## **Cours & tribunaux**

19480

en rappelant qu'était prohibée « toute forme de communication commerciale... ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac », que le format de l'émission permettait, lors du montage, de choisir des plans excluant la présentation des trois personnes en train de fumer et que la séquence « a été de nature à constituer la diffusion d'images participant à la promotion du tabac et de propagande illicite, et ce même en l'absence de tous propos ou expressions complémentaires valorisant cet instant ».

En un mot pour la cour d'appel, le seul fait de montrer des images de personnes en train de fumer était susceptible de constituer une communication commerciale pour le tabac. Pour parvenir à cette décision, la cour d'appel était contrainte de glisser de la notion de « communication commerciale » à celle de « diffusion d'images », ce qui correspond pourtant à des notions fondamentalement distinctes.

La chambre criminelle de la Cour de cassation casse cet arrêt. Elle rappelle qu'aux termes de l'article L.3511-3 (devenu L.3512-4) du Code de la santé publique, « ne peut être considérée comme une publicité en faveur du tabac la diffusion d'une émission ne comportant aucune image ou aucun propos ayant pour but ou pour effet de promouvoir directement ou indirectement le tabac ou un produit du tabac ».

Elle rappelle la motivation retenue par la cour d'appel qui évoquait notamment la possibilité, compte tenu du format de cette émission enregistrée « qui n'est ni un journal télévisé, ni un documentaire ou une émission d'information », d'adopter un montage excluant la présentation des trois personnages en train de fumer. Mais pour la Cour de cassation, « en se prononçant ainsi alors que le seul fait de montrer des personnes dans une émission en train de fumer ne constitue pas une publicité prohibée en faveur du tabac, la Cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé. »

Toute décision rappelant que la publicité est une activité répondant à certains critères spécifiques, que toute image montrée sur un support de presse écrite ou télévisuelle n'entre pas nécessairement dans cette définition nous paraît être une décision importante puisque s'il s'agit apparemment d'une évidence, force est de constater que souvent les tribunaux oublient ce principe et font passer leur souhait de sanctionner des comportements qu'ils estiment dangereux au regard de la santé publique au-delà des règles de droit fixées par le législateur et de la logique la plus élémentaire.

### Le juge, l'œuvre, le débat critique et les intégristes : la liberté marque un point

MOTS-CLÉS: liberté d'expression, protection des mineurs, association, exposition, liberté de création, liberté d'opinion

Cour d'appel de Metz (1<sup>re</sup> ch. civ.) 19 janvier 2017 Agrif c/ Frac de Lorraine

347-12

La cour ne peut, comme le souhaite l'association demanderesse, analyser les écrits litigieux, présentés dans le cadre d'une exposition, en vue d'établir la responsabilité civile du Fonds régional d'art contemporain. Le jugement de valeur que porterait en ce cas la cour sur l'œuvre litigieuse pour en sanctionner la diffusion réalisée et estimée préjudiciable par la demanderesse caractériserait une atteinte à la liberté d'expression et d'opinion des personnes concernées et constituerait corrélativement un manquement à la mission de protection des libertés individuelles dont les juges sont investis. Il ne peut être reproché au Fonds d'art contemporain d'avoir violé une quelconque loi en exposant l'œuvre, sous réserve de ce qui a été jugé à propos de l'infraction de l'article 227-24 du Code pénal que l'association demanderesse n'est pas habilitée à invoquer.

[...]

### MOTIFS DE LA DÉCISION

#### Sur la fin de non-recevoir

L'article 31 du Code de procédure civile dispose que l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

L'Agrif soutient que les faits qu'elle reproche au Frac sont constitutifs de l'infraction prévue à l'article 227-24 du Code pénal. Par ailleurs le jugement dont l'Agrif sollicite la confirmation a retenu la responsabilité civile du Frac en relevant que les faits qui étaient soumis au tribunal entraient dans les prévisions de l'article 227-24 du Code pénal de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'examiner une faute civile distincte.

En caractérisant de faute au sens de l'article 1382 du Code civil, la prétendue commission par le Frac de l'infraction prévue à l'article 227-24 du Code pénal, l'Agrif ne fait en réalité qu'exercer l'action civile relative à ce délit selon les modalités prévues par l'article 4 alinéa 1 du Code de procédure pénale.



En effet, la faute civile invoquée est indissociable de la faute pénale dont elle découle.

L'exercice de l'action civile relative aux infractions par les associations est un droit exceptionnel qui est strictement renfermé dans les limites fixées par le Code de procédure pénale.

Au regard des dispositions de l'article 2 du Code de procédure pénale, l'Agrif ne soutient pas qu'elle a été directement lésée par l'infraction imputée au Frac, ce qui ne peut d'ailleurs se concevoir s'agissant d'un délit qui a pour finalité exclusive la protection des mineurs.

