

L'autonomie de la liberté de création ?

Agnès Tricoire

Avocat au Barreau de Paris

En 2003, l'Observatoire de la liberté d'expression en matière de création – c'était son nom alors, j'y reviendrai – créé l'année précédente par la LDH, publiait un manifeste.

Voici comment commence ce texte :

« Un personnage de roman ou de film est fictif : il n'existe pas, autrement que dans l'œuvre. S'il tient des propos racistes, ou s'il raconte sa vie de pédophile, ces propos n'ont ni le même sens ni la même portée que s'ils étaient tenus par un citoyen s'exprimant dans l'espace public. D'une part, ils n'expriment pas nécessairement l'opinion de l'auteur, et il serait absurde de condamner pénalement des propos qui n'existent que sur le papier : cela reviendrait à assimiler l'auteur à son personnage, à le confondre avec son œuvre. Or représenter, évoquer, n'est pas approuver.

D'autre part, le spectateur ou le lecteur peut mettre à distance ces propos. »

Je n'y changerais pas un mot aujourd'hui.

I. QUE DIT LA LOI CONTRE LES ŒUVRES ?

Pas grand-chose. Les dispositions de la loi pénale sur la protection de l'enfance visent le discours direct. L'article 227-23 du Code pénal vise selon certains également la fiction. Est sanctionné le fait, « en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique ». Que signifie le terme « représentation » ? Certaines associations ont essayé de faire valoir qu'il s'agissait de la représentation artistique. Sans succès.

Quant à l'article 227-24 du Code pénal, il vise bien le message : le fait soit « de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine (...) ».

Les dispositions de la loi sur la presse concernent le discours direct. Dans l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, est visée « *la provocation 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 origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Remarquons que le même article prévoit que « *tous cris ou chants séditieux proférés dans les lieux ou réunions publics seront punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe* ». Les chants sont donc poursuivis comme les cris. Donc, quand la loi sur la presse veut s'appliquer aux œuvres, elle le dit expressément.

L'article 33 vise l'injure (« *expression outrageante, termes de mépris ou invective*») envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Nous sommes toujours dans le discours direct.

Or, il y a un problème de fond à assimiler des œuvres à des messages (au sens de l'article 227 24 du Code pénal) ou à du discours direct (loi sur la presse). Dans toutes les procédures engagées sur ces fondements, les plaignants – souvent des associations défendant telle vision de la société qui n'est pas nécessairement, loin s'en faut le plus souvent, partagée par tous – accusent certaines œuvres de violer la loi au nom d'interprétation de ces œuvres qui est normalement du ressort de la critique. Que dit une œuvre? Une œuvre a-t-elle une interprétation ou plusieurs? Le juge pénal peut-il dire, sans se tromper, ce que dit l'œuvre?

Quelles sont les clés de lecture données par la loi au juge pour opérer une telle analyse? Il n'y en a pas, pas même de règle imposant au juge de prendre connaissance de l'ensemble d'une œuvre critiquée pour tel ou tel extrait. Ou, à l'instar du droit d'auteur, de ne pas évaluer son mérite.

II. LA CENSURE ET L'AUTONOMIE DE LA FICTION

Allons plus loin : comment le juge administratif, lorsqu'il statue sur le recours d'une association contre le visa du ministère de la Culture sur un film, doit-il analyser telle ou telle scène de films? L'article 211 du Code du cinéma a été modifié par ordonnance de 2009 (sans débat parlementaire, donc), et prévoit que le visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la Culture peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine.

Prenons l'exemple d'un visa rendu sur le dernier fondement : Christine Albanel, ministre de la Culture et de la Communication, a décidé le 2 octobre 2007 de suivre l'avis de la Commission de classification des œuvres cinématographiques qui lui a proposé une restriction aux moins de 18 ans du film *Quand l'embryon part braconner* de Koji Wakamatsu (1966). Cette décision, dit le communiqué de la ministre, est justifiée par « *la violence et le sadisme d'une grande partie des scènes de ce film et ceci en plein accord avec les motivations de la Commission qui a estimé à une large majorité que le film "présente une image des relations entre les êtres fondée sur l'enfermement, l'humiliation et la domination de la femme"* ». Erreur d'interprétation évidente et contresens total ! Ce film est un manifeste contre l'enfermement, l'humiliation et la domination de la femme ! Ne peut-on donc montrer, même pour dénoncer ? À cause de ce visa, le film n'a pas pu passer à la télévision.

