

La fiction littéraire, saisie par les juges.

Quelles limites le droit impose-t-il à un écrivain ? Répondre à cette question suppose d'emblée pour le droit d'accorder une attention particulière à la création.

Confronté à des fictions littéraires, œuvre de création, le juriste ou le juge est amené à reconnaître leur double nature, fictionnelle *et* artistique. De là découle la nécessité d'un traitement particulier et pertinent de la création par le droit. On relèvera d'entrée de jeu qu'en amont, certaines incriminations ne sont pas constituées, principalement du fait de la nature fictionnelle du texte. En aval, aussi, certaines incriminations, bien que constituées, ne sont pas sanctionnées, du fait de la nature artistique du texte.

S'il est facile, à l'heure où la Cour européenne des droits de l'homme a érigé *Les onze mille verges* d'Apollinaire au rang de patrimoine culturel européen, de critiquer des magistrats du XIX^e siècle, blâmant Flaubert pour *Madame Bovary* et interdisant *Les fleurs du mal* de Baudelaire, au nom des bonnes mœurs, il est sans doute plus difficile aujourd'hui de résister à ces nouvelles normes que sont la dignité de la personne, la protection de l'enfance, l'ordre public, la morale publique. Les valeurs changent, mais le spectre de la censure demeure.

Pourtant, si le droit doit légitimement réglementer la création, les juges n'ont néanmoins pas tous vocation à devenir d'aveugles censeurs. La clef, sans doute, d'une alliance harmonieuse réside dans l'attention particulière ou soigneuse que le droit doit accorder à la création.

La nature fictionnelle de l'écrit induit en effet un traitement juridique distinct. Plus précisément, le pacte fictionnel, passé et accepté entre l'écrivain et le lecteur, exclut un certain nombre d'incriminations, au premier rang desquelles la diffamation. Lorsque l'écrivain écrit « *il était une fois* », la contrainte du droit doit s'éloigner. Racontant des histoires, l'écrivain ne peut en effet se voir imputer des incriminations, en prise avec le réel.

A bien y réfléchir aussi, la fiction se distingue des autres écrits par deux raisons principales. En premier lieu, l'auteur n'est que le miroir de la société, justifiant de distinguer clairement ce dernier de ses personnages. En second lieu, ce qui s'apparente à une lapalissade, la fiction ne

s'ancre pas dans le réel. Dans les deux cas, l'application du droit s'en trouve modifiée. Et cette application du droit est principalement le fait, l'œuvre des juges.

Quels juges ? Les juges nationaux tout d'abord ; le juge européen ensuite.

Les premières impressions qui se dégagent à examiner la jurisprudence sont plutôt négatives. L'appréciation se fait en effet au cas par cas et pourrait être totalement inversée dans un autre cas d'espèce. L'appréciation des juges apparaît aussi comme tout à fait subjective et temporelle, que ce soit au niveau national ou au niveau européen. Peut-être, certainement parce que la frontière entre réalité et fiction est extrêmement ténue... Comme l'écrivait Musset, « tout le réel pour moi n'est qu'une fiction »¹.

Mais la ligne jurisprudentielle suivie est nettement plus libérale au niveau européen qu'au niveau national, concernant la liberté d'expression en général et la création littéraire en particulier. Néanmoins l'observateur ne pourra que relever une tendance actuelle encourageante à la convergence des juges à partir d'une référence au pacte fictionnel. En substance, les juges s'accordent de plus en plus sur le fait aujourd'hui que dans l'œuvre fictionnelle, le public consent à la feintise, ce qui préserve cette œuvre *a priori* de toute censure.

Afin de se faire une idée de l'appréciation de la fiction littéraire par les juges, la jurisprudence nationale sera d'abord tracée à grands traits (I), pour l'opposer ensuite à la jurisprudence européenne des droits de l'homme (II), et trouver enfin une convergence des juges dès lors que la référence au pacte fictionnel est possible (III).

I. LA FICTION APPREHENDÉE PAR LES JUGES FRANÇAIS

Pour tenter de clarifier le propos au milieu d'une jurisprudence française foisonnante, mais peu lisible, distinguons, pour mieux tenter de comprendre l'appréciation des juges, entre œuvres de fiction, autofiction et œuvres inspirées de faits divers.

Les œuvres de fiction

¹ Alfred de Musset, *A quoi rêvent les jeunes filles*, Revue des deux Mondes, 1832.

En dépit de quelques arrêts anciens favorables à l'auteur (Jules Verne ou Sacha Guitry²), la jurisprudence sanctionne depuis longtemps, sur le fondement, soit de la loi de 1881 sur la diffamation, soit de l'article 1382 du Code civil, les auteurs ayant porté atteinte à la personnalité de ceux dont ils se sont inspirés pour créer leurs personnages.