L'Agrif justifie son action civile par l'atteinte aux intérêts collectifs qu'elle est en charge de défendre à raison de son objet social, atteinte dont le Frac se serait rendu responsable en commettant l'infraction prévue à l'article 227-24 du Code pénal. Cependant cette voie lui est fermée par les dispositions de l'article 2-3 du Code de procédure pénale qui n'habilitent une association à exercer les droits de la partie civile suite à la commission des infractions de mise en péril des mineurs visées par ce texte, que lorsque l'action publique a été préalablement mise en mouvement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Dès lors, le Frac est bien fondé à invoquer le défaut de qualité de l'Agrif à exercer les droits reconnus à une partie civile contre l'auteur supposé d'une infraction prévue par l'article 227-24 du Code pénal. L'Agrif ne peut utilement invoquer pour prétendre à la recevabilité de ses demandes à ce titre, que son action ne se fonde que sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil et non sur celles de l'article 227-24 du Code pénal, quand, d'une part, le texte du Code civil ne définit pas la faute génératrice de responsabilité et que, d'autre part, la faute civile invoquée en l'espèce ne repose que sur l'existence d'une faute pénale indissociable et en épouse exactement les contours.

Il convient en définitive de déclarer que l'action civile de l'Agrif relative à l'infraction de l'article 227-24 du Code pénal, n'est pas recevable.

### Sur l'action en responsabilité fondée sur des faits distincts des faits pénalement répréhensibles

Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que:

« 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 États de soumettre

les entreprises de radiodiffusion, 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. »

L'Agrif fait valoir qu'indépendamment de toute incrimination pénale, l'organisation de l'exposition au cours de laquelle a été présentée l'œuvre litigieuse porte atteinte à la dignité de la femme et au respect de l'enfant qu'elle a vocation, par son objet social, à défendre. Elle soutient que quand bien même il n'y aurait aucun texte pénal applicable aux faits reprochés, les œuvres présentées au cours de l'exposition n'en sont pas moins constitutives d'une faute civile compte tenu de leur contenu et de l'absence d'interdiction aux mineurs, une faute même légère pouvant engager la responsabilité de son auteur en application de l'article 1382 du Code civil. Elle relève que les textes de M. Pougeau sont gravement attentatoires à la dignité humaine en ce qu'ils mentionnent le fait d'« enfermer » des enfants, en faire des « esclaves », leur faire « bouffer leur merde », les « sodomiser » et les « crucifier », leur « arracher les yeux », leur « couper la tête », les « tuer par surprise », les « empoisonner », les faire « crever d'étouffement », les « découper » et les « bouffer », en faire les « putes » de leurs parents, les « violer », leur « arracher les dents », leur « défoncer le crâne à coups de marteau », leur « coudre le sexe », leur « pisser sur la gueule », les « enterrer vivants », « baiser leurs enfants et les exterminer », les « séquestrer », leur « arracher la langue », leur «chier dans la bouche», les «dépouiller», «brûler leurs maisons», « tuer toute leur famille », les « égorger », « filmer leur mort ».

L'Agrif invoque en outre l'article 16 du Code civil qui dispose que la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie.

L'argumentation ainsi présentée par l'Agrif ne fait référence utile à aucun texte de loi qu'aurait pu enfreindre le FRAC en exposant les écrits litigieux de M. Pougeau. L'article 16 du Code civil n'a, en effet, pas valeur normative. Il ne fait que renvoyer au législateur l'application des principes qu'il énonce.

Les faits imputés au FRAC relèvent de la liberté d'expression protégée par les textes fondateurs des libertés individuelles. En application de ces textes dont la teneur a été précédemment rappelée, la liberté d'expression ne peut être bornée que par des lois protectrices de libertés ou valeurs concurrentes et selon un principe d'interprétation stricte des restrictions ainsi apportées. La liberté d'opinion fait partie de la liberté d'expression comme le précise l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En jugeant que les lettres manuscrites de M. Pougeau sont « particulièrement abjectes »

## ours & tribunaux

et qu'elles sont attentatoires à la dignité de la femme et au respect de l'enfant, l'Agrif émet une opinion sur ces écrits. Le Frac professe une opinion contraire en insistant sur le sens artistique des textes calligraphiés de M. Pougeau. Toutes les opinions peuvent être ainsi exprimées sous le régime de la liberté, sans qu'aucune des opinions divergentes puisse prévaloir d'un point de vue juridique.

Le juge est tenu par la Constitution d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies notamment par la Déclaration des droits de l'homme. La liberté d'expression dont a usé le Frac ne comportant aucune restriction légale, la cour ne peut analyser les écrits de M. Pougeau en vue d'établir la responsabilité civile du FRAC comme le demande l'Agrif. Le jugement de valeur que porterait en ce cas la cour sur l'œuvre litigieuse pour en sanctionner la diffusion réalisée par le Frac et estimée préjudiciable par l'Agrif, caractériserait une atteinte à la liberté d'expression et d'opinion des personnes concernées et constitue corrélativement un manquement à la mission de protection des libertés individuelles dont les juges sont investis.