Ce qui est en cause, avec la répression pénale des œuvres, et plus encore avec le système de censure préventive que je viens d'aborder pour le cinéma, c'est la capacité du spectateur de voir les œuvres, et de se forger sa propre opinion sur l'œuvre. La censure, qu'elle soit administrative ou judiciaire, fait écran. C'est son but.

Il faut nuancer ce constat. La plupart des livres condamnés pour diffamation, atteinte à la vie privée et autres sont toujours en vente. Le préjudice des victimes est fixé par le tribunal et le livre

continue ensuite sa vie commerciale. Ce système qui paraît équilibré est plus préoccupant lorsqu'on aborde la question de la lutte nécessaire mais ô combien difficile contre les propos racistes, antisémites ou d'incitation à la haine.

Dieudonné a continué à représenter le spectacle *Le Mur* interdit par arrêtés préfectoraux en janvier 2014 sous un nouveau titre dans la plupart des Zénith de France, et les vidéos des passages les plus violemment antisémites sont très facilement accessibles sur internet (ainsi en est-il du passage immonde sur Patrick Cohen, présent sur Youtube et visionné plus de 160 000 fois à l'heure où cet article est écrit, donc par beaucoup plus de personnes que celles qui ont pu accéder au spectacle lui-même). Le DVD du spectacle interdit est en vente sur le site de Dieudonné. Par conséquent, l'interdiction administrative, contestable par ailleurs en tant qu'elle constituait un dangereux précédent, n'a pas été efficace.

Enfin, comment ne pas craindre que les poursuites renforcent les personnes poursuivies ? Les élans de sympathie n'ont-ils pas décuplé, avec les signes de partage d'une culture commune *underground*, comme se plaît à la qualifier Dieudonné ? Je ne parle pas seulement de la « quenelle », mais de la chanson condamnée *Shoananas* qui est aujourd'hui présente sur You tube dans de nombreux clips pour un total de 400 000 vues ! Que font les instances gouvernementales qui avaient promis une lutte sans merci contre les propos antisémites de ce personnage, alors que certaines de ces vidéos sont en ligne depuis 2013 ?

Autre exemple des effets latéraux de la censure, les livres d'Éric Zemmour, condamné en 2011 pour incitation à la haine des noirs et des Arabes, et en 2015 pour incitation à la haine des musulmans, se vendent très bien (précisons qu'il n'a pas été condamné pour ces livres mais pour des propos tenus dans les médias). La critique de son dernier ouvrage (selon *l'Obs*, un « *délire islamophobe* », et selon *Libération*, « *il faut déradicaliser Zemmour* ») a été transformée en argument promotionnel par son éditeur, Albin Michel, ces citations étant reproduites dans une publicité sous le titre : « *L'ennemi public n° 1... est n°1 des*

ventes. » Son éditeur se défend en indiquant qu'il ne pense pas que Zemmour soit raciste, mais en fustigeant dans le même temps « *toutes ces lois mémorielles, confessionnelles, antiracistes, sans parler de la diffamation* » qui font que « *nous sommes moins libres qu'au XVIII^e siècle* » (*L'Express*, 19 octobre 2016). Ce n'est pas ce que pensent un certain nombre d'éditeurs de la maison qui lui ont fait savoir leur désaccord. En vain. Alain Esmenard regrette le XVIII^e siècle. Celui d'avant 1789, sans doute ?

Prenons un autre sujet, les femmes et l'affaire Orelsan. La 17^e chambre correctionnelle le relaxe le 12 juin 2012 pour le délit de provocation non suivie d'effet à la commission d'atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité corporelle des personnes, et d'agressions sexuelles, commis par la chanson *Sale pute*. Selon les plaignants, il suffirait donc d'entendre une chanson, de voir un film, une œuvre d'art, de lire un livre, pour passer à l'acte. Cette croyance a la peau dure.

Les tribunaux ne sont pas les juges de la qualité artistique des œuvres, rappelle très opportunément le tribunal. Et peu importe que ses paroles soient très vulgaires, comme le soutenait la plaignante manifestement inspirée par le procureur Pinard¹. Elle soutenait que cette chanson était virulente à l'égard des femmes. Or, les femmes ne sont pas visées. Le texte de cette chanson est une histoire, très banale, celle d'un homme trompé, et qui en conçoit de l'amertume. Et qui, dans un dialogue intérieur, rêve de la démolir par divers moyens qui, évidemment, s'ils étaient mis en œuvre dans la vraie vie, vaudraient au jaloux de nombreuses années de prison.

