



BANQUE DES MÉMOIRES

**Master Recherche mention Droit de la Propriété Littéraire,
Artistique et Industrielle**

Dirigé par le Professeur Pierre-Yves GAUTIER

2020

***L'influence de la « bien-pensance » sur les œuvres protégées
par le droit d'auteur***

Claire GOURJON

Sous la direction de P.-Y. Gautier

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

*Je remercie toutes les personnes qui ont contribué à l'écriture de ce mémoire,
particulièrement Monsieur le Professeur Gautier pour ses conseils.*

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Art.	Article
<i>Ass. plén.</i>	Assemblée plénière
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin criminel de la Cour de cassation</i>
C. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de Cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
ch.	Chambre
chron.	Chronique
civ.1 ^{ère}	Cour de cassation, première chambre civile
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
com.	Chambre commerciale
<i>Com., Com, élec.</i>	Revue « Communication Commerce Électronique »
comm.	Commentaire
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Dalloz IP IT</i>	Revue Dalloz PI
éd.	Éditions
<i>In</i>	Dans
<i>Ibid.</i>	Locution latine signifiant « même endroit »
JAC	Juris Art Etc.
JO	Journal Officiel
<i>Juriscl.</i>	Jurisclasseur
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
<i>Op. cit</i>	<i>Opere citato</i>
p.	Page
PUF	Presses universitaires de France
RIDA	Revue internationale de droit d'auteur
TGI	Tribunal de Grande Instance
vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 : L'intégration de la « bien-pensance » dans les règles juridiques	4
Titre 1 – Les manifestations de son intégration.....	4
Titre 2 – Les raisons de son intégration.....	11
PARTIE 2 : L'intégration de la « bien-pensance » dans les décisions du juge.....	17
Titre 1 - Le rôle déclinant du juge officiel.....	17
Titre 2 - Le rôle émergent du « juge populaire	23
CONCLUSION.....	30

INTRODUCTION

La vidéo *Printemps*, de l'artiste Adel Abdessemed, montrant la cruauté faite aux animaux, la fresque *L'Histoire en peinture de l'Assemblée nationale* d'Hervé Di Rosa célébrant l'abolition de l'esclavage, la chanson *Perdu d'avance* du rappeur Orelsan, parlant de la violence entre hommes et femmes, la pièce de théâtre *Golgota picnic* de Rodrigo Garcia mettant en scène le dernier repas et la crucifixion du Christ, sont toutes des œuvres artistiques, très sensibles par le thème évoqué, ayant suscité de récentes controverses relayées par les médias et les réseaux sociaux. Ces quelques exemples pris parmi de nombreux autres, illustrent l'importance croissante de la « bien-pensance » dans l'actualité.

Le terme « bien-pensance » ne se trouve pas dans le dictionnaire. La notion renvoie toutefois au mot « bien » et au verbe « penser ». Est « bien » ce qui est conforme au devoir, honnête et juste¹. Le verbe « penser », quant à lui, signifie concevoir, raisonner, avoir une opinion propre². A ce stade, il faut souligner qu'il semble exister une contradiction dans la terminologie même du mot « bien-pensance » puisque « penser » suppose que l'on fait preuve de réflexion et que donc l'on n'adhère pas automatiquement à une orthodoxie préétablie par d'autres, sans examen critique. Par ailleurs, il faut également se demander qui est celui qui affirme ce qui est conforme et juste : le juge, le législateur, les réseaux sociaux etc. ? Si l'on poursuit la définition de la « bien-pensance » en fonction de sa construction terminologique, il faut ajouter que la notion est formée à partir du mot « bien-pensant » qui lui se trouve dans le dictionnaire et qui est défini comme étant l'individu dont les convictions sont conformes à la tradition et qui pense selon des principes admis³. A partir de là, la « bien-pensance » pourrait se rapprocher de la définition des bonnes mœurs en ce qu'elle constitue « *un ensemble de règles imposées par une certaine morale sociale, reçue en un temps et en un lieu donnés* » et qui « *constitue une norme par référence à laquelle les comportement sont appréciés* »⁴. Ainsi, la « bien-pensance » serait une règle de conduite assimilable aux bonnes mœurs. Toutefois, à la différence des bonnes mœurs, la « bien-pensance » est empreinte d'une connotation négative, voire polémique, puisque sous couvert de favoriser un « vivre ensemble » elle développe une idéologie moralisatrice. De plus, la « bien-pensance » connaît un mode de diffusion unique, sans précédent, du fait d'internet, ce qui bouleverse ses moyens de transmission et d'édiction. En effet, jadis, les bonnes mœurs étaient principalement formées

¹ *Dictionnaire usuel*, Quillet-Flammarion, 1973, p.188, v. bien.

