



HAL
open science

La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale. Commentaire de l'arrêt CEDH, Akdas c. Turquie, 16 février 2016

Arnaud Latil

► **To cite this version:**

Arnaud Latil. La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale. Commentaire de l'arrêt CEDH, Akdas c. Turquie, 16 février 2016. Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2010. hal-02191740

HAL Id: hal-02191740

<https://hal.science/hal-02191740v1>

Submitted on 23 Jul 2019

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

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

**LA COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME RENFORCE
LA LIBERTÉ DE CRÉATION ARTISTIQUE
FACE À LA PROTECTION DE LA MORALE**
**Cour européenne des droits de l'homme,
Akdas c. Turquie, 16 février 2010 (*)**

PAR

Arnaud LATIL

Doctorant à l'Université Lyon III

Résumé

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt novateur relatif à la liberté des expressions artistiques. La Cour s'est fondée sur la valeur littéraire d'un ouvrage et la notoriété d'un auteur afin de réduire la marge d'appréciation des restrictions à la liberté d'expression basées sur la morale. La méthode employée est originale. L'arrêt étudié s'inscrit toutefois dans un courant jurisprudentiel favorable à la liberté d'expression artistique.

1. L'arrêt qui fait l'objet du présent commentaire, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 16 février 2010 a pour origine la publication en juin 1999 en Turquie de la traduction turque du roman *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire. Compte tenu de la nature licencieuse du roman en cause, l'éditeur fut condamné sur le fondement des dispositions du Code pénal turc alors en vigueur relatives aux publications obscènes ou immorales «*de nature à exciter et à exploiter le désir sexuel de la population*». Le tribunal turc condamna l'éditeur, M. Rahmi Akdas, à une peine d'amende et à la saisie et la destruction de tous les exemplaires de l'ouvrage. Ni la qualité de la loi mettant en œuvre la restriction à la liberté d'expression ni le but de l'ingérence n'étaient sérieusement contestés devant la Cour. Comme bien souvent, le litige portait sur la proportionnalité de l'ingérence. La question posée à la Cour

(*) L'arrêt peut être consulté, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu («Documents proposés»).

concernait les modalités d'appréciation des ingérences à la liberté d'expression, et plus particulièrement, à la liberté de diffuser des œuvres d'art. Partant, dans quelles mesures le contexte de publication affecte-t-il les restrictions fondées sur la protection de la morale et des bonnes mœurs ?

2. Depuis l'arrêt *Müller* (1), la Cour construit pas à pas le régime original et ambitieux de la liberté de création artistique. Un double intérêt se dégage de l'étude du présent arrêt. D'une part, la Cour met en évidence un aspect « passif » de la liberté d'expression : le droit du public à l'accès aux ouvrages du patrimoine. D'autre part, l'intérêt de l'arrêt *Akdas* réside dans les modalités d'appréciation de la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants lorsque l'expression litigieuse relève du patrimoine littéraire européen. La Cour considère que l'interdiction de l'accès du public à un ouvrage appartenant au patrimoine littéraire européen confère à l'ingérence un caractère disproportionné. Pourtant, la marge d'appréciation est normalement large en matière de restrictions fondées sur la morale, car celle-ci n'est pas réductible à une définition commune aux Etats membres du Conseil de l'Europe. L'analyse de l'arrêt suppose par conséquent d'envisager l'effectivité du droit d'accès du public à l'ouvrage litigieux (I), et ensuite de préciser l'objet du droit en cause, le patrimoine littéraire européen (II).

I. – La consécration d'un droit d'accès du public aux ouvrages du patrimoine

A. – *La liberté d'expression artistique, un droit à deux facettes*

3. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle en premier lieu que les artistes demeurent soumis, comme n'importe quel locuteur, à un régime de responsabilité. La liberté de l'art est un domaine dans lequel le mythe de « l'exception artistique » suscite parfois des débats (2). À cet égard, « la Cour rappelle d'abord sa jurisprudence constante en matière de liberté d'expression et en

(1) Cour eur. dr. h., 24 mai 1988, *Müller et a. c. Suisse*.