Il ne peut être reproché au FRAC d'avoir violé une quelconque loi en exposant l'œuvre de M. Pougeau, sous réserve de ce qui a été jugé à propos de l'infraction de l'article 227-24 du Code pénal que l'Agrif n'est pas habilitée à invoquer au soutien de ses intérêts ou de ceux qu'elle s'est donnés pour mission de défendre.

Il convient donc de conclure que les écrits litigieux et leur exposition par le Frac bénéficient de la protection due aux libertés individuelles et qu'ils ne peuvent engager la responsabilité civile du Frac envers l'Agrif.

Compte tenu des développements qui précèdent, le jugement déféré sera infirmé et les demandes de l'Agrif seront rejetées.

### PAR CES MOTIFS:

LA COUR, statuant publiquement par arrêt contradictoire prononcé par mise à disposition au greffe,

INFIRME le jugement déféré,

DÉCLARE irrecevable l'action civile de l'Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne relative aux faits délictueux prévus à l'article 227-24 du Code pénal,

REJETTE toute autre demande de l'Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne, CONDAMNE l'Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne à payer à l'association Fonds régional d'art contemporain de Lorraine la somme de 5 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, CONDAMNE l'Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne au paiement des entiers dépens.

Prés.: M. Hittinger – Cons.: M<sup>mes</sup> Staechele, Bou – Av.: M<sup>e</sup> C. Lemarchand.

### Commentaire



Agnès Tricoire Avocat au Barreau de Paris Spécialiste en propriété intellectuelle et docteur en droit

L'exposition des œuvres d'Éric Pougeau (une vingtaine de lettres calligraphiées) au Frac Lorraine, dans le cadre de l'exposition l'Infamille constitue-t-elle une infraction à l'article 227-24 du Code pénal? On sait que celui-ci réprime « 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 [...], soit de faire commèrce d'un tel message », de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende « lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».

La juridiction civile peut-elle en juger, sans que la juridiction pénale soit saisie? Une association peut-elle déclencher l'action civile sur le fondement de l'infraction pénale? L'article 227-24 du Code pénal respecte-t-il la Constitution? Toutes ces questions sont tranchées à l'occasion du litige examiné, et l'on va, contrairement aux usages, commencer par les questions de fond, pour s'intéresser ensuite aux questions procédurales. Et l'on fera tout à l'envers.

### I - LES CRITÈRES DE L'ARTICLE 227-24 DU CODE PÉNAL SONT... CLAIRS ET PRÉCIS

Comme tout est à l'envers, commençons par la conclusion du syllogisme, la décision de la Cour de cassation sur la constitutionnalité. Puis nous examinerons chacune des propositions en commençant, là encore, par la fin, la perceptibilité aux mineurs. Et nous conclurons avec la première proposition, l'élément dit matériel du délit qui, en fait de matériel, est furieusement subjectif à tel point que les juges inventent toutes les stratégies de contournement pour n'avoir pas à le qualifier. Enfin, pas toujours. C'est compliqué.

### 1. Conclusion du syllogisme

Saisie dans cette affaire d'une demande du Frac Lorraine, la cour d'appel a transmis à la chambre criminelle diverses questions prioritaires de constitutionnalité tendant notamment à voir déclarer que l'article 227-24 du Code pénal porte atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, dans des conditions qui affectent notamment la liberté d'expression et de communication, qu'il n'est pas rédigé en termes suffisamment clairs et précis et porte atteinte à la liberté d'expression et de communication résultant de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La chambre criminelle répond de façon lapidaire que la question ne présente pas un caractère sérieux « dès lors que les termes de la disposition critiquée, pour laquelle le législateur ne peut a priori énumérer tous les comportements incriminés, sont suffisamment clairs et précis pour exclure tout risque d'arbitraire » et que, « par ailleurs, l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication ainsi qu'à la liberté d'entreprendre apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de protection des mineurs, sans qu'elle constitue une rupture d'égalité entre les usagers »¹.

Pas de risque d'arbitraire, donc. Voyons si les termes de l'article 227-24 sont si clairs que cela.