² *Ibid.*, p. 1181, v. penser.

³ P. Larousse, C. Augé, *Librairie Larousse*, n°5530, Petit Larousse, juin 1972, v. bien-pensant.

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, v. bonne mœurs.

par le clergé, la noblesse ou encore le juge, donc plutôt par la classe dominante, alors qu'aujourd'hui, tout le monde peut s'ériger en autorité morale.

La « bien-pensance » s'est développée dans de nombreux secteurs mais cette étude se limite à son influence sur les œuvres protégées par le droit d'auteur. Le terme « œuvre » qui vient du latin *opera*, signifiant « travail », est le fruit d'un « effort personnalisé » de l'auteur. En principe, c'est ce dernier qui, du fait de son activité créatrice, est le maître de sa création et de sa divulgation de sorte qu'il doit garder une certaine autorité et puissance sur celle-ci¹. La notion d'œuvre n'est pas définie dans le Code de la propriété intellectuelle qui se contente d'en dresser une liste non limitative². Dans cette liste étendue on trouve notamment les œuvres littéraires, les œuvres musicales, les œuvres audiovisuelles, les œuvres dramatiques ou encore les logiciels. En sus de la liste descriptive du législateur, la doctrine tente de définir cette notion d'œuvre en la qualifiant de « *tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique ou culturel, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des beaux-arts* »³.

De telles œuvres sont protégées, en droit d'auteur, dès l'obtention de leur titre de protection, c'est à dire dès leur création⁴. Cette protection confère deux types de droits. D'une part le droit moral, droit qui protège les intérêts non économiques de l'auteur et qui est perpétuel⁵ ; d'autre part le droit patrimonial, droit permettant au titulaire de percevoir une rémunération pour l'exploitation de ses œuvres par un tiers. Ce dernier dure jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur ou après sa divulgation si l'œuvre appartient à une personne morale⁶. Ainsi, la loi, qui est une des sources principales du droit, offre une protection à ces œuvres. À côté de cette source, il existe aussi des sources complémentaires pouvant agir sur cette protection. Ces sources ne sont pas officiellement investies d'une compétence normative mais peuvent être assimilées à des règles extra-légales ayant force de droit⁷. En règle générale ces sources font référence aux pratiques professionnelles et aux usages.

¹ P.-Y Gautier, *Propriété Littéraire et artistique*, 11^e éd., PUF, 2019, §14.

² Art. L.112-2 du CPI.

³ P.-Y Gautier, *op. cit.*, §52.

⁴ Art. L.111-1 du CPI.

⁵ Art. L.121-1 du CPI.

⁶ Art. L.123-1 du CPI.

⁷ X. Près, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, PUAM, 2004, n°330.

Il s'agit ici de se demander si la « bien-pensance » peut être assimilée à une source complémentaire du droit ayant une influence sur la protection des œuvres. Plus précisément, on peut se demander si la « bien-pensance » vient se ranger aux côtés de la loi et du juge ou si au contraire elle a tendance à s'y substituer. Par conséquent, la « bien-pensance » peut-elle être considérée comme un nouveau standard venant limiter la création et l'exploitation des œuvres protégées par le droit d'auteur¹ ?

La notion de « bien-pensance » conduit à faire une analyse fondée à la fois sur la sociologie et le droit. En effet, il faut partir de l'immixtion de la « bien-pensance » dans la société pour mieux comprendre son influence dans la sphère juridique. De prime abord le droit d'auteur et le juge ne semblent pas influencés par la « bien-pensance ». Mais l'essor du numérique et l'évolution sociétale actuelle montrent qu'en réalité les comportements changent.

On étudiera principalement les effets négatifs de la « bien-pensance » sur la création et l'exploitation des œuvres en abordant, d'une part, la manière dont elle s'intègre dans les règles juridiques (partie 1) et en observant, d'autre part, la façon dont elle modifie le rapport au juge (partie 2).

¹ G. Cornu, *op. cit.*, p. 986, v. standard. Norme souple permettant d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société.