Orelsan a pu démontrer avec efficacité qu'une chanson est une fiction et qu'il n'avait voulu inciter personne à exercer directement les violences décrites dans sa blquette. Et le tribunal de relever que dans le rap, les paroles sont rarement tendres, parce qu'elles expriment de la souffrance. Et le genre du rap admet, voire nécessite, un grossissement du trait.

1. Qui poursuivit Madame Bovary devant la même chambre, il y a cent cinquante ans.

Les menaces querellées sont adressées à une femme fictive, comme le relève le tribunal à juste titre, qui prend soin de préciser que la mise en scène du clip montre des personnages. La vidéo ne montre aucune scène de violence, disent encore les juges, et pour violentes que soient les paroles, et elles le sont, elles ne sont pas plus incitatives à exercer une violence réelle contre les femmes que Lolita n'incite à la pédophilie ou Bernanos à se faire moine (ce qui n'est pas un délit).

Orelsan a provoqué, il est relaxé. La liberté de création a encore progressé. Il n'est pas certain que la lutte contre la violence faite aux femmes, qui est une absolue nécessité, sorte renforcée de cette histoire. D'autant qu'il est derechef poursuivi pour l'ensemble de son œuvre, et condamné par la même chambre, puis relaxé par les juridictions supérieures.

On peut parfaitement soutenir, comme l'ont fait certaines féministes, que ce n'est pas l'œuvre qui crée la violence, qu'elle ne fait que mettre en scène. Orelsan n'est pas responsable des femmes battues, et n'incite pas à les battre. Contrairement à Dieudonné, qui joue délibérément sur le registre du discours direct dans ses spectacles, et ne peut donc se réfugier derrière la liberté de création quand il profère une injure antisémite contre Patrick Cohen, ou contre les juifs en général, Orelsan ne tient pas de propos généraux sur les femmes. Comme le dit la cour d'appel de Versailles², dans un arrêt particulièrement didactique, « *le domaine de la création artistique, fruit de l'imaginaire du créateur* », bénéficie d'une « *liberté renforcée afin de ne pas investir le juge d'un pouvoir de censure qui s'exercerait au nom d'une morale nécessairement subjective* ». Pour la cour, la plainte vise le rap tout entier, genre « *par nature brutal, vulgaire, provocateur voire violent puisqu'il se veut le reflet d'une génération désabusée et révoltée* ». Ensuite, la cour recherche l'intention de l'auteur : est-ce d'injurier les femmes, provoquer à la violence contre elles ? Ou exprimer le malaise d'une génération ? La cour considère qu'Orelsan est dans l'autodérision, qu'il « *n'incarne pas ses personnages* »³, qu'il « *ne revendique pas à titre personnel la légitimité de leurs*

discours », et qu'une « *distanciation avec ceux-ci permet de comprendre qu'ils sont fictifs* ».

L'intention de l'auteur passe donc par une analyse des textes, et de tous les textes, des déclarations de l'auteur dans la vraie vie et enfin de la place du spectateur. Le raisonnement paraît remarquable. Qu'attendre, en l'état de cette jurisprudence, de la nouvelle loi, si ce n'est qu'elle consolide la liberté ainsi distinguée ?

III. QUE DIRE DE LA NOUVELLE LOI SUR LA LIBERTÉ DE CRÉATION ?

Voici une petite histoire personnelle des articles 1 et 2 de la loi du 7 juillet 2016, dont nos invités nous diront quel sera son impact sur la jurisprudence, désormais bien établie, selon laquelle l'œuvre a plus de liberté qu'un discours direct.

En 2012, suite à une recrudescence de demandes de censure par des associations, le plus souvent d'extrême droite, contre des films, des pièces, des livres, au nom de valeurs comme la morale, la religion, l'histoire, la politique. L'Observatoire de la liberté de création a écrit aux candidats à la présidentielle. François Hollande a répondu le 2 mai qu'il fallait protéger la liberté d'expression artistique, « *droit fondamental pour toute société démocratique* » : « *Trop d'artistes ou d'organiseurs de manifestations artistiques ont fait l'objet d'attaques et de remise en cause. Il convient de cesser avec les poursuites contre des commissaires d'exposition ou l'autocensure préventive d'élus. Il s'agira à cette fin de revoir profondément la législation en vigueur. Les élus sont souvent confrontés à la réaction du public devant des manifestations d'art contemporain, œuvres plastiques, vidéo, cinémas... Il revient au public de juger la valeur des œuvres.* »