## 2. Mineure : la perceptibilité par les mineurs, second critère matériel de l'infraction, est claire et précise

Sur ce critère, il existe déjà une position de la Cour de cassation qui avait, on s'en souvient, considéré que l'exposition Présumés Innocents ne constituait pas une infraction au sens de l'article 227-24 comme l'avait justement retenu la chambre de l'instruction de Bordeaux<sup>2</sup>. La chambre criminelle l'approuve d'avoir annulé le renvoi des organisateurs de l'exposition devant le tribunal correctionnel au motif que l'infraction n'était pas établie. Il n'était pas démontré que les œuvres querellées par l'association La Mouette étaient susceptibles d'être vues ou perçues par un mineur. En effet, soit une signalétique particulière avait été mise en place pour certaines œuvres, soit des surveillants avaient été postés à proximité de certaines d'entre elles pour rappeler aux adultes qui se présentaient qu'elles pouvaient être choquantes pour des enfants, voire pour leur en interdire l'accès. En ce qui concernait le catalogue et l'album, la cour notait qu'aucun écho négatif n'était remonté auprès des diffuseurs et que ces ouvrages, vendus sous blister dans les rayons art, n'intéressant qu'une clientèle avertie, ce qui excluait les mineurs.

Dans l'affaire Pougeau ici commentée, la perceptibilité aux mineurs a été discutée en première instance. Le tribunal<sup>3</sup> relève que l'entrée est libre, et que le Frac ne justifie pas avoir mis en place un dispositif empêchant les mineurs d'accéder aux œuvres de Pougeau, le panonceau indiquant « attention certaines images peuvent heurter certaines sensibilités » étant jugé insuffisant car ne visant pas les mineurs. Et le tribunal de déplorer que l'article 227-24 ne permette pas les parcours accompagnés et le travail pédagogique. Les œuvres ne doivent pas être vues et aucune pédagogie n'est admise selon la lettre de l'article 227-24, et il n'y a aucun arbitraire (puisque la Cour de cassation l'affirme) à laisser les mineurs accéder aux représentations les plus violentes de la peinture classique comme La Mort de Sardanapale de Delacroix<sup>4</sup>, ou à tous ces Christs caillassés sur le chemin de croix, torturés, femmes en pleurs au pied devant tant de souffrance... Tout cela n'est rien face aux textes de Pougeau qui doivent rester invisibles aux mineurs. Or Pougeau est vivant, et parle dans son œuvre de son temps avec les moyens de son temps. Si les mineurs ne peuvent voir ses œuvres, mais peuvent librement contempler les Christs sanguinolents, n'y a-t-il pas distorsion? La violence, ce serait du passé? Une œuvre qui évoque les sévices que subissent les mineurs dans leurs familles fait-elle du tort aux enfants, ou plutôt à la façon dont certains idéalisent la famille? Où est le tort réel que subissent les enfants? Quand ils sont maltraités dans leur famille ou face à une œuvre qui évoque cette maltraitance? Si ces œuvres sont considérées comme dangereuses, les mineurs ne doivent pas les voir, même si on leur explique de quoi il s'agit. Mais ces œuvres sont-elles réellement dangereuses?

### 3. Majeure : la dangerosité du message, premier critère matériel de l'infraction, critère clair et précis

LeTGI de Metz explique que même si l'œuvre d'art, représentation symbolique, introduit une distance avec le spectateur, le législateur n'en a tenu aucun compte dans l'article 227-24 incriminé.

Badaboum. Exit la liberté de création récemment consacrée par la loi du 7 juillet 2016, il est vrai inapplicable aux faits de l'espèce, et l'exception de fiction, tissée patiemment par les juges<sup>5</sup> depuis l'affaire Benier Bürckel. On a le sentiment, à la lecture de ce jugement, que le tribunal fait le procès de l'article 227-24 pour mieux l'appliquer, en reprenant notamment les arguments de la polysémie de l'œuvre qui ne peut être interprétée dans un sens univoque, littéral et prétendument objectifé et condamne néanmoins le Frac parce qu'il ne peut, selon lui, faire autrement. Les œuvres de Pougeau sont distribuées, de façon peu convaincante, par le tribunal en deux types de messages : ceux à caractère violent (de nature à créer un sentiment de peur chez le mineur pour sa sécurité physique ou psychique: « Les enfants, nous allons vous couper la tête », « les enfants, nous allons vous défoncer le crâne à coups de marteau »), et ceux portant atteinte à la dignité humaine (« Les enfants, nous allons faire de vous nos putes », « Les enfants, nous allons vous enterrer vivants »). Prenant ces messages au premier degré, si tant est qu'il existe, ou qu'il soit même, reprenons Aristote, vraisemblable, il est jugé que ces messages annoncent des sévices et des traitements dégradants. Sur qui, pour qui? Les enfants. Alors, c'est l'article 222-17, qui réprime la menace de tels sévices, y compris la menace de mort, qu'il eut fallu viser. Encore eût-il fallu trouver une victime. Or ces messages, qui ne s'adressent bien entendu à personne en particulier, mais à tous, n'en sont pas au sens littéral, car ils font passer un tout autre message que celui affiché. Ce qui est dénoncé violemment par une littéralité feinte dans l'œuvre écrite de Pougeau, dans cet exercice de feintise partagée que peut parfaitement comprendre un mineur, même sans l'aide des adultes, c'est la violence intrafamiliale. Quiconque s'intéresse aux faits divers, quiconque pratique le droit de la famille ou le droit pénal, sait par expérience que la famille est le lieu de violences physiques et psychiques qui vont jusqu'à la mise à

Crim. 12 Janvier 2016, n°15-90020.