(2) Voy. par exemple P. MBONGO, « Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », *Légipresse*, 2004, n° 213, II, p. 85; M. IACUB, « Les dangers de l'exception artistique », *Art Press*, septembre 2006; F. BRUGÈRE, « Qu'a fait la contestation de l'exception artistique? », *Noesis, Art et Politique*, n° 11, 2007, p. 75.

particulier de liberté de la diffusion des œuvres d'art» (3). La Cour réaffirme, selon une formule devenue usuelle, que «quiconque se prévaut de sa liberté d'expression assume en effet, des «devoirs et responsabilités», dont l'étendue dépend de la situation et du procédé utilisé». La présente décision s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence fondatrice *Müller* relative à la liberté artistique. Depuis l'arrêt *Müller* en 1988, cinq arrêts font directement référence à la liberté d'expression artistique (en plus de l'arrêt *Müller*, il faut citer les arrêts *Karatas* (4), *Ulusoy* (5), *Lindon Otchakovsky-Laurens et July* (6) et *Vereinigung Bildender Künstler* (7)) et deux arrêts se rapportent indirectement aux expressions artistiques par le biais de la liberté des expressions satiriques (arrêts *Leroy* (8) et *Da Silva* (9)).

4. Par principe, aucune immunité n'est accordée aux expressions artistiques. La Cour «réaffirme que l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10» (10). La qualité d'écrivain reconnu de Guillaume Apollinaire et la forme romanesque des *Onze mille verges* ne constituent pas des causes d'irresponsabilité ou d'immunité de l'éditeur. La conformité à la Convention du droit interne des Etats membres du Conseil de l'Europe ne suppose donc pas, *prima facie*, la mise en place d'un régime de faveur. Il est d'ailleurs cocasse de relever que le nouveau Code pénal turc, devant en quelque sorte la condamnation de la Cour, prévoit que les dispositions relatives à l'obscénité «ne s'appliquent pas aux ouvrages scientifiques et aux œuvres ayant une valeur artistique et littéraire à condition que les mineurs ne puissent y avoir accès».

5. L'une des originalités de l'arrêt provient de ce que la liberté de création y est envisagée sous un aspect «passif». La Cour affirme que la marge nationale d'appréciation «ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée» (11) à une œuvre. Les spécialistes du droit d'auteur enseignent depuis longtemps qu'«au moment de la publication il se forme en définitive, entre

(3) §25.

(4) Cour eur. dr. h., 8 juillet 1999, *Karatas c. Turquie*.

(5) Cour eur. dr. h., 3 mai 2007, *Ulusoy c. Turquie*.

(6) Cour eur. dr. h., 22 octobre 2007, *Lindon Otchakovsky-Laurens et July c. France*.

(7) Cour eur. dr. h., 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*.

(8) Cour eur. dr. h., 20 octobre 2009, *Leroy c. France*.

(9) Cour eur. dr. h., *Alves Da Silva c. Portugal*, 20 octobre 2009.

(10) §26.

(11) §29.

l'auteur et le public, un contrat en vertu duquel ce dernier acquiert un droit d'usage sur l'œuvre publiée» (12). Pour que le public puisse user de l'ouvrage, il faut qu'il y ait accès. Ce droit d'accès évoque inévitablement le droit du public à l'information, également fondé sur l'article 10 de la Convention. Le droit du public à l'information et le droit d'accès aux ouvrages du patrimoine partagent une communauté de fondement et d'objet. Les deux droits reposent sur la composante «passive» de la liberté d'expression, et visent à autoriser l'accès à des créations véhiculant une valeur informative ou culturelle. Mais, à la différence du droit d'accès aux ouvrages du patrimoine, le droit du public à l'information se trouve le plus souvent invoqué à l'encontre du droit des auteurs sur leurs œuvres (13). Or, le droit d'accès aux œuvres s'oppose ici aux restrictions à la liberté d'expression fondées sur la morale et les bonnes mœurs. En définitive, le droit d'accès du public n'est plus confronté à un intérêt individuel (le droit des auteurs), mais à un intérêt collectif (la protection de la morale).

B. – *Une marge nationale d'appréciation
restreinte en faveur des œuvres du patrimoine*

6. En principe, la marge nationale d'appréciation laissée aux Etats membres est normalement large en matière de restrictions fondées sur la morale car il n'existe pas de conception européenne uniforme de celle-ci. La Cour rappelle qu'«aujourd'hui comme à la date de l'arrêt *Müller*, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers Etats contractants une notion uniforme à cet égard» (14). Elle ajoute que «l'idée que les Etats se font des exigences de la morale varie dans le temps et l'espace, et demande souvent de prendre en considération, au sein d'un même Etat, l'existence de diverses communautés culturelles, religieuses, civiles ou philosophiques» (15). Partant, le présent arrêt s'inscrit dans la stricte orthodoxie de la jurisprudence de la Cour relative aux res-

(12) CHOSSON, *La propriété littéraire. Sa législation en France et à l'étranger*, Sevin, Paris, 1895, p. 180.