Il tint parole et fut communiqué à l'Observatoire un projet de loi en 2013. Son article 1^{er} était rédigé comme suit (extraits) :

« *La Nation protège la liberté de création artistique qui contribue à la pérennité du caractère démocratique d'une société. Elle l'inscrit au socle des libertés fondamentales en ce qu'elle participe à*

2. CA Versailles, 8^e chambre, 18 février 2016.

3. L'expression maladroite, puisque justement il les joue, signifie à notre sens qu'il ne doit pas être confondu avec ses personnages.

l'émancipation des citoyens ainsi qu'au développement de la pensée, des idées, de la connaissance et du respect de la diversité des cultures. Elle garantit la liberté de programmation artistique (...). »

Le geste était courageux, mais peut-être un peu audacieux sur le plan du droit constitutionnel. D'autre part, la raison de cette protection, la libre circulation des idées, concernait plus la liberté d'expression que la liberté de création.

Or, ce qui singularise la liberté de création, c'est précisément qu'elle ne porte pas sur des idées ou des messages, mais des œuvres, qui mêlent intimement forme et fond, et dont l'idée est affaire d'interprétation de la forme. L'œuvre est par nature polysémique et s'adresse aux sens autant qu'à l'esprit. Elle est une adresse subjective à la subjectivité de son spectateur. La réduire à un discours c'est, toujours, l'instrumentaliser.

Après ce premier projet lyrique que, sagement, nous n'avions pas commenté, a été rendu public le second projet, comportant en guise d'article 1^{er} un haïku : « *La création artistique est libre.* » Ce dont nous n'avions jamais douté. Ce qui pose problème, ce sont les entraves à la liberté de diffusion des œuvres, et nous avons donc approché les différentes instances exécutives et parlementaires pour expliquer qu'il manquait au projet le principal. La liberté de diffusion des œuvres fut finalement rajoutée, après de nombreuses discussions, mais un amendement sénatorial ajouta que si la diffusion de la création artistique est libre, elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du Code de la propriété intellectuelle. Le respect du droit d'auteur allant de soi, c'est évidemment la question des principes qui encadrent la liberté d'expression qui nous semble un ajout fâcheux et inutile. David Assouline n'a rien voulu entendre et l'a imposé en commission des lois, persuadé qu'il fallait bien cela pour lutter contre Dieudonné.

C'est à mon sens une erreur de fond, car on peut parfaitement lutter contre le faux usage de la liberté de création par Dieudonné avec les outils existants. J'ai plaidé pour la LDH dans l'affaire concernant la venue de Faurisson sur scène au

Zénith qu'il était délibérément sorti du cadre protecteur de la fiction, et ces arguments sont ceux retenus par la cour d'appel pour le condamner⁴. La CEDH, le 10 novembre 2015, va d'ailleurs plus loin que la position française : « *Aux yeux de la Cour, il ne s'agissait pas d'un spectacle qui, même satirique ou provocateur, relèverait de la protection de l'article 10 de la Convention : dans les circonstances de l'espèce, il s'agissait de l'expression d'une idéologie qui va à l'encontre des valeurs de la Convention, à savoir la justice et la paix.* » Et la Cour ajoute : « *Si l'article 17 (interdiction de l'abus de droit) de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte. Elle ne mérite donc pas la protection de l'article 10 de la Convention.* »⁵

Les juges français comme européens sont donc parfaitement capables de ne pas se laisser berner par le recours abusif à la notion de fiction ou de liberté de création quand c'est de simple expression qu'il s'agit. Et les juges européens considèrent, à la manière des juges américains, que l'expression raciste (pour les juges américains il s'agit de l'expression obscène), n'est pas de l'expression.

Il était donc tout à fait inutile que le législateur, contre l'avis du gouvernement, ajoute cette limite à la liberté de diffusion des œuvres. Gageons que le mal ne sera pas grand, car les tribunaux appliqueront leur jurisprudence habituelle, qui est de réserver une liberté particulière, plus grande, aux œuvres de fictions. **A. T.**

4. CA Paris, 17 mars 2011, *Légipresse* n° 285, com. D. Lefranc.

5. CEDH, 10 novembre 2015, Dieudonné M' Bala M' Bala c/ France, *Légipresse* n° 336, com. C. Pettiti.