À partir des années 1970, la montée en puissance des droits de la personnalité en jurisprudence se manifeste aussi dans ce domaine, les solutions étant désormais le plus souvent assises sur le nouvel article 9 du Code civil. Sans aller jusqu'à la saisie de l'ouvrage ou l'interdiction de diffusion du film, les tribunaux font néanmoins le plus souvent droit aux prétentions des victimes littéraires, qui disent se retrouver dans un personnage de fiction. Une fois le risque de confusion admis entre la personne réelle et le personnage fictif, la responsabilité de l'auteur est retenue, soit parce qu'il a porté atteinte à l'intimité de la vie privée du "modèle", soit parce que ledit personnage n'est pas présenté sous un jour particulièrement flatteur³.

Le conflit entre droit d'auteur et droits de la personnalité se pose à cette époque là aussi en des termes quelque peu différents dans les hypothèses où l'action intentée contre l'auteur l'est sur le fondement du seul droit au nom, c'est-à-dire quand il lui est reproché d'avoir donné à un personnage de son œuvre, le nom d'une personne réelle. La simple homonymie suffit-elle à permettre l'identification ? Si certains arrêts anciens se contentent de l'homonymie pour admettre un risque de confusion entre la personne réelle et le personnage fictif, ou tout au moins

² T. civ. Seine, 1er août 1877, de Villiers de l'Isle-Adam c/ Tresse et a. : Ann. propr. ind. 1877, p. 217 : "l'auteur d'une fiction littéraire conserve le droit de mêler la réalité des faits et les créations de son esprit dans la mesure qu'il croit utile au succès de son œuvre") rendus notamment en faveur de Jules Verne (CA Paris, 8 mars 1897, Turpin c/ Jules Verne et Hetzel : DP 1897, 2, p. 112 : "il ne peut y avoir de diffamation de la part du romancier qui a donné à la physionomie d'un personnage purement imaginaire certains traits empruntés à des personnes de la vie réelle, pourvu qu'il ait agi sans esprit de dénigrement et sans intention de nuire") ou de Sacha Guitry (T. civ. Seine, 8 déc. 1938, Saint-Ange-Foissen-Bautier c/ Sacha Guitry : Gaz. Pal. 1939, 1, p. 382 : "le droit incontestable de l'écrivain de puiser dans la vie les matériaux nécessaires à son œuvre est limité seulement par le respect de la personnalité d'autrui, sans qu'il y ait lieu, toutefois, de tenir un compte exagéré des susceptibilités humaines".)

³ Dans le domaine cinématographique, le célèbre film d'Étienne Chatilliez "La vie est un long fleuve tranquille" a ainsi donné lieu à une série de décisions ayant finalement donné tort au réalisateur. Celui-ci se voyait reprocher par une artiste de spectacle de s'être inspiré de sa personne pour créer le personnage de Mme Groseille, "essentiellement caractérisé par l'oisiveté, la vulgarité et la vénalité". Déboutée en première instance au motif qu'aucun élément d'identification physique ou sociale évident et précis ne permettait de retenir une atteinte à sa vie privée ou à son droit à l'image (TGI Paris, 30 nov. 1988, Le Mentec c/ SA Téléma et a. : D. 1990, somm. p. 52), la demanderesse obtint gain de cause en appel, le caractère prêté au personnage du film constituant un "dénigrement de personnalité" (CA Paris, 3 mai 1989, Le Mentec c/ MK2 Productions). Sur pourvoi des producteurs et réalisateurs, la Cour de cassation approuva la cour d'appel d'avoir considéré "qu'une confusion avait été délibérément créée entre ce personnage du film" et l'appelante et "que les coauteurs de l'œuvre et le producteur avaient commis une faute".

pour accueillir l'action du demandeur, la tendance générale de la jurisprudence actuelle est malgré tout d'exiger du requérant qu'il apporte la preuve d'un tel risque de confusion.

Une fois admis le risque de confusion entre le demandeur et le personnage fictif, la jurisprudence, à de rares exceptions près, subordonne la condamnation de l'auteur à la preuve d'un préjudice particulier.

Or, dans ces cas d'homonymie, l'auteur a pu surgir derrière les personnages, lorsque le roman s'empare d'un fait de société avec une volonté politique ou sociale assumée. Mais ce surgissement de l'auteur derrière ses personnages fragilise la nature fictionnelle de l'œuvre.