(13) Voy., parmi une importante littérature, P. KAMINA, «Droit d'auteur et article 10 de la CEDH», *Legicom*, n° 25 – 2001/2, p. 7; C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, coll. IRPI, Paris, 2004; C. GEIGER, «Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux)», *Dall.*, 2005, p. 2683.

(14) §27.

(15) *Ibid.*

trictions à la liberté d'expression fondée sur la morale (16). En l'absence d'harmonisation européenne de la notion de morale, la Cour accorde en principe une marge nationale importante, et donc se limite à un contrôle «timide» (17).

7. Mais l'innovation de l'arrêt *Akdas* réside en ce que la Cour affirme clairement que la marge d'appréciation s'amenuise lorsque l'ouvrage en cause appartient au patrimoine littéraire européen. La Cour retient que «la portée de cette marge d'appréciation [...] ne saurait aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen» (18). L'ingérence est jugée disproportionnée en ce qu'elle interdit l'accès du public à un ouvrage de grande importance. En effet, la marge d'appréciation est modulable selon l'importance de l'objet en cause (19). Selon la Cour, l'accès au patrimoine littéraire constitue une préoccupation forte des États membres. De même, l'accès au patrimoine littéraire représente une forme de «question d'intérêt général» (20). L'accès à l'œuvre d'Apolinaire, auteur incontournable, revêt une importance particulière pouvant justifier une réduction de la marge nationale d'appréciation.

8. Le cas d'espèce concerne les œuvres appartenant au patrimoine littéraire européen. Toutefois, il semble que la reconnaissance d'une marge d'appréciation restreinte en faveur des expressions du patrimoine littéraire ne saurait se limiter aux ouvrages d'origine européenne. En effet, en vertu du principe de non-discrimination, le traitement des auteurs, européens ou non, devrait être identique.

(16) Cour eur. dr. h., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, §49; 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, §50; 22 octobre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, §58; 4 décembre 2003, *Gündüz c. Turquie*, §37.

(17) M. CANDELA SORIANO et A. DEFOSSEZ, «La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2006, p. 817.

(18) §30.

(19) F. TULKENS et L. DONNAY, «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?», *R.S.C.*, 2006, p. 3; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, préf. F. TULKENS et F. OST, 2001, pp. 511 et s.; F. SUDRE e.a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5^e éd., P.U.F., coll. Thémis, 2003, p. 80.

(20) Cour eur. dr. h., 17 déc. 2004, *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, §55, *R.D.P.*, 2005, p. 793, note M. LEVINET; *Rev. trim. dr. h.*, 2005, p. 385, note P. de FONTBRESSIN. Voy. aussi un arrêt récent parmi une jurisprudence abondante : Cour eur. dr. h., 15 janvier 2009, *Orban c. France*, §49.

La discrimination des auteurs selon leur nationalité constituerait certainement une discrimination directe. En outre, par analogie avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (21), une discrimination selon l'origine de l'œuvre (par exemple, selon le lieu de publication), devrait également s'analyser en une discrimination indirecte (22). En effet, une discrimination indirecte résulte de la mise en œuvre d'un critère dont les membres d'un groupe «sont proportionnellement plus nombreux à être touchés par une mesure que les autres membres du groupe» (23). Or, par hypothèse, le refus d'accorder un traitement identique aux ouvrages publiés hors du territoire du Conseil de l'Europe toucherait proportionnellement dans une plus grande mesure les auteurs d'origine étrangère.

9. Le présent arrêt confirme la tendance de la Cour, relevée lors des arrêts *Ulusoy* et *Vereinigung Bildender Künstler*, à octroyer une marge d'appréciation restreinte en faveur des expressions artistiques (24). Cette tendance est cependant critiquée. Elle reposerait sur une définition délicate des activités «artistiques» (25). De plus, la liberté artistique «serait valorisée à profusion» (26) au détriment des autres droits garantis par le Convention. La Cour affine néanmoins sa jurisprudence en introduisant un élément d'appréciation fondée sur la *valeur* de l'ouvrage. Cet arrêt constitue, à notre connaissance, la première manifestation de la distinction opérée par la Cour selon la valeur de l'ouvrage en cause. *A contrario*, il faut donc supposer que la marge d'appréciation demeure importante lorsque les restrictions visant la protection de la morale ne concer-

(21) C.J.U.E., 30 juin 2005, *Tod's*, aff. C-28/04.