Crim. 2 mars 2011, n° 10-82250. Sur cet arrêt, voir « Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain ». Légipresse n° 283, mai 2011, p. 305.

<sup>3.</sup> TGI de Metz (1" ch. civ.), 21 novembre 2013, RG 11/03161. Sur ce jugement, voir « L'œuvre et le message. Art contemporain et mise en péril des mineurs », Légipresse n° 317, juin 2014, p. 361, note David Lefranc. 4. Au Louvre, en accès libre.

<sup>5.</sup> TGI Paris (17° ch. corr.), 16 novembre 2006 – « Quand la fiction exclut le délit ou la reconnaissance de l'autonomie de la liberté de créer », par Agnès Tricoire, *Légipresse* n° 240, p. 72.

par Agnès Tricoire, Légipresse n° 240, p. 72. 6. Cf. notre Petit traité de la liberté de création, La découverte, 2011, et le Manifeste de l'Observatoire de la liberté de création, www.ldh-france.org/ Le-manifeste-de-l-Observatoire-de/

## ours & tribunaux

mort de l'enfant, en passant par tout l'arc-en-ciel des pires horreurs, ce qu'une certaine presse relate, sans être poursuivie sur le terrain de 227-24, dans les moindres détails et avec l'hypocrite gourmandise de l'horreur feinte.

Dans La République et la littérature<sup>7</sup>, Zola défend – déjà – la liberté de l'art: l'œuvre n'a pas pour seul sens de montrer le réel dans toutes ses composantes, elle a une mission sociale. Zola croit à l'effet de l'art sur le peuple. Sa morale est politique, et non celle des mœurs. Il se moque de ses pairs qui tombent dans

les travers hypocrites du temps. C'est contre la répression au nom de la morale hypocrite que Zola s'élève en dénonçant deux morales. La morale commune, « avec laquelle il y a des accommodements » et des « mensonges des convenances », veut que la loi s'applique de façon aveugle aux plus pauvres. Cette morale bourgeoise, de classe dominante, s'accommode des déviances pourvu qu'elles soient cachées et qu'on ne les désigne pas « par leurs noms ». C'est elle qui impose la « morale

littéraire », d'une « sévérité absolue ». L'écrivain n'a pas le droit de s'immiscer dans le défendu, et la représentation est plus coupable que le fait lui-même. « Silence sur nos ordures ! Le mot est donné à l'humanité... Faites, mais n'écrivez pas », et malheur à celui qui « déchire le voile »<sup>8</sup>. La morale commune étant immorale, il n'y a aucune raison pour que l'écrivain la respecte. Au contraire, il est fondé à la dénoncer. L'œuvre participe de l'émancipation de l'humanité, et la liberté de l'art va de pair avec la liberté politique.

Oui mais quand même, Pougeau, avec ses messages directs, exagère? Mais non. Pougeau est certes un hard rockeur de l'art contemporain, il assène, mais ce ne sont que des mots fictionnels sur du papier. Qui ne peuvent, si l'on veut les critiquer, être amputés de leur caractère formel et d'une partie du texte.

Voilà à quoi ressemble l'un de ces 20 textes poursuivis :

Vous allors faire de vous mos putes.

Vous êtes motre chair et motre song.

A plus tard

Papa et Maman.

Le message est donc mis en scène comme une lettre, évidemment improbable, mêlant haine et amour, de parents fictifs à des enfants fictifs. Pougeau explique être influencé des écrivains « en majorité de fiction, de réflexion philosophique aussi. Je crée de la fiction, de l'impossible qui tente de critiquer ». En écho à Zola, il pense que « la morale côtoie de très près la fureur et le mal » : « Je pense qu'il peut y avoir un gouffre en ce qui concerne le comportement des gens dans leur milieu social, professionnel et leurs actes dans l'intimité. Ce gouffre m'intéresse. Je crois que c'est le lieu de tous les possibles et même de l'impossible, du stricture sent bars des lais Ces avent de l'intime cont note.

tement hors des lois. Ces excès de l'intime sont notre fondement, notre horreur, mais aussi notre liberté, nos pulsions. Tout cela bien sûr m'intéresse. La tentation du mal... »<sup>9</sup>. Ce gouffre, il le montre brutalement, à la manière du genre musical dont il est issu. Son œuvre n'a pas, comme semble l'avoir entendu l'Agrif, lectrice perverse, pour but d'encourager la violence contre les enfants, mais de la montrer. De montrer qu'elle peut se faire de la façon la plus douce qui soit, une lettre, et conte-

nir la plus grande violence qui soit.