On pense ainsi au roman de Mathieu Lindon *Le procès de Jean-Marie Le Pen*, mettant en scène le procès fictif d'un militant du Front national pour avoir commis un crime raciste. L'écrivain, par cet ouvrage, a souhaité réfléchir, comme le mentionne la quatrième de couverture, à la manière de combattre efficacement Jean-Marie Le Pen. Les propos de l'avocat, assimilant Jean-Marie Le Pen à un chef de bande de tueurs, ont été considérés comme diffamatoires par les tribunaux français, en raison de l'absence de distance entre le narrateur et cette affirmation. Si cette appréciation n'a pas été contestée par la Cour de cassation, ou même la Cour européenne des droits de l'homme, l'opinion partiellement dissidente commune des juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Sikuta souligne la difficulté d'une telle appréciation et sa pleine acceptation. Nous y reviendrons à l'évocation détaillée de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

L'autofiction

À la frontière entre roman et autobiographie, un nouveau genre littéraire s'est développé qui connaît un succès grandissant : l'autofiction. Il a été créé par le romancier et critique littéraire Serge Doubrosky. Ce néologisme désigne le récit d'événements de la vie de l'auteur sous une forme plus ou moins romancée.

Or, un des litiges ayant eu un fort retentissement médiatique ces temps derniers a été tranché en faveur de la victime littéraire⁴. Il opposait l'écrivain, Christine Angot, à l'ancienne épouse de son compagnon qui lui reprochait d'avoir, dans son ouvrage *Les Petits*, utilisé de façon systématique des éléments factuels très précis de sa vie privée. Le tribunal a estimé tout d'abord

⁴ TGI Paris, 27 mai 2013, Bidoit c/ Angot et Flammarion : Légipresse 2013, n° 310, p. 615, note A. Tricoire ; RLDI juin 2013, n° 3123, L.C.

qu'« une personne ne peut utilement se prévaloir de l'article 9 du Code civil, en manifestant une susceptibilité exacerbée, au risque d'entraver la création littéraire, voire d'en supprimer certains genres ». Nonobstant cet attendu favorable à l'auteur, ce dernier est finalement condamné au motif que, « abstraction faite de la qualification du genre littéraire auquel appartient le livre *Les Petits*, un pan entier de la vie de (la demanderesse), clairement identifiable, est évoqué dans ses moindres détails, des plus quotidiens aux plus intimes, concernant sa conjugalité – sexualité, maternité, disputes, modes de vie » et que « les graves atteintes au respect dû à la vie privée (de la demanderesse) (...) constituent le support de la peinture manichéenne faite d'un personnage manipulateur ». La condamnation de l'auteur est ainsi justifiée tant par la divulgation d'éléments intimes que par la description d'un personnage antipathique.

Les œuvres inspirées d'un fait divers

Il s'agit d'œuvres de fiction inspirées d'un fait divers ou d'une affaire criminelle. La jurisprudence ancienne considérait déjà dans ce genre d'hypothèses « que si un écrivain a le droit de se servir, dans un roman, des épisodes révélés par des débats criminels, son droit est limité par l'obligation de respecter la vie privée des tiers. »⁵

L'affaire dite du "Pullover rouge" illustre à merveille la tendance des tribunaux, à partir des années 1970, à privilégier presque systématiquement la protection des droits de la personnalité⁶. Un premier tournant se dessine en jurisprudence à partir des années 1990 concernant la reprise de faits relevant *a priori* de la vie privée, mais précédemment divulgués dans le cadre de l'information sur un fait divers.

⁵ CA Paris, 2 déc. 1897.

⁶ En 1974, la jeune Marie Dolores Rambla était enlevée et assassinée à Marseille. Charles Ranucci, un jeune homme de 22 ans, fut condamné à mort pour ce crime et exécuté. En 1978, Gilles Perrault publia un livre intitulé *Le Pullover rouge* décrivant l'enquête et le procès, ouvrage à partir duquel fut réalisé un film dont les parents de la victime entendaient interdire la sortie. La cour d'appel de Paris infirma l'ordonnance de référé ayant refusé la saisie au motif qu'il « appartenait au réalisateur du film (...) de solliciter et d'obtenir préalablement l'autorisation ou le consentement des parents de la petite victime » et que les quatre « scènes où sont présentés avec la puissance évocatrice de l'image cinématographique, le comportement des époux Rambla et l'expression de leurs sentiments de profonde douleur, s'agissant de personnes de condition modeste, n'ayant et ne souhaitant avoir aucune vie publique, ne relèvent dès lors que de l'intimité de leur vie privée » (CA Paris, 9 nov. 1979, Rambla c/ Drach : D. 1981, jurispr. p. 109). L'arrêt fut néanmoins cassé, les juges du second degré n'ayant pas précisé « en quoi les séquences portaient une atteinte à la vie privée des époux Rambla en révélant des faits ayant le caractère d'intimité prévu par l'article 9 du Code civil. (Cass. 1re civ., 3 déc. 1980, Drach c/ Rambla : D. 1981, jurispr. p. 221 ; JCP G 1982, II, 19742). Mais les juges du fond résistèrent et ordonnèrent, dans l'instance au principal, la suppression de trois des quatre scènes initialement censurées, estimant que le réalisateur aurait dû obtenir le consentement des parents de la victime dès lors que les scènes litigieuses étaient "sans réelle utilité pour la compréhension de l'affaire" (CA Paris, 6 oct. 1982, Rambla c/ Drach : D. 1983, jurispr. p. 185).