(22) Voy. pour la reconnaissance des discriminations indirectes : Cour eur. dr. h., 13 novembre 2007, *D.H. c. République tchèque*, *Rev. trim. dr. h.*, 2008, n° 75, p. 822, comm. E. DUBOUT.

(23) P. GARRONE, «La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale», *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, p. 425.

(24) A. ZOLLINGER, «La liberté artistique en grâce auprès de la CEDH», *Légi-presse*, 2007, n° 245, III, p. 205; D. LEFRANC, «L'affaire *Apocalypse*. Un revirement de la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique?», *Auteurs & Media*, 2007, n° 4, p. 327; voy. également l'opinion dissidente commune des juges SPIELMANN et JEBENS sous *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, précité : «Nous sommes également d'avis que la marge d'appréciation des Etats devrait être particulièrement réduite, voire pratiquement inexistante, quand l'ingérence vise la liberté artistique».

(25) Voy. notamment l'opinion dissidente du juge LOUCAIDES, sous *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, précité.

(26) J.-Fr. FLAUSS, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2006-février 2007)», *A.J.D.A.*, 2007, p. 902.

ment pas les ouvrages du patrimoine littéraire. Partant, la Cour a manqué l'occasion d'opérer un véritable revirement des jurisprudences *Müller/Otto-Preminger-Institut* que certains juges de la Cour (27), ainsi qu'une partie de la doctrine, appellent de leurs vœux (28), au motif qu'elle priverait l'exercice de la liberté d'expression de sa substance lorsqu'elle est confrontée à la morale. Quoiqu'il en soit, la voie choisie par la Cour conduit à définir la notion, novatrice à maints égards, de «patrimoine littéraire européen».

II. – L'appartenance au patrimoine littéraire européen, un critère novateur

A. – *La notion de patrimoine littéraire européen*

10. La Cour qualifie les *Onze mille verges* de composante du «patrimoine littéraire européen». La notion n'est pas inconnue. Le patrimoine littéraire européen a fait l'objet de communications scientifiques (29) et une anthologie a été publiée sur ce thème (30). Afin de définir le patrimoine littéraire européen, il faut envisager d'une part la notion de patrimoine littéraire, et, d'autre part, la signification de l'épithète européen.

11. D'abord, la notion de patrimoine littéraire suppose que l'ouvrage soit reconnu comme d'une grande importance par le public et les experts du monde littéraire (critiques littéraires,

(27) Voy. l'opinion dissidente du juge SPIELMANN dans l'affaire *Müller e.a. c. Suisse*, précité; Voy. également l'opinion dissidente commune des juges PALM, PEKKANEN et MAKARCZYK dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, précité, §3.

(28) P. WACHSMANN, «La religion contre la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme», *R.U.D.H.*, 1994, p. 441; G. HAARSHER, «Le blasphémateur et le raciste», *Rev. trim. dr. h.*, 1995, n° 23, p. 401; M. OETHEIMER, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, A. Pédone, Paris, 2001, pp. 106 et s.; A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, thèse, Poitiers, 2006, p. 263; D. LEFRANC, «L'affaire Apocalypse. Un revirement de la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression artistique?», *op. cit.*, p. 335.

(29) J.-C. POLET (textes réunis et présentés par), *Patrimoine littéraire européen*, Actes du colloque international, Namur, 26, 27 et 28 novembre 1998, De Boeck Université, Bruxelles, 2000.

(30) *Patrimoine littéraire européen. Anthologie en langue française*, publié par De Boeck Université.

romanciers, universitaires, éditeurs, etc.). Divers éléments constituent ce «metatexte». Ainsi, la notoriété de l'écrivain est prise en considération (31) en ce qu'elle constitue une autorité (32). Puis, la Cour relève que les *Onze mille verges* ont fait scandale lors de leur première publication en 1907 (33). De plus, la Cour note que l'ouvrage a été traduit en plusieurs langues et qu'il fait l'objet d'une publication dans la prestigieuse collection «La Pléiade» (34). L'entrée dans la célèbre collection agit donc comme un mode de légitimation du discours (35). De même, la postface d'Elisabeth Lenk, historienne et critique littéraire, représente un gage de valeur historique et littéraire. Tous ces éléments traduisent une forme d'honnêteté intellectuelle (36) de la part du requérant. Partant, l'intérêt de l'ouvrage d'Apollinaire ne réside pas dans la description complaisante de scènes érotiques, mais dans un projet littéraire tourné vers le grotesque rabelaisien, l'inversion des valeurs et le goût de l'équivoque (37).