**€ €** Comment la Cour

de cassation a-t-elle

l'interprétation de cet

article ne pose aucun

constitutionnalité? \$ \$

problème sérieux de

pu considérer que

En d'autres termes, si l'article 227-24 interdit aux artistes de représenter le mal, sous prétexte que les mineurs pourraient y accéder, sans qu'il soit besoin d'ailleurs de démontrer le moindre contact, le moindre effet pernicieux, alors, comment la Cour de cassation a-t-elle pu considérer que l'interprétation de cet article ne pose aucun problème sérieux de constitutionnalité? Car la protection de l'enfance ne peut être le prétexte pour réguler l'art visible par tous et mettre en coupe réglée la liberté de création. Cette action en justice, intentée au civil trois ans après l'exposition, ne repose évidemment sur aucun dommage concret et démontré mais constitue une action purement morale et politique de la part d'une association d'extrême-droite et catholique intégriste qui défend une vision très particulière de la société et n'a aucune action particulière envers l'enfance maltraitée. Et qui refuse, au travers d'une manipulation de la cause de la défense de l'enfance, qu'un artiste représente les horribles choses qui se passent dans la famille, ou L'Infamille, titre de l'exposition.

Disons un mot de la pornographie pour conclure ce syllogisme à rebours. Elle peut se définir, selon les premiers juges – on admire la prudence – comme la représentation destinée au public, sans recherche esthétique et avec une crudité provocante, de scènes de la vie sexuelle et notamment de scènes d'accouplement. On cherchera en vain une définition de la pornographie dans les arrêts de la Cour de cassation. Elle a bien été saisie d'un litige à propos de SMS qualifiés pêle-mêle de violents et pornographiques, ce qui a valu la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Douai. L'arrêt de la Cour de cassation, en l'espèce, rappelle le raisonnement en droit de la presse : se fondant sur l'article 593 du Code de procédure pénale, elle rappelle que la motivation de chacun des critères de 227-24 ne peut se faire cumulée et indifférenciée, ce qui constitue une insuffisance ou contradiction des motifs équivalant à leur absence. Les juges du fond doivent montrer comment la pornographie est constituée, d'une part, comment la violence

<sup>7.</sup> Émile Zola, « La République et la littérature », essai publié dans Le Messager de l'Europe, puis dans Le Figaro, avril 1879.
8. Émile Zola, « La Cloche », 15 septembre 1872, in Les Rougon-Macquart, Pléiade, Paris, tome 3, p. 1602, cité in Yvan Leclerc, Crimes écrits, la littérature en procès au xxx siècle, op. cit., p. 43-44.

<sup>9.</sup> Interview de Paskal Larsen, 25 juin 2005, site Foutraque.com



est constituée, d'autre part, et comment l'atteinte à la dignité est constituée, de troisième part<sup>10</sup>. Clair et précis, vous dit-on.

Rien de tout cela n'intéresse directement la cour d'appel qui aborde le dossier sous un angle très différent, celui (enfin) de la procédure.

### II - QUI PEUT ENGAGER LES POURSUITES ?

L'Agrif avait poursuivi le Frac Lorraine au civil, sur le fondement de l'article 227-24 du Code pénal. Considérant que l'exposition des œuvres de Pougeau portait atteinte à son objet statutaire, l'association d'extrême-droite réclamait des dommages et intérêts, mais ni l'interdiction de l'exposition (terminée depuis trois ans), ni une sanction pénale. Le Frac Lorraine accepte de discuter du fond en première instance sans remettre en cause l'intérêt à agir de l'Agrif. Erreur, car le TGI condamne le Frac Lorraine, comme responsable de l'exposition, à payer 1 euro

♠ Il n'appartient

pas aux juges d'évaluer

des œuvres, au sens

sur celles-ci. 11

d'émettre une opinion

symbolique de dommages et intérêts pour cette faute civile délictuelle résultant de l'application de l'article 227-24.

Le tribunal n'explique pas en quoi l'application de l'article 227-24 causerait un préjudice à l'Agrif, alors que la question de l'intérêt à agir, fin de non-recevoir, aurait pu être soulevée d'office par

les juges<sup>11</sup>. Plutôt que de se livrer à l'analyse contestable qui lui fut reprochée en appel, le TGI de Metz aurait donc pu relever lui-même que l'Agrif n'était pas recevable.