Mais le véritable changement dans le traitement jurisprudentiel du conflit entre l'auteur d'une œuvre de fiction inspirée de faits réels et les droits de la personnalité des protagonistes du fait divers se situe en 2000. L'affaire "Moloch" du nom d'un roman de Thierry Jonquet paru chez Gallimard en 1998 est illustrative de ce changement⁷. L'action des prétendues victimes littéraires fut néanmoins rejetée par le tribunal de grande instance de Paris en des termes généraux qui méritent d'être relevés : « Les affaires pénales, notamment criminelles ont toujours constitué une source privilégiée d'inspiration pour les auteurs de romans policiers, sans que les protagonistes de ces faits divers puissent s'en plaindre, sauf à démontrer que l'écrivain a manifesté, à leur égard, une volonté particulière de nuire, laquelle n'est nullement démontrée en l'espèce ».⁸

Ces deux nouveaux principes récemment consacrés selon lesquels, d'une part la relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée, d'autre part les auteurs sont libres de chercher leur inspiration dans les faits divers, trouvent à s'appliquer de plus en plus fréquemment. L'augmentation du nombre de procès en la matière est notamment due à la mode des "docu-fictions" ou "fictions du réel" qui fleurissent sur nos écrans de télévision.

Un fait divers tristement célèbre a donné lieu à plusieurs décisions en la matière. Il s'agit de l'affaire "Grégory". Vingt ans plus tard, un téléfilm, intitulé initialement "La Vallée", fut réalisé pour France Télévision avec le consentement des parents de la victime, mais sans celui des autres protagonistes du drame. Ces derniers agirent tout d'abord en référé pour en faire interdire la diffusion (TGI Paris, ord. réf., 10 févr. 2006, Bolle c/ France Télévision : Légipresse 2006, n° 232, III, p. 126) ou obtenir à tout le moins de pouvoir le visionner avant sa diffusion⁹. Le

⁷ L'affaire "Moloch" du nom d'un roman de Thierry Jonquet paru chez Gallimard en 1998 soulevait une nouvelle fois la question de savoir si un fait divers tombe dans le domaine public du fait de sa médiatisation. L'auteur s'était en effet inspiré de l'affaire Kazkaz, un énigmatique empoisonnement à l'insuline d'une fillette par sa mère qui aurait agi sous l'emprise d'un trouble psychiatrique dit "syndrome de Münchausen", sans que la mère ait pu être jugée puisqu'elle se suicida peu de temps avant le procès. Les parents de cette dernière reprochaient à Jonquet d'avoir repris exactement les mêmes éléments dans son livre (identité de l'intrigue, de la profession des parents, état de santé de l'enfant médicalement inexplicable, nationalité étrangère du beau-père) et d'y avoir ajouté des charges essentielles qui manquaient au dossier d'instruction (flagrant délit commis par la mère qui aurait été victime d'inceste). Ce faisant, il aurait, non seulement violé le secret de l'instruction, mais également porté atteinte à la présomption d'innocence et à la mémoire de leur fille en la présentant comme coupable, ce que la justice n'avait pu établir.

⁸ TGI Paris, 7 févr. 2000, Preud'homme c/ Jonquet et Gallimard.

⁹ TGI Nancy, ord. réf., 3 oct. 2006, Laroche c/ France 3 : Légipresse 2007, n° 238, III, p. 22, note Ch.-E. Renault. – V. G. Welzer, Les docu-fictions : entre respect de la vie privée et liberté d'expression : Dalloz AJ Pénal 2007, p. 12.

téléfilm ayant finalement été diffusé en plusieurs épisodes sous le titre « l'affaire Villemin » en octobre 2006 sur France 3 puis en février 2008 sur Arte, ils obtinrent la condamnation des chaînes de télévision pour diffamation.¹⁰

Or la diffamation est précisément une des deux limites justifiées à la liberté d'expression, et donc à la création littéraire, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg considère en effet à juste titre qu'elle ne peut laisser la société européenne sombrer dans le chaos diffamatoire et laisser tout dire des individus concernant leur réputation, leur considération ou leur honneur. Il en va ainsi de la survie de la liberté d'expression elle-même.

II. LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA FICTION

Une jurisprudence d'ensemble très favorable à l'expression et à la création

La Cour a souligné depuis longtemps maintenant l'importance de l'expression artistique dans le contexte du droit à la liberté d'expression, se référant à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950¹¹ et à son emblématique *dictum Handyside* de 1976. A propos d'un livre rédigé par un maître des écoles au Royaume-Uni et qui avait été censuré par les autorités nationales au motif qu'il portait atteinte à la morale publique, la Cour déclara que « sous réserve des dispositions du paragraphe 2 de l'article, la liberté d'expression vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ».¹² De façon générale, la Cour de Strasbourg a accordé un très haut degré de

¹⁰ CA Versailles, 9 avr. 2009, n° 08/03651, Marie-Ange Laroche c/ France 3, et n° 08/03865, Murielle Bolle c/ France 3, inédits. – T. corr. Strasbourg, 5 juill. 2011, Laroche c/ Arte : RLDI 2014, n° 74 p. 52

¹¹ « Art. 10 : Liberté d'expression. 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radio- diffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

¹² *Handyside c/ Royaume Uni* du 7 décembre 1976 (Série A n° 24, p. 23 § 49)

protection à l'expression, lorsqu'il s'est agi d'œuvres d'art telles que les romans, les poèmes, les peintures, etc. Par ailleurs, les œuvres d'art sont l'occasion pour la CourEDH de prendre part à l'échange d'informations et d'idées de toutes sortes, à caractère culturel, politique et social, et qui jouent pour elle un rôle tout à fait essentiel, pour ne pas dire crucial, dans une société démocratique. De surcroît, dans son appréciation des caractéristiques de certaines modalités d'expression propres à l'œuvre d'art qui seraient de nature à justifier une ingérence de l'Etat, la Cour a tenu compte de *l'impact plus ou moins limité de telle ou telle forme d'expression artistique* (plus spécialement les romans ou les poèmes¹³ par rapport aux films) qui, de façon générale, ne mobilisent qu'un public relativement restreint au regard de l'audience dont bénéficient, par exemple, les moyens de communication de masse.

Enfin, le livre en tant que support à l'expression, a toujours joui d'un traitement privilégié par la Cour de Strasbourg. Mais, alors qu'elle rend une décision encourageante en 2005 dans l'affaire *Alinak contre Turquie* concernant un roman qualifié d'œuvre fictionnelle, la CourEDH est beaucoup plus déconcertante en 2007 dans l'affaire *Lindon contre France*, d'autant qu'elle se prononce alors en sa formation la plus solennelle, la grande chambre.

L'affaire *Alinak contre Turquie*¹⁴ concernait un roman où il était question de villageois soumis à la torture et qui s'inspirait de faits réels. A cet égard, la Cour a formulé les observations suivantes : « La Cour note que l'ouvrage renferme des passages comportant des détails graphiques de mauvais traitements et atrocités imaginaires dont ont été victimes les villageois, ce qui engendre sans aucun doute chez le lecteur une forte hostilité face à l'injustice dont les villageois ont été l'objet dans le récit. Pris à la lettre, certains passages pourraient s'interpréter comme incitant le lecteur à la haine, à la révolte et à la violence. Pour dire s'ils l'ont fait en réalité, il ne faut pas perdre de vue que le moyen utilisé par le requérant était un *roman*, forme

¹³A propos de la création littéraire, la Cour a ainsi estimé, dans son arrêt *Karataş c. Turquie* [Gde Chambre], n° 23168/94, CEDH 1999-IV), que l'article 10 de la Convention trouvait à s'appliquer à la poésie : «L'ouvrage litigieux contient des poèmes qui, à travers un style souvent pathétique et de nombreuses métaphores, appellent au sacrifice pour le «Kurdistan» et contiennent des passages très agressifs à l'égard du pouvoir turc. Dans leur sens premier, ces textes peuvent paraître inciter les lecteurs à la haine, au soulèvement et à l'usage de la violence. Pour en juger, il convient néanmoins de garder à l'esprit que, parce qu'il s'agit de poèmes, ces textes constituent une forme d'expression artistique qui s'adresse à une minorité de lecteurs qui y sont sensibles.» En outre, dans le contexte de l'article 10, la Cour a ajouté : «Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art, contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'Etat, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression». Enfin, la Cour a dit ce qui suit : «Quant au ton des poèmes en l'espèce que la Cour n'a pas à approuver il y a lieu de rappeler que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression».

¹⁴ n° 40287/98, 29 mars 2005

d'expression artistique qui, comparé par exemple aux moyens de communication de masse, attire un public relativement restreint. » La Cour a aussi fait remarquer que : « (...) le livre en question était un roman catalogué comme fiction, quoique censément inspiré de faits réels ». En outre, elle a fait observer que : « (...) *si le ton de certains passages* du livre pouvaient paraître *très hostiles*, la Cour estime que par leur caractère artistique et leur impact limité, ils se trouvaient ramenés à l'expression d'un profond désarroi face à des événements tragiques et ne constituaient *pas un appel à la violence* ».