Partie 1 : L'intégration de la « bien-pensance » dans les règles juridiques

La « bien-pensance » s'intègre progressivement dans les règles juridiques (titre 1). Cette intégration s'effectue cependant sans modifier les articles du droit d'auteur. Il est possible d'expliquer les raisons de cette immixtion par une mutation de la société, due notamment à l'essor des réseaux sociaux (titre 2). La conséquence de cette absorption se traduit par une diminution de la liberté de création et de l'exploitation artistique.

Titre 1 - Les manifestations de son intégration

L'immixtion de la « bien-pensance » est perceptible dans le processus de conception artistique de l'œuvre, c'est-à-dire sa création (chapitre 1), mais aussi dans la mise en valeur de celle-ci, c'est-à-dire son exploitation (chapitre 2).

Chapitre 1. La création du droit d'auteur

Les conditions d'obtention du titre de propriété sur une œuvre restent inchangées malgré l'influence grandissante de la « bien-pensance ». Cependant, à travers l'exemple de la littérature (section 1) et de l'audiovisuel (section 2) on remarquera que la création de ce droit est limitée par d'autres règles qui elles sont pénétrées par cette « bien-pensance ». *In fine* il existe bien une immixtion de la « bien-pensance » dans l'obtention du droit d'auteur, mais celle-ci est indirecte.

Section 1) L'immixtion indirecte dans la littérature

L'article L.111-1 du CPI prévoit le respect des prérogatives de l'auteur dès la création de l'œuvre. Ainsi, pour qu'une œuvre soit protégée il faut créer une forme extériorisée originale. Classiquement, pour qualifier l'originalité d'une œuvre, on parlait « *d'empreinte de la personnalité de l'auteur* ». En raison d'une harmonisation européenne, on parle aujourd'hui de « *création intellectuelle propre à l'auteur* ». On constate cette originalité dans les choix arbitraires réalisés par l'auteur, c'est-à-dire des choix qui ne s'expliquent pas, qui sont discrétionnaires¹. Puis, il faut que cette originalité soit matérialisée dans une forme, ce qui exclut *de facto* les idées et les concepts². Par ailleurs, l'article L.112-1 du CPI précise que

¹ P.-Y Gautier, *op. cit.*, §34.

² *Ibid.*, §38.

l'œuvre est protégée par le droit d'auteur « *quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ». S'agissant du genre, celui-ci permet de relier le droit d'auteur à des catégories comme par exemple un roman, une peinture ou une photographie. Mais surtout, cette mention permet d'indiquer que l'œuvre peut être contraire, ou pas, à l'ordre public, aux bonnes mœurs et par extension à la « bien-pensance ». Puisque le genre est indifférent, l'artiste est libre de créer une œuvre vulgaire, grossière et polémique. C'est ainsi que le droit d'auteur s'acquiert sans formalité à partir du jour où l'auteur réalise une œuvre extériorisée originale. L'obtention de ce droit de propriété s'effectue donc en dehors de toute influence de la « bien-pensance ». L'artiste est alors, en théorie, libre de créer les œuvres de son choix. Toutefois, en pratique, même si le CPI ne stipule aucune interdiction, la liberté de création de l'artiste peut être altérée.

On constate, en pratique, que l'artiste peut être conduit à s'autocensurer, de manière consciente ou inconsciente. Effectivement, ce dernier peut s'interdire de représenter certains thèmes que des groupes de pressions condamnent. Par exemple, on constate que le dessin de presse, la caricature ou la satire déclenchent de plus en plus de réactions de la part des défenseurs d'une cause. Ainsi, la caricature des religions, des faibles, des minorités, des enfants, du sexe, de la violence ou de la mort peut en effet affectée¹. De nombreux caricaturistes expliquent que pour que leurs dessins soient acceptés par les rédactions ils doivent éviter d'illustrer des sujets sensibles comme ceux liés à l'immigration, l'islam ou les femmes². L'écrivain, quant à lui, peut se censurer en n'utilisant pas certains mots se trouvant pourtant dans le dictionnaire français. Il existe effectivement un glossaire des mots et des expressions interdits tacitement par certains journaux ou maisons d'édition. Par exemple, il faut bannir des mots comme « autiste », remplacer « prostituée » par « travailleuse du sexe » ou « clochard » par « personne itinérante »³.