La cour d'appel<sup>12</sup>, enfin saisie de la fin de non-recevoir par l'appelant, considère que l'association exerce une action civile relative au délit pénal prévu par 227-24 sur le fondement de l'article 4-1 du Code de procédure pénale, assurant que la faute civile est indissociable du délit pénal dont elle découle. Or jusqu'en 2004<sup>13</sup>, seul le parquet pouvait agir sur le fondement de l'article 227-24. L'association La Mouette qui avait déposé plainte contre l'exposition *Présumé Innocent* s'étant retrouvée irrecevable à agir (et ceci expliquant sans doute cela), la loi du 3 janvier 2004 relative à la protection de l'enfance a élargi la recevabilité des associations aux côtés du parquet et des victimes sur le fondement de cet article 227-24.

L'article 2-3 du Code de procédure pénale exige que l'action publique soit préalablement mise en mouvement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Et l'Agrif ne peut se réfugier, dit la cour, sous les auspices de l'article 1382 du Code civil (ancien), dès lors que « le texte du code civil ne définit pas la faute génératrice de responsabilité », ce qui est une motivation un peu curieuse. Car précisément, le fondement de 1382 repose sur le principe général de responsabilité pour faute du fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage. Et la nouvelle nu-

mérotation de cet article devenu 1240 n'a rien changé à sa rédaction.

Mais la cour d'appel de Metz ajoute une autre raison, privant l'association Agrif du recours à l'article 1382 : en l'espèce, la faute civile invoquée « ne repose que sur l'existence d'une faute pénale indissociable et en épouse exactement les contours ». Elle prend donc le contre-pied des premiers juges qui avaient accueilli la faute civile revendiquée par l'Agrif sur le fondement d'une violation, examinée par les premiers juges et caractérisée selon eux, de l'article 227-24 du Code pénal. Et elle refuse l'argument de l'association consistant à se reporter sur une faute civile générale, déconnectée de la commission de l'infraction prévue à l'article 227-24.

Ce faisant, la 1<sup>re</sup> chambre civile de la cour d'appel de Metz ne contredit-elle pas la jurisprudence de la chambre criminelle<sup>14</sup> qui, sans visa particulier, décide que le dommage dont la par-

tie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, peut obtenir réparation de la part de la personne relaxée résulte de la faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite? Un arrêt plus récent précise le visa, à savoir les articles 2 et 497 du Code de procédure pénale<sup>15</sup>. Pas de condamnation, pas d'action civile recevable, semble penser, assez logiquement, la cour d'appel

de Metz, ce qui promet dans les années à venir un arrêt de plénière pour départager les points de vue, si la chambre civile saisie par l'Agrif suit le même raisonnement.

La suite de l'arrêt est dès lors un peu surprenante puisque l'Agrif cherchait à entraîner la cour sur une troisième voie, celle des faits distincts des faits pénalement répréhensibles. Une violation de la dignité de la personne humaine, et plus précisément de la femme et de l'enfant, l'atteinte au respect de la famille, tout cela sur le fondement de l'article 16 du Code civil, et une violation de l'ordre public étaient invoqués au titre des faits distincts revendiqués.

La cour d'appel de Metz y répond par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle accepte de discuter sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, contrairement à ce qu'elle a affirmé quelques lignes plus haut, rappelle le sens de l'article 16 du Code civil qui n'a, selon les magistrats, aucune valeur normative et se contente de renvoyer au législateur l'application des principes qu'il énonce<sup>16</sup>, et rappelle que le principe applicable est la liberté d'expression, celle-ci ne pouvant être bornée que par la loi.

La liberté d'opinion fait partie de la liberté d'expression, et l'opinion de l'Agrif sur les œuvres d'Éric Pougeau ne peut prévaloir sur celle, émise tout aussi librement, par le Frac sur ces œuvres. Refusant explicitement de rentrer dans le jeu du ju-

<sup>10.</sup> Crim. 11 janvier 2017, n° 16-80557, publié au Bulletin.

<sup>11.</sup> En effet, on sait que depuis le décret du 20 août 2004, le nouvel article 125 du Code de procédure civile a été modifié comme suit : 
« Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut

d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. » 12. CA Metz, 1<sup>e</sup> civ., 19 janvier 2017, RG 14/00396.

 <sup>«</sup> L'art, la censure et les droits de l'Homme », Agnès Tricoire, Légipresse n°196, nov 2002, p. 158.

<sup>14.</sup> Crim. 5 février 2014, nº 12-80154, publié au Bulletin.

<sup>15.</sup> Crim 19 mai 2016, n° 15-81491, publié au Bulletin.

<sup>16. «</sup> La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. »

## ours & tribunaux

gement de valeur des œuvres en cause, au motif que celui-ci, assorti de la force juridique du jugement, contreviendrait au principe de liberté d'expression, et constituerait un « manquement à la mission de protection des libertés individuelles dont les juges sont investis », la cour d'appel de Metz pose ici un principe particulièrement fort : il n'appartient pas aux juges d'évaluer des œuvres, au sens d'émettre une opinion sur cellesci, principe que l'on peut mettre en parallèle avec l'interdiction, pour le juge, en droit d'auteur, d'évaluer le mérite d'une œuvre<sup>17</sup>.