12. Ensuite, l'appartenance au *patrimoine littéraire* signifie que l'ouvrage en cause a fait l'objet d'une publication ancienne et largement diffusée. La Cour énonce qu'«elle ne saurait sous estimer dans ce cas précis le passage de plus d'un siècle depuis la première parution de l'ouvrage en France, [et] sa publication dans de nom-

(31) «La Cour observe qu'il est question de l'œuvre d'un auteur mondialement connu» (§28).

(32) Voy. sur la notion d'«autorité» de l'énonciateur : D. MAINGUENEAU, *Les termes clés de l'analyse du discours*, Seuil, coll. Points, Paris, 2^e éd., 2009, p. 21.

(33) P. CAZERGUES et M. DECAUDIN relèvent cependant que l'ouvrage circulait clandestinement en 1907 (in APOLLINAIRE, *Œuvres en prose complètes*, vol. III, Gallimard, coll. La Pléiade, Paris, 1993). Ce n'est qu'en 1970 que paraît chez Régine Desforges la première véritable édition.

(34) «Le texte a depuis été publié en plusieurs langues, aussi bien sur papier que sur internet, et est entré dans la collection La Pléiade en 1993» (§28).

(35) Voy. les études portant sur la collection «la Pléiade» en tant qu'instance de légitimation et de consécration littéraire in J. GLEIZE et Ph. ROUSSIN (sous la dir. de), *La bibliothèque de la Pléiade. Travail éditorial et valeur littéraire*, CEP, ENS LSH, Editions des Archives contemporaines, Paris, 2009, pp. 7 et s. Toutefois, voy. la controverse lors de la publication, dans la collection La Pléiade en 1982, des *Œuvres* d'Arthur Gobineau, père de la pensée raciale.

(36) B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, L.G.D.J., bibl. dr. priv., t. 234, Paris, préf. J. Foyer, 1995, p. 162. Il avait déjà été montré qu'en matière de diffamation, sous couvert de bonne foi, la Cour de cassation recherchait «l'honnêteté intellectuelle» des journalistes et des historiens.

(37) P. CAZERGUES et M. DECAUDIN, in APOLLINAIRE, *Œuvres en prose complètes*, vol. III, Gallimard, coll. La Pléiade, 1993, p. 1318; Voy. aussi E. MARPEAU, préface à l'édition EJM/Librio, 2006.

breux pays en diverses langues» (38). L'appartenance au patrimoine européen conduit à considérer que la distance temporelle entraîne une appréciation plus souple de l'expression en cause. En un sens, le potentiel provocateur disparaît par un effet d'épuisement grâce au temps. Ce critère de l'appartenance au patrimoine artistique européen évoque la liberté de l'historien. En effet, le passage du temps amenuise la force de certains propos (39). Il faut relever que la Cour avait déjà mis en œuvre le critère de la distance temporelle en matière satirique, mais dans une perspective différente, puisqu'il était en cause un événement d'actualité. Par l'arrêt *Leroy c. France*, la Cour avait ainsi jugé que la publication dans la presse d'une caricature devait être analysée en relation avec la proximité temporelle de l'événement. Dès lors, il semble donc logique qu'une publication ancienne soit appréciée avec moins de sévérité.

13. En plus de la distance temporelle, la Cour considère que l'importante diffusion de l'ouvrage conduit à apprécier plus sévèrement la restriction à la liberté d'expression artistique. Dès lors, ce critère entraîne une conséquence diamétralement opposée à celle produite lors de l'arrêt *Wingrove* (40). Selon cet arrêt, la forte diffusion suppose un accroissement des risques de porter atteinte à la morale. Par le présent arrêt, la Cour accorde un effet protecteur en conséquence de la large diffusion de l'ouvrage. La Cour avait déjà auparavant considéré par l'arrêt *Karatas* (41) qu'une ingérence était disproportionnée dans la mesure où seule «une minorité de lecteurs» avait accès aux œuvres litigieuses.