Ces règles non dites se mettent progressivement en place en suivant l'évolution de la société. Elles doivent être appliquées par les écrivains dès le début du processus de création de l'œuvre s'ils veulent voir leur travail publié.

¹ G. Biard, « Le journalisme anti-vagues » in *Caricature mode d'emploi, Charlie Hebdo*, déc. 2019- janv. 2020, hors-série n°20, p. 2.

² M. Kozłowski, P. Kuper, M. Rowson, « Trop politiquement correct, trop politiquement nul », *op. cit.*, p. 6 à 8.

³ Riss, « Caricaturer...les minorités », *op.cit.*, p.5.

Section 2) L'immixtion indirecte dans l'audiovisuel

Le réalisateur d'une production audiovisuelle et notamment cinématographique est lui aussi conduit à s'autocensurer. Même si le CPI ne stipule aucune interdiction en la matière, il est toutefois contraint de subir un contrôle préalable effectué par une commission. Effectivement, en vertu de l'ordonnance du 3 juillet 1945¹, reprise en 2009 dans le Code du cinéma et de l'image animée, la représentation des films est subordonnée à l'obtention de visas délivrés par le ministre de la Culture après avis d'une commission de contrôle des films, dont la composition et les pouvoirs sont fixés par décret². Le visa peut être refusé pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine³. De manière générale, la délivrance d'un visa d'exploitation n'est pas difficile à obtenir⁴. Toutefois, depuis 2003, de nombreux cas semblent indiquer un durcissement des critères de délivrance du visa d'exploitation (celui-ci garde tout de même une délivrance souple). C'est ainsi que les interdictions aux moins de seize et de dix-huit ans semblent croître.

Le film *Love* de Gaspar Noé qui met en scène une histoire d'amour ardente, illustre bien ce durcissement de classification⁵. En effet, le 15 juillet 2015, *Love* sort au cinéma avec une interdiction aux mineurs de seize ans et un avertissement. L'association Promouvoir fait un référé-suspension pour annuler le visa et demander un visa moins de dix-huit ans. Le tribunal administratif donne raison à l'association au motif que le film présentait de nombreuses scènes de sexes non simulées⁶. Le 30 septembre 2015, le Conseil d'Etat confirme la solution⁷. La commission a ainsi aujourd'hui le choix entre six classifications : le tout public ; l'interdiction aux moins de douze ans ; aux moins de seize ans ; aux moins de dix-huit ans ; le classement X et l'interdiction totale. Selon le décret, en cas de scène de sexe non simulée, le visa délivré sera soit une interdiction aux moins de dix-huit ans, soit un classement X⁸. Pour avoir une telle qualification il faudra prendre en compte la manière dont la scène est filmée, le parti pris esthétique ou encore le procédé narratif sur lequel repose l'œuvre.

¹ Ordonnance n°45-1464 du 3 juillet 1945 sur le visa obligatoire pour la représentation et l'exportation des films, *JORF* 4 juill. 1945, p. 4060.

² Art. L.211-1 du code du cinéma et de l'image animée.

³ *Ibid.*

⁴ Entretien avec B. Montels, avocat en droit du cinéma et de l'audiovisuel, 11 mars 2020.

⁵ A. Tricoire, D. Véron, J. Lageira, *op.cit.*, p. 208 à 210.

⁶ TA Paris, 31 juill. 2015, n°1511962/9

⁷ CE, 30 sept. 2015, n°392461, *Daloz IP IT*, 2016, p.606, note L. Franceschini.

⁸ Art. R.211-12 du Code du cinéma et de l'image animée modifié par l'art. 1 du décret n°2017-150 du 8 février 2017 relatif au visa d'exploitation cinématographique, *JORF* n°0034 du 9 fév. 2017, texte n°42.