L'arrêt Lindon contre France, un arrêt inquiétant pour l'œuvre littéraire

Deux ans plus tard, dans un arrêt de Grande Chambre rendu dans l'affaire *Lindon, Otchakovsky, Laurens et July contre France*¹⁵, il était demandé à la Cour de dire si la condamnation de l'auteur et de l'éditeur d'un roman pour diffamation envers un parti d'extrême droite et son président (M. Le Pen), emportait violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (la liberté d'expression).

Le roman relatait le procès d'un militant du Front national, Ronald Blistier, qui, alors qu'il collait des affiches de son parti en compagnie d'autres militants, a tué de sang-froid un jeune Maghrébin, qui revendiquait le caractère raciste de ce crime, et qui était défendu par un avocat juif, de gauche et homosexuel, Pierre Mine.

Ce roman s'inspire de faits réels et notamment des meurtres en 1995, de Brahim Bouaram, jeune marocain jeté dans la Seine par des *skinheads* en marge d'un défilé du Front national, et d'Ibrahim Ali, jeune français d'origine comorienne tué à Marseille par des militants de ce même parti. Ceux-ci ont été condamnés en juin 1998 au terme d'un procès d'assises au cours duquel les leaders du Front national, dont M. Le Pen, avaient déclaré que l'affaire n'était qu'une provocation, un coup monté par les ennemis du parti pour lui nuire.

L'auteur développe l'intrigue autour de l'avocat, personnage principal, lequel se trouve tout au long du procès au cœur d'un débat politique ; dès les premières lignes, il pose la question de la responsabilité de M. Le Pen : " le président du Front national n'est-il pas responsable du meurtre commis par un de ses militants adolescent, enflammé par ses discours ? " (page 7).

¹⁵ n° 21279/02 et 36448/02, CEDH 2007-IV.

Faisant référence à sa jurisprudence en matière de création artistique, la CourEDH a commencé par dire que « (...) le romancier à l'instar de tout créateur et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10 : quiconque se prévaut de sa liberté d'expression assume, selon les termes de ce paragraphe, des « devoirs et responsabilités ». Par conséquent, la condamnation pour diffamation intervenue en l'espèce ne saurait prêter le flanc à la critique, du point de vue de l'article 10, eu égard au contenu virulent des écrits litigieux et au fait qu'ils visaient nommément le « Front National » et son président. La Cour a estimé qu'en l'espèce les tribunaux français avaient procédé à une appréciation raisonnable des faits en concluant qu'assimiler un individu, fût-il un homme politique, à un « chef de bande de tueurs », affirmer qu'un assassinat perpétré par un personnage, même de fiction, a été « recommandé » par lui, et le qualifier de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais aussi parfois de leur sang », « outrepassé (...) les limites admises en la matière ».

Si, en principe, il n'y a pas lieu de distinguer entre déclarations factuelles et jugement de valeur, s'agissant d'écrits figurant dans un roman, la Cour a aussi dit que cette distinction retrouvait néanmoins toute sa pertinence dès lors que, comme en l'espèce, l'œuvre litigieuse ne relève pas de la pure fiction, mais intègre des personnages ou des faits réels. On comprend bien qu'ici la Cour commande que les faits réels soient traités avec une certaine mesure... une certaine retenue...

Elle a rappelé à cet égard qu'afin d'évaluer la justification d'une déclaration contestée, il y a lieu de distinguer entre déclarations factuelles et jugements de valeur. Si la matérialité des faits peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude ; l'exigence voulant que soit établie la vérité de jugements de valeur est irréalisable, et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10. La qualification d'une déclaration, en fait, ou en jugement de valeur, relève cependant en premier lieu de la marge d'appréciation des autorités nationales, notamment des juridictions internes. Mais par ailleurs, même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, elle doit se fonder sur une base factuelle suffisante, faute de quoi elle serait excessive, dit la Cour.

En l'espèce, d'une part, il était d'autant plus acceptable d'exiger des requérants qu'ils démontrent que les allégations contenues dans les passages du roman jugés diffamatoires reposaient sur une « base factuelle suffisante » que, comme l'a souligné la cour d'appel en France, elles tenaient non seulement du jugement de valeur, mais aussi de l'imputation de faits. D'autre part, la cour

d'appel a adopté une démarche mesurée selon la Cour de Strasbourg, reprochant aux requérants non pas de ne pas démontrer la réalité des allégations en cause, mais de ne pas avoir procédé à des « vérifications minimales » à cet égard.

La CourEDH a ainsi estimé que la cour d'appel française a procédé à une appréciation raisonnable des faits en retenant qu'assimiler un individu, fût-il un homme politique, à un « chef de bande de tueurs », affirmer que l'assassinat perpétré par un personnage même de fiction a été « recommandé » par lui et le qualifier de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs mais aussi parfois de leur sang », « outrepassé (...) les limites admises en la matière ».

