février 1997, et arrêt *Prager et Oberschlik*, 26 avril 1995.

exiger de l'humoriste, du caricaturiste ou de l'auteur satyrique la prudence d'expression, la mesure et l'objectivité... dès lors que l'excès et l'outrance sont les lois du genre [...] la tolérance à l'égard du genre humoristique tient également à l'impossible confusion dans l'esprit du destinataire des propos, qui ne peut normalement pas se méprendre sur le but et la portée de ceux-ci »⁽⁴⁹⁾.

En fonction des « lois du genre », il appartient au juge de fixer les limites de cet excès et de cette outrance pour apprécier quand une imprudence fautive peut-être reprochée à l'humoriste. Dans ce travail, le juge doit tenir compte du fait que, si les propos litigieux provoquent le dégoût des *victimes* qu'ils effarouchent, blessent, irritent, piquent ou déchirent, elles provoquent par ailleurs et simultanément l'hilarité des autres. L'humour ne devient pas fautif par le seul fait qu'il ne serait pas convenu, ni politiquement ou socialement correct. L'humour peut par nature se révéler féroce, cinglant, virulent, portant le fer là où cela fait mal, sur des questions graves et sensibles.

La jurisprudence a montré qu'il convenait d'apprécier très largement ce droit, sous peine d'enlever toute effectivité au « droit à l'humour » : « l'on ne peut s'empêcher de considérer que de tous temps, les hommes, et plus spécialement les artistes de cabaret, les écrivains grands ou petits, les caricaturistes [...] ont amusé le public en dénonçant les travers de leurs contemporains (la fatuité ridicule des puissants, l'avarice, la lourdeur supposée des Allemands, la vanité des Français, la ladreterie prêtée aux Juifs, aux Ecossais, voire aux Hollandais, mais aussi la disgrâce physique des nains, des bossus, des obèses, des chauves, des bègues, des manchots, etc. etc. [...]) ; qu'il serait plus que hasardeux de prétendre censurer, même *a posteriori*, l'expression de ce talent qui peut se réclamer de la liberté d'expression, même si certaines personnes, et c'est bien normal, restent allergiques à telle ou telle moquerie et peuvent même en éprouver de l'amertume [...] ; que sans rien enlever à la possibilité pour les tribunaux de réprimer des dérives caractérisées et réellement dommageables, il convient d'éviter de sombrer dans la pensée unique et le 'politiquement correct' à une époque où précisément les gendarmes de la bonne pensée sont nombreux et agissant pour nous imposer un langage aseptisé et convenu »⁽⁵⁰⁾.

Pour rester dans les limites du tolérable et ne pas sombrer dans l'acte fautif, l'humour doit s'exercer conformément aux règles suivantes :

- les propos outranciers et excessifs doivent être tenus dans le *but* de faire rire ;
- ils ne peuvent être la source d'aucune *confusion*.

« Il ne saurait y avoir de faute si le bouffon s'exprime dans un contexte tel que le téléspectateur, l'auditeur ou le lecteur ne pouvait raisonnablement se méprendre sur la portée de ses propos [...], ainsi le contexte dans lequel s'inscrivent les propos litigieux joue un grand rôle. Les humoristes, les émissions de divertissement..., ont pour objet normal et attendu du public de faire rire, et on ne

(49) E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, pp. 14-15.

(50) Civ. Liège, 17 septembre 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 445, p. 29.

prend pas pour argent comptant leurs outrances ou les déformations de la vérité auxquelles ils peuvent procéder »⁽⁵¹⁾.

Une partie de la doctrine considère encore que les propos outranciers et excessifs ne pourraient pas porter atteinte à la *dignité humaine*. Il s'agit d'une condition trop restrictive, tant cette notion est vague et imprécise.

Enfin, l'humour autorise l'exagération à ce point grossière des propos qu'elle fait apparaître manifestement qu'il ne s'agit nullement d'accusations objectives, réelles ni pertinentes à l'égard de la victime. Comme Paul Martens a pu l'écrire : « qu'il se trompe celui qui croit diminuer sa faute en recourant à la litote : l'outrance et l'excès font partie des lois du genre. Ici, la circonstance aggravante est absolutoire »⁽⁵²⁾.

F. Pour en revenir à la BD, en guise de conclusions...

Les atteintes à la liberté d'expression en matière de BD ne se trouvent pas toujours là où on s'y attend.

Une des exceptions notoires au droit de l'auteur de pouvoir interdire la reproduction de son œuvre, reste le compte-rendu d'actualité tel que visé à l'article 22, § 1^{er}, 1^o, de la loi relative au droit d'auteur qui précise que l'auteur ne peut interdire la « reproduction et la communication au public dans un but d'information [...] d'œuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de compte-rendu d'événements d'actualité ».