Le choix de la classification a une importance redoutable sur la visualisation du film. À la télévision, le visa choisi aura un impact sur l'horaire de diffusion du film. Aux heures de pointes, les seuls films visibles par les téléspectateurs sont ceux avec un visa tout public ou une interdiction aux mineurs de douze ans¹. Les films interdits aux mineurs de dix-huit ans ne sont généralement diffusables qu'entre minuit et cinq heures du matin. Par ailleurs, selon l'article L.311-2 du code du cinéma et de l'image animée, les films classés X, c'est-à-dire ceux à caractère pornographique ou incitant à la violence, ainsi que les établissements de spectacles où ils sont représentés, se verront interdire l'obtention d'aides. Donc le type de visa délivré impacte la création artistique car de nombreux films sont dépendants de la télévision pour leur financement ou ont besoin d'un financement extérieur, ce qui leur sera moins facilement donné s'ils sont classés X. Les diffuseurs auront également tendance à moins travailler avec des films interdits aux moins de dix-huit ans ou classés X car ils reflètent une image négative aux yeux du public et sont par conséquent moins populaires². Les salles accepteront alors plus difficilement de les programmer. Le réalisateur d'un film aura donc intérêt, dès le processus de création, à adapter son œuvre à ces modalités de fonctionnement.

Ainsi, l'obtention d'un droit de propriété sur une œuvre n'est théoriquement pas influencée par la « bien-pensance » puisque les conditions de délivrance du droit d'auteur restent inchangées. Toutefois, force est de constater que la « bien-pensance » s'intègre dans d'autres règles qui agissent sur le processus de création. Donc indirectement, sans passer par le droit d'auteur, la « bien-pensance » bride la liberté de création, le créateur ayant tendance à s'autocensurer.

Par ailleurs, il faut noter que l'article L.112-1 du CPI qui prévoit que l'œuvre est protégée par le droit d'auteur « *quels qu'en soient le genre* » s'applique à la création de l'œuvre mais pas à son exploitation ultérieure. Effectivement, l'exploitation de l'œuvre est soumise au respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et par extension de la « bien-pensance ». Ainsi, le législateur encadre plus strictement l'exploitation de l'œuvre que sa création.

¹ Entretien avec C. Dabadie, directrice de Chabraque Productions, 5 mars 2020.

² A. Tricoire, « La censure du cinéma, ça suffit ! », *Libération*, 30 déc. 2008.

Chapitre 2. L'exploitation du droit d'auteur

L'exploitation d'une œuvre d'art est soumise au respect du droit privé (section 1) mais aussi du droit public (section 2).

Section 1) L'exploitation subordonnée au droit privé

Le terme « exploitation » signifie la « *mise en valeur d'une source de richesse* », plus généralement, elle consiste en l'activité visant à « *faire valoir un bien, à accomplir les actes nécessaires, selon sa nature et sa destination, à sa mise en valeur* »¹. En vertu de l'article L.122-1 du CPI, le droit d'exploitation de l'œuvre, qui appartient à l'auteur, est composé du droit de représentation et du droit de reproduction. La représentation consiste en « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* »². La reproduction, quant à elle, consiste en « *la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public* »³. Généralement l'auteur n'a pas l'obligation d'exploiter l'œuvre. Elle peut toutefois lui être imposée dans le cadre d'un contrat d'édition ou d'un contrat de production audiovisuelle. L'exploitation de l'œuvre se fait en contrepartie d'une rémunération et est alors soumise au respect de règles comme celles régissant l'économie de marché ou les contrats.

Dans l'économie de marché, en principe, l'œuvre protégée par le droit d'auteur n'est pas considérée comme un objet de consommation et n'est donc pas liée au droit de la consommation⁴. Cependant, l'évolution capitaliste et marchande de la société amène indirectement le droit d'auteur, qui protège l'œuvre et son créateur en lui attribuant des droits exclusifs et subjectifs, à intégrer des logiques de consommation de masse, auxquelles s'attache un régime différent de droits. De public de l'œuvre, le destinataire devient consommateur de l'œuvre. L'œuvre d'art a par conséquent de moins en moins un statut à part et devient davantage un objet de consommation, voire de spéculation, obéissant aux lois du marché. Par exemple, l'exploitation d'une œuvre par des chaînes audiovisuelles est soumise à la nécessité de faire de l'audience, notamment pour des raisons financières. Cette exploitation est alors soumise aux lois du marché, qui viennent s'ajouter au respect du droit d'auteur. Effectivement, plus un film est visionné et conforme aux attentes du public, plus son

¹ G. Cornu, *op. cit.*, v. exploitation.

² Art. L.122-2 du CPI.

³ Art. L.122-3 du CPI.