Cette opinion majoritaire a été néanmoins contredite par une opinion partiellement dissidente commune des juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Sikuta et à laquelle nous souscrivons pleinement, faute pour la Cour d'avoir suffisamment tenu compte de la nature *fictionnelle* de l'œuvre.

« En ce qui concerne les deux premiers requérants, nous attachons un grand poids à la nature de l'ouvrage en question et, comme nous le verrons, nous estimons que la Cour n'en a pas suffisamment tenu compte. Il est incontestable - et d'ailleurs non contesté - que le livre qui contient les deux passages en définitive retenus comme litigieux est, non pas un reportage, mais un *roman*, écrit par un auteur reconnu comme tel. Il ne s'agit en aucune manière de mettre la création artistique et littéraire à l'abri de tout reproche, de tout excès, mais nous pensons simplement que cet élément doit être pris en considération. A cet égard, nous ne sommes pas prêts à endosser la position des autorités judiciaires internes selon laquelle il ne faut pas faire de distinction en fonction de la *forme d'expression* utilisée ou, à tout le moins, que cet élément n'est pas essentiel. Ainsi, le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 11 octobre 1999 oblitère ou neutralise cette dimension : « bien qu'il s'agisse d'un roman, bien que les propos poursuivis ne soient tenus que par des personnages fictifs (...) », le texte doit être apprécié « quel que soit son genre littéraire ». L'arrêt de la cour d'appel du 13 septembre 2000 souligne également qu'elle n'entend pas s'attacher au fait qu'il s'agisse d'un roman et donc d'un dispositif fictionnel » (...). A ce titre, tout écrit, qu'il soit de nature politique, philosophique, romanesque voire poétique est soumis aux règles définies en la matière, tant au regard de l'ordre public qu'à celui de la protection des personnes ». En outre, en recherchant la pensée de l'auteur dans les propos tenus par des personnages de fiction dans une situation fictive, la cour d'appel enferme la littérature dans des règles rigides, incompatibles avec la liberté de création et d'expression artistique. Une position aussi radicale nous semble s'écarter singulièrement de notre

jurisprudence qui souligne la place de la création artistique dans le débat politique. En appliquant rigoureusement la jurisprudence de la Cour dans ce type de situation, différents éléments auraient dû être pesés. D'un côté, le fait qu'il s'agit d'un roman, c'est-à-dire d'une œuvre artistique, est susceptible de justifier un niveau plus élevé de protection. A cet égard, il nous semble difficile, comme le fait la majorité (§ 45 *in fine* de l'arrêt), de mettre sur le même pied les situations qui concernent la liberté d'expression dans des œuvres littéraires avec les situations où celle-ci est invoquée dans le domaine des investigations policières¹⁶, des dangers de l'usage du four à micro-ondes¹⁷, ou encore des publicités¹⁸.

Lorsque le discours est insultant, injurieux, calomnieux et diffamatoire, la Cour rappelle qu'il faut procéder à une distinction selon que les propos litigieux procèdent de *constatations de fait* ou de *jugements de valeur*. Ces derniers doivent cependant s'autoriser d'une base factuelle suffisante. De manière générale, la Cour estime que la nécessité de ce lien entre le jugement de valeur et la base factuelle peut varier d'un cas à l'autre et en fonction des circonstances spécifiques. Elle précise aussi que la nécessité de fournir des faits supportant un jugement de valeur est moins rigoureuse lorsque ceux-ci sont déjà connus du public en général. Dans ce contexte, nous estimons devoir formuler deux observations. Tout d'abord, il est admis, en règle générale, et la majorité le reconnaît, que « cette distinction n'a pas lieu d'être s'agissant d'écrits figurant dans un roman ». Toutefois, la Cour estime qu'elle retrouve toute sa pertinence dès lors que, comme en l'espèce, « l'œuvre litigieuse ne relève pas de la pure fiction, mais intègre des personnes ou des faits réels ». Cette dernière affirmation nous paraît tout simplement inexacte. Un roman-réalité reste en grande partie un roman, tout comme un documentaire-fiction reste, pour l'essentiel, une fiction. Pour être correct, il aurait suffi à la Cour de dire que la règle retrouve une partie de sa pertinence quand roman et réalité se rejoignent. »

La longueur de cette opinion dissidente s'explique par la nécessité aux yeux de ces quatre juges de rappeler les fondamentaux de la jurisprudence européenne des droits de l'homme en la matière, soit encore l'approche favorable et libérale concernant la fiction littéraire. Il est donc à espérer que l'arrêt Lindon reste une décision isolée.

En tout cas, cet arrêt montre la difficulté d'appréciation qu'éprouvent parfois les juges lorsqu'ils s'enferment dans un raisonnement tout aussi volatile que versatile. Néanmoins, un élément

¹⁶ *Pedersen et Baadgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, CEDH 2004-XI.