Cette exception est souvent invoquée à tort et de façon exagérément large par ceux qui se croient autorisés de reproduire des œuvres dans le cadre d'un compte-rendu d'événements d'actualité⁽⁵³⁾.

Par contre, la doctrine s'accorde pour dire que le but de la loi est de permettre d'informer le public⁽⁵⁴⁾.

Lorsque l'événement d'actualité est l'inauguration d'un nouveau musée, on peut considérer que l'exception joue tant en ce qui concerne, le cas échéant, la qualité architecturale du bâtiment lui-même, qui sera nécessairement reproduit dans le cadre des comptes-rendus d'actualités annonçant l'inauguration de ce musée, qu'à l'égard des œuvres contenues dans ce musée, dont inévitablement certaines apparaîtront dans les images (photographiées ou télévisées) du compte-

(51) E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 17.

(52) P. MARTENS, « La plaisanterie et le droit », in *Mélanges offerts à Michel Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 154.

(53) Voy. not. Bruxelles, 21 septembre 1994, *R.G.D.C.*, 1996, pp. 33 et s., avec note B. VINÇOTTE, « Droit d'auteur et compte rendu d'actualité », pp. 38 et s.

(54) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 108.

rendu d'actualité, soit en arrière-plan de scènes plus larges montrant telle ou telle autre personnalité inaugurant les lieux, soit à titre principal, pour illustrer les collections présentées dans le musée.

Récemment, fut inauguré, à Louvain-la-Neuve, le nouveau musée Hergé. Une inauguration en grande pompe eut lieu à laquelle la presse fut évidemment invitée. Toutefois, sur place, les responsables du musée ont notifié aux photographes et aux caméramans présents qu'ils ne pourraient pas filmer à l'intérieur du bâtiment. Cette attitude suscita de vives réactions dans les milieux de l'information, considérant qu'il s'agissait là d'une entrave manifeste à l'exercice de la liberté d'expression.

Nul n'ignorant le caractère sourcilieux avec lequel les droits d'auteur portant sur les œuvres d'Hergé sont actuellement gérés par ses ayants droit, on ne peut s'empêcher de voir dans cette mesure d'interdiction une volonté d'empêcher matériellement que puisse jouer en faveur de la presse l'exception précitée à l'occasion de l'inauguration de ce nouveau musée et de s'assurer ainsi qu'aucune reproduction, par la force des choses gratuite, de l'œuvre d'Hergé ne puisse intervenir à cette occasion⁽⁵⁵⁾.



© Le Clou - www.clou.org – *La Libre*, 2 juillet 2009, reproduit avec l'aimable autorisation de l'auteur

(55) Ce que, du reste, les responsables du musée ont reconnu : « C'est une décision qui a été prise pour éviter une multitude de prises de vue des originaux qui sont exposés dans les salles » (*Le Soir*, 25 mai 2009).

Il s'agit, à n'en pas douter, d'une atteinte, affligeante de mesquinerie, à la liberté d'informer. Elle suscita diverses réactions, dont une du caricaturiste *Clou*, réussissant le tour de force d'allier à la fois l'atteinte à la morale sexuelle du tintinophile « doté d'une sensibilité normale », au blasphème en portant incontestablement atteinte au droit, pour les gardiens du temple (du Soleil), à une jouissance paisible de leurs convictions tintinophiles. Nous vous la livrons, sans autre commentaire, en guise de conclusion.

II

La BD et la liberté d'expression face à la marque et au droit d'auteur des tiers (B. Michaux)

A. La marque d'autrui

S'agissant de la marque, nous avons choisi de nous pencher sur deux questions. La première, relativement peu approfondie jusqu'ici par la doctrine belge⁽⁵⁶⁾ malgré la controverse et les enjeux qui y sont liés, concerne la protection par la marque du nom ou de l'apparence d'un personnage de bande dessinée qui est tombé dans le domaine public. La deuxième question, qui a davantage inspiré les commentateurs belges, concerne l'utilisation de la marque dans le but de la parodier.

1. LA MARQUE COMME MODE DE PROTECTION DU PERSONNAGE DE BD APRÈS L'EXTINCTION DU DROIT D'AUTEUR

a. INTRODUCTION

1° Le scénario *Popeye*

Début 2009, la presse annonçait avec fracas que le marin *Popeye* était entré dans le domaine public dans l'Union européenne le 1^{er} janvier 2009, soit 70 ans après le décès de son auteur.

(56) Voy. cependant A. STROWEL, « La protection des personnages par le droit d'auteur et le droit des marques », in *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 37 et s., spéc. p. 47, où l'auteur pose la question. Voy. aussi l'examen général de V. VANOVERMEIRE, « Inschrijving als merk van een in het openbaar domein gevallen werk », in *Le cumul des droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 177.