⁴ C. Caron, « Le consommateur en droit d'auteur » in *Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy*, Dalloz 2003, p.247 à 258.

réalisateur sera susceptible de recevoir de bonnes critiques, donc de mieux le diffuser et de recevoir davantage d'aides financières¹. De même, les sociétés privées qui diffusent ou vendent des œuvres suivent elles aussi les grandes tendances du public. De cette manière, en 2010, Apple avait initialement refusé l'adaptation illustrée du livre *Ulysse* de l'artiste James Joyce au prétexte que des consommateurs puritains pourraient ne pas apprécier la façon dont était représentée la nudité masculine². Apple impose ainsi à ses développeurs des règles strictes face à la nudité, qu'ils doivent suivre s'ils veulent que leur programme rejoigne l'App Store. Par conséquent, les artistes qui dépendent de cette logique de marché doivent tenir compte implicitement des attentes du public et donc des valeurs qu'elles véhiculent.

En matière contractuelle, la « bien-pensance » peut également jouer de manière indirecte, dans la mesure où elle peut inciter à ne pas respecter les engagements contractuels. En effet, pour aller dans le sens de l'opinion bien-pensante, certains co-contractants prennent le risque de rompre leur contrat au détriment du principe de la force obligatoire du contrat³. Par exemple, en novembre 2019, à la sortie du film *J'accuse* de Polanski, des directeurs de cinéma à Bordeaux, Rennes, Saint-Nazaire et Poitiers, n'ont pas respecté leur engagement contractuel. À la suite du battage médiatique et du mécontentement de nombreux manifestants, ils ont rompu le contrat de représentation qui les liait à l'artiste et les obligeait à projeter le film, en invoquant notamment comme raison la sécurité des spectateurs⁴. Une exonération par la force majeure aurait pu être envisagée mais semble cependant difficilement invocable car les conditions de l'article 1218 ne sont pas réunies. En effet, si l'élément d'extériorité est rempli en ce que le mécontentement des spectateurs pouvait constituer une menace extérieure conduisant à un problème de sécurité, il n'en reste pas moins que les conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité ne l'étaient vraisemblablement pas. Les exploitants des salles auraient dû, par exemple, prévoir des mesures de sécurité supplémentaires plutôt que de déprogrammer immédiatement⁵. Ici, le respect du contrat passe donc après la volonté de satisfaire une certaine partie du public. Dans la même logique, le 7 janvier 2020, les éditions Gallimard choisissent d'arrêter la commercialisation du roman de Monsieur Matzneff et donc de rompre leur engagement contractuel en raison de polémiques concernant la vie privée de l'artiste. Elles auraient pu décider de maintenir le contrat mais la

¹ Entretien avec C. Dabadie, directrice de Chabraque Productions, 5 mars 2020.

² A. Tricoire, « La bd numérique : nouveau marché, nouvelle censure » in *La censure en ligne, Question de droit*, janv. 2006, p.15.

³ Article 1103 Code civil.

⁴ Art. L.132-18 à L.132-22 du CPI

⁵ En ce sens, Professeur Gautier dans son enseignement méthodologique du 3 fév. 2020 sur la déprogrammation du film *J'accuse* de R. Polanski, enseignement donné à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, durant l'année universitaire 2019-2020.

pression des médias et de l'opinion publique ont eu raison du respect de l'obligation contractuelle.

Section 2) L'exploitation subordonnée au droit public

L'exploitation d'une œuvre d'art est également subordonnée au respect de l'ordre public qui en vertu de l'article L.2212-2 du code général des collectivités territoriales est détenu par la police municipale. Ses composantes sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques mais aussi la moralité publique et le respect de la dignité de la personne humaine. Ainsi, à travers ces composantes, le pouvoir de police du maire peut jouer sur l'exploitation d'une œuvre d'art.