(38) §29.

(39) Cour eur. dr. h., 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, §55, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 366, note G. COHEN-JONATHAN; 15 janvier 2009, *Orban c. France*, §52.

(40) Cour eur. dr. h., 22 octobre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, §63 : «Dans ces conditions, il n'était pas déraisonnable pour les autorités nationales d'estimer, vu le développement de l'industrie vidéo au Royaume-Uni, que le film pouvait atteindre un public qu'il aurait pu offenser».

(41) Cour eur. dr. h., 8 juillet 1999, *Karatas c. Turquie*, §49 : «il convient néanmoins de garder à l'esprit que parce qu'il s'agit de poèmes, ces textes constituent une forme d'expression artistique qui s'adresse à une minorité de lecteurs qui y sont sensibles». Voy. cependant, Cour eur. dr. h., *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, §47 : la Cour reconnaît que «le roman est une forme d'expression artistique qui, bien que susceptible d'atteindre un lectorat sur une période plus longue, s'adresse généralement à un public plus restreint que la presse écrite», par conséquent, «l'ampleur de l'atteinte aux droits et à la réputation de M. Le Pen et de son parti, étaient vraisemblablement modérés», mais ne conclut pas à la violation de l'article 10 de la Convention.

14. Enfin, la précision du caractère *européen* de l'ouvrage en cause peut recevoir deux significations radicalement différentes. Cette qualité peut signifier que la Cour entend accorder une protection spéciale aux auteurs européens, ou que la notoriété de l'ouvrage doit être recherchée chez le public européen. Comme nous l'avons vu, la première interprétation se heurte au principe de non-discrimination. Selon la seconde conception, le qualificatif européen signifierait que le degré de notoriété de l'ouvrage doit être évalué en référence au public européen (42). Puisque l'ouvrage est publié en Europe, il faut vérifier si les Européens considèrent que l'ouvrage appartient au patrimoine littéraire. Le juge français aurait vérifié si l'ouvrage était connu du public français, car ce qui est une vérité sur les bords du Bosphore ne l'est pas nécessairement sur les côtes de l'Atlantique... La référence au niveau de connaissance d'un ouvrage, ou plus généralement à l'état d'esprit du public n'est pas nouvelle. Dans l'affaire *Leroy c. France* relative à la publication dans la presse de caricatures portant sur le 11 septembre, la Cour estimait que «le monde entier était sous le choc de la nouvelle», donc que l'expression pouvait passer pour apologétique (43). L'absence de confusion dans l'esprit du public quant au mode d'expression constitue de même un critère objectif (44) d'appréciation en matière humoristique et artistique (45).

B. – *Appréciation du critère de l'appartenance au patrimoine littéraire européen*

15. Grâce au recours au critère de l'appartenance au patrimoine littéraire européen, la Cour évite les difficultés liées à l'étude détaillée de l'ouvrage litigieux. Elle échappe ainsi à la résolution de questions parfois insolubles fondées sur l'analyse du texte en cause. En particulier, l'examen du caractère fictionnel d'un discours romanesque représente une question épineuse. Les réponses qui y sont apportées suscitent la controverse et l'incertitude au sein même de la Cour (46). De même, la Cour n'est pas plus entrée dans le débat

(42) Voy. au sujet des difficultés de définition de la notion de public : B. NICAUD, «La Cour européenne des droits de l'homme face à la caricature de presse», *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 1109.

(43) Cour eur. dr. h., 20 octobre 2009, *Leroy c. France*, §45.

(44) V. RUZEK, «La parodie en droit des marques», *Prop. Indus.*, 2005, Etude 11.

(45) Voy. par exemple Cass. Fr., ass. plén., 12 juillet 2000, *Bull. A.P.*, n° 7, p. 8.

(46) Voy. l'opinion partiellement dissidente commune des juges ROZAKIS, BRATZA, TULKENS et SIKUTA en faveur d'une prise en compte des particularismes du roman →

relatif à la définition juridique de l'art. Elle évite ainsi un autre débat épineux (47). Le caractère fictionnel d'un ouvrage se prête mal à la démonstration d'une absence d'atteinte à la morale et aux bonnes mœurs. En effet, il est logiquement admissible que des propos fictionnels puissent heurter la morale. La fiction ne constitue pas un rempart contre les restrictions fondées sur la morale. L'examen des caractéristiques intrinsèques de l'ouvrage n'est cependant pas inopérant. Dans certaines situations, la «distorsion» (ou la «déformation») de la réalité entraîne une appréciation plus souple des expressions satirique et artistiques (48).