Ainsi donc, les œuvres sont enfin exclues du champ d'application de l'article 227-24 du Code pénal, parce que le juge considère qu'interpréter une œuvre au travers de sa propre opinion de juge, c'est commettre, nécessairement, une interprétation subjective qui n'est pas l'exercice objectif attendu de sa part. La lecture de la décision de première instance suffit à s'en convaincre, l'analyse juridique d'une œuvre conduit souvent à tomber dans l'analyse littérale, dans le contresens, dans la critique acritique, désinformée. Souvent, autre stratégie d'évitement, les juges se réfèrent à l'opinion d'autrui, à la critique, à la réception... Or le juge, confronté à l'œuvre, doit se contenter de vérifier que le mécanisme fictionnel est à l'œuvre, comme l'a souvent retenu la 17° chambre correctionnelle du TGI de Paris.

lci, un pas est franchi, l'article 227-24 du Code pénal ne peut s'appliquer aux œuvres, car cela conduirait le juge à un exercice critique, ou de discussion de valeur (d'opinion, dit la cour) qui est essentiel pour la démocratie à la condition qu'il soit réfutable. La critique invite à la discussion, pas un jugement qui dit le droit avec autorité. Cette position est tout ce que demande l'Observatoire de la liberté de création depuis son Manifeste de 2003<sup>18</sup>.

L'association demanderesse déboutée a formé un pourvoi, et le feuilleton continue. Si l'article 227-24 est clair et précis, comme le soutient la Cour de cassation, le moins que l'on peut dire est qu'il fait couler beaucoup d'encre et provoque des interprétations contradictoires. Il est donc inadmissible qu'il serve de cheville ouvrière à la censure administrative (au cinéma par exemple) alors qu'il n'est pas rédigé pour cela et n'a en tout état de cause, et quoiqu'en dise la juridiction suprême, rien de clair et précis s'agissant des œuvres. À moins de considérer qu'elles doivent être exclues de son champ d'application, ce que semble dire la cour d'appel de Metz.

## 17. Article L112-1 du CPI: « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou le destination. » 18. Cf. note 5.

# Admission de la preuve de la vérité des faits diffamatoires

MOTS-CLÉS: diffamation, preuve de la vérité

Cour d'appel de Paris, (pôle 2 ; ch. 7), 19 janvier 2017 A. Montebourg c/ Jean-Marie Le Pen 347-04

Est confirmé le jugement en ce qu'il a admis que l'offre de preuve remplissait les exigences prévues par l'article 35 de la loi de 1881 et n'a pas retenu le caractère fautif des propos.

### [...]

Le tribunal a rappelé le contexte dans lequel les propos ont été tenus: invité le 23 février 2014 à l'émission *Les débats du Grand Jury* sur la radio RTI pour débattre avec Marine Le Pen, Arnaud Montebourg, alors ministre du Redressement productif, a tenu, vers la fin de l'émission, en réponse à la question d'un journaliste: « *Qu'est-ce que vous dites aux électeurs qui entendent se prononcer en faveur du Front national et qui bien souvent sont issus des classes populaires?* » les propos suivants:

« [Le Front national] est un parti qui présente des solutions extrêmement dangereuses... Les gens ne veulent pas adhérer aux positions extrémistes du Front national... Moi, je n'oublie pas que le président d'honneur du Front national a fait, il y a quelques années, l'éloge de la Gestapo et de l'occupation allemande. Donc, tous les Français, ils ont ça en tête, vous voyez ce que je veux dire. Et comme disait ma grand-mère, Madame, les chiens ne font point des chats...»

Estimant les propos ci-dessus surlignés en gras et en italiques diffamatoires à son encontre, Jean-Marie Le Pen a déposé plainte avec constitution de partie civile le 15 mai 2014 auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Paris. [...]

Par jugement contradictoire en date du 12 avril 2016, la 17e chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris a retenu le caractère diffamatoire des propos tenus mais a renvoyé le prévenu des fins de la poursuite après avoir admis l'exception de vérité soulevée, en conséquence, a déclaré recevable la constitution de partie civile de Jean-Marie Le Pen, mais l'a débouté de ses demandes en raison de la relaxe prononcée et l'a condamné à payer à Arnaud Montebourg la somme de 3 000 € sur le fondement de l'article 472 du Code de procédure pénale; [...]

### SUR CE, Sur l'action pénale,

Considérant que le prévenu ayant été relaxé définitivement, il convient d'apprécier si Arnaud Montebourg a commis une faute fondée sur la prévention de diffamation, ouvrant droit à réparation;