¹⁷ *Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI

¹⁸ *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH 2005-II.

d'appréciation semble aujourd'hui encourageant puisqu'utilisé tour à tour par les juges français et par la Cour de Strasbourg. La référence au pacte fictionnel peut être un élément clé et d'avenir pour les juges dans l'exercice minutieux d'appréciation qu'ils ont à effectuer quant au problème du fin tracé entre œuvre de fiction et réalité.

III. LA CONVERGENCE SOUHAITABLE DES JUGES A PARTIR DU PACTE FICTIONNEL

Cette recherche de la réception par le lecteur de l'intention de l'écrivain explique, nous semble-t-il, la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme de *prendre en compte le genre littéraire* pour se prononcer sur une atteinte. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer dans l'arrêt *Alinak contre Turquie* de 2005, nous venons à ajouter ici une déclaration éclairante de la Cour de Strasbourg : « il convient néanmoins de garder présent à l'esprit que le média utilisé par le requérant est le roman, forme d'expression artistique qui s'adresse à un public relativement étroit comparé, par exemple, aux *mass media* ». Elle en avait déjà fait de même en faveur d'un poème¹⁹. Derrière le genre littéraire, la Cour apprécie la taille du public visé, nécessairement distincte selon qu'il s'agit d'une poésie, d'un roman ou d'un gratuit distribué dans le métro. *Implicitement* donc, la cour envisage la réception par les lecteurs de l'intention de l'écrivain, postulant que *la feintise est plus facilement partagée au sein d'un public restreint*.

Or la tendance actuelle française n'est plus tant, elle aussi, dans la recherche de la *nature* fictionnelle de l'œuvre que dans l'existence d'un *pacte* fictionnel *proposé* par l'auteur et *accepté* par ses lecteurs. La cour d'appel de Paris en 2008, à propos de l'ouvrage de Patrice Besson *L'enfant d'octobre*, cherche ainsi, au-delà du dispositif de distanciation mis en place par cet auteur, l'acceptation du lecteur²⁰. Alors même que le passage incriminé débute par « imaginons, imaginons ce que s'imaginaient ceux pour qui la mère est coupable », la cour note « que l'auteur tend à susciter sinon à perpétuer le doute qui peut s'insinuer dans l'esprit du lecteur », justifiant dès lors la nature diffamatoire du passage. Si la solution ici peut se discuter, la méthode semble convaincante.

¹⁹ CEDH 8 juill. 1999 [gde ch.], *Karatas c/ Turquie*, n° 23168/94.

²⁰ Paris 18 déc. 2008, *Légipresse*, mai 2009, III, 83.

On comprend ainsi que la cour d'appel de Paris²¹ ait pu exiger l'insertion au générique d'un avertissement, présentant le film comme une œuvre de fiction. Par cet avertissement, la cour renforce la nature fictionnelle de l'œuvre et ainsi la possibilité d'un pacte fictionnel, exclusif de toute atteinte²². Une proposition conforme à l'objectif initial d'accorder une attention particulière à la création supposerait dès lors de présumer que le lecteur a accepté la nature fictionnelle de l'œuvre déclarée telle par l'auteur. Autrement dit, la nature fictionnelle de l'œuvre ferait présumer l'existence d'un pacte fictionnel. Cette proposition se rapproche de la position de la Cour constitutionnelle allemande²³, reconnaissant dans une décision importante rendue la même année que l'arrêt *Lindon*, mais pour dire son contraire, qu'une œuvre présentée comme une fiction doit, à première vue, être traitée comme telle. Il appartiendra alors au plaignant de renverser cette présomption en prouvant que la nature fictionnelle de l'œuvre n'a pas été perçue par le lecteur.

Cette exigence d'un pacte fictionnel nous apparaît des plus bienvenues. La nature fictionnelle de l'œuvre devrait désormais faire présumer l'existence d'un pacte fictionnel entre auteur et lecteur pour permettre ainsi, au mieux à la création d'exister, sans être inutilement inquiétée. Il en va ainsi de l'impérieuse nécessité de préserver la liberté artistique, dans son ensemble...

Céline Lageot
Maître de conférences en droit public
CECOJI
Université de Poitiers

²¹ Paris 6 juin 1984, n° 1984.023554.

²² Cf. sur ce point Th. Hochmann, **Fiction** et liberté d'expression, in www.vox-poetica.org Cf aussi, l'ouvrage *Censure, Les violences du sens*, organisé par le groupe interdisciplinaire de doctorants de l'Université d'Aix-Marseille à Aix-en-Provence en novembre 2008, dont les actes ont été publiés aux Publications de l'Université de Provence.

²³ C. const. allemande 13 juin 2007, « *Esra* », IIC, 2008.610, § 84