16. Quoi qu'il en soit, la Cour penche ici en faveur d'une analyse extrinsèque de l'ouvrage d'Apollinaire. Cette méthode consistant à rechercher le sens du récit du côté du public évoque la «mort de l'auteur» de Roland Barthes (49) et les théories littéraires de Michel Foucault (50). L'analyse extrinsèque a pour avantage de garantir une certaine sécurité juridique des requérants en se fondant sur des éléments objectifs. En effet, le recours à la notion d'appartenance au patrimoine littéraire européen garantit une relative objectivité des critères d'appréciation. Il faut noter que la Cour avait pour habitude de louvoyer entre des motivations fondées sur l'analyse de l'expression et des motivations basées sur le contexte politique et social de l'expression (51).

←

de fiction dans l'affaire *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*; voy. aussi l'analyse de poèmes dans l'arrêt *Karatas c. Turquie*, §§29 et s. Le requérant avait d'ailleurs invoqué, mais sans succès, devant le tribunal de première instance le caractère fictionnel de l'ouvrage. Mais cette argumentation ne fut pas reprise devant la Cour.

(47) Voy. les difficultés relatives à la définition de la notion «d'art»: A. AUER, «La liberté de l'art ou l'art de libérer la conscience: un essai», in *Liberté de l'art et indépendance de l'artiste*, Actes du Colloque international des 27 et 28 novembre 2003, Schulthess, Genève, 2003, p. 81.

(48) Cour eur. dr. h., 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler*, §34; 20 octobre 2009, *Leroy c. France*, §27; 20 octobre 2009, *Da Silva c. Portugal*, §28.

(49) R. BARTHES, «La mort de l'auteur» (1968), publié in *Le Bruissement de la langue*, Seuil, coll. Points, Paris, 1984.

(50) M. FOUCAULT, «Qu'est ce qu'un auteur?», texte de la conférence donnée en 1969 à la Société française de philosophie, publié in *Dits et Ecrits*, Gallimard, Paris, 1994.

(51) Voy. par exemple l'arrêt *Da Silva*, §28 dans lequel la Cour s'appuie d'abord sur le contexte de publication: «Compte tenu de la nature et de la teneur des propos en cause ainsi que du contexte – les festivités du carnaval – dans lequel l'action du requérant a eu lieu, l'on pouvait en effet difficilement prendre à la lettre les accusations du requérant à l'égard du plaignant». Puis, la Cour ajoute: «Quand bien

→

17. Néanmoins, l'analyse menée par les juges de Strasbourg court un double risque. En premier lieu, la méthode retenue risque d'avoir pour effet de ne compter parmi les auteurs du patrimoine littéraire que les «monstres sacrés» de la littérature au détriment des auteurs plus confidentiels. En particulier, le risque de ne voir protéger contre les restrictions fondées sur la morale que les *dead white males* est important. Contre cet effet pervers de la notion de patrimoine littéraire, il faut compter sur l'ouverture d'esprit de la Cour. Enfin, second effet néfaste du critère mis en œuvre, l'analyse extrinsèque risque de déléguer la détermination de la valeur de l'ouvrage aux seuls experts en littérature. Dès lors, le risque de corporatisme n'est pas négligeable. A travers ce critère, la Cour dessine une forme de légitimation du discours par les acteurs du milieu littéraire et artistique. Ce raisonnement évoque ainsi l'application d'une forme de *déontologie* littéraire et artistique.

18. En définitive, l'arrêt *Akdas* opère un revirement limité de la jurisprudence de la Cour car la réduction de la marge d'appréciation ne concerne que les ouvrages du patrimoine littéraire européen. Finalement, les écueils évoqués entourant la mise en œuvre de la notion de patrimoine littéraire européen, ainsi que les risques encourus au regard du principe de non-discrimination, plaident en faveur d'une appréciation plus large des œuvres protégées par la liberté de création artistique.

←

même cela aurait été le cas, le plaignant devait, en tant qu'homme politique, faire preuve d'une plus grande tolérance à l'égard de la critique, surtout dès lors que cette dernière avait lieu, en l'occurrence, sous forme de satire».