Mardi 19 novembre 2020, la décision de Madame le maire de Bondy, Sylvine Thomassin, demandant la déprogrammation du film *J'accuse* de Roman Polanski est un exemple du rôle que peut jouer le pouvoir de police du maire sur l'exploitation de l'œuvre¹. A la suite de cette déclaration, Gérard Cosme, le président d'Est Ensemble, un établissement public de coopération intercommunale, déprogramme six salles en Seine-Saint Denis. D'après l'arrêt du Conseil d'Etat *Société Les films Lutetia* du 18 décembre 1950, un maire peut interdire la projection d'un film lorsqu'il y a des troubles sérieux à l'ordre public en raison de circonstances locales particulières (1) et du caractère immoral du film (2)². S'agissant de la première condition, il était surement possible de justifier les « troubles sérieux à l'ordre public en raison des circonstances locales particulières » car dans un contexte post « me too », les accusations de viol contre R. Polanski, la multiplication des manifestations et la pression des groupes féministes n'étaient pas à prendre à la légère. Toutefois, s'agissant de la deuxième condition, à savoir le caractère immoral du film, la loi n'a jamais considéré que la personnalité du réalisateur ou d'un acteur puisse fonder ce critère d'immoralité. En effet, pour interdire la projection, c'est le film qui doit être immoral et non la personnalité du réalisateur. Le maire doit seulement regarder si le contenu du film, c'est à dire son sujet, sa mise en scène, ses dialogues, ne présentent pas un caractère immoral. En l'espèce, *J'accuse* relate la défense de l'officier Dreyfus par le général Picquart. Le film traite donc du respect de l'intégrité du corps militaire et de la justice, thèmes qui, de fait, ne sont pas immoraux. Ainsi l'interdiction du film en raison de l'immoralité du réalisateur serait entachée d'illégalité.

¹ Cette demande s'effectue au même moment que des directeurs de cinéma déprogrammaient le film dans leurs salles, v. Section 1.

² M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Dalloz, 2015, p.479 et s.

Quelques jours après, la décision de déprogrammation est retirée. Cependant, cette affaire souligne la tendance que peuvent avoir les autorités administratives à excéder leur pouvoir de police pour répondre à la pression de leurs concitoyens. L'article L.2212-2 ne serait alors plus seulement utilisé dans l'objectif de garantir l'ordre public mais aussi pour faire prévaloir les vues de groupes privés ou d'associations. Derrière l'intervention des maires apparaîtrait alors celle de ces groupes privés.

Ainsi donc on constate que les articles du CPI sur le droit d'exploitation ne sont pas directement influencés par la « bien-pensance ». Mais l'exploitation des œuvres est soumise au respect du droit privé et du droit public qui eux semblent prendre en compte la « bien-pensance ». Cette influence indirecte n'est pas récente, par contre ce qui change c'est l'intensité et la fréquence avec laquelle cet ordre moral, aujourd'hui la « bien-pensance », agit sur ces droits. *In fine* cette intensification vient limiter le droit d'exploitation de l'artiste.

Titre 2 - Les raisons de son intégration

Pour comprendre les raisons de l'immixtion grandissante d'une règle, ici de la « bien-pensance », il faut, selon Ripert, remonter à l'origine de celle-ci dans le but de « *mettre à jour les causes profondes qui ont présidé à son élaboration* »¹. C'est ainsi que l'on observe que la « bien-pensance » s'intègre de plus en plus dans les règles juridiques depuis l'essor d'internet qui la diffuse largement (chapitre 1). Internet permet aussi de démocratiser l'art et donc de faire apparaître un nouveau public, sensibilisé par la « bien-pensance » (chapitre 2) .

Chapitre 1. L'essor d'internet

Internet crée « *une des plus vastes mutations que l'humanité ait connue* »². Le développement de ce nouveau moyen de communication s'accompagne de l'apparition d'internautes capables d'avoir une interactivité avec les sites (section 1). Si cette technologie présente de nombreuses qualités elle diminue cependant la protection des œuvres par le droit d'auteur (section 2).

¹ Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n°26.

² P.-Y. Gautier, « De l'influence des réseaux sociaux sur l'édiction du droit », *Dalloz IP/IT*, sept. 2019, n°9, p.493.

Section 1) Des internautes actifs

La démocratisation d'internet, en France, s'opère dans les années 2000 et modifie le public des créations artistiques. Internet bouleverse en profondeur les moyens de communication. Le journal écrit, la télévision, la radio sont relayés par une presse qui est numérique et qui échappe aux frontières nationales puisqu'Internet est un espace transnational¹. L'information devient accessible mondialement, immédiatement et le contenu est constamment alimenté, et pas seulement par des professionnels². Selon Médiamétrie, six personnes sur dix se connectent tous les jours sur internet et se saisissent de sujets d'actualité continuellement approvisionnés par une presse en ligne³. C'est ainsi qu'un internaute a accès plus facilement aux contenus artistiques. En effet, à travers le relai des médias numériques et des sites de référencement comme Google, il est au courant immédiatement des nouveautés artistiques, que ce soit les sorties de nouveaux livres, les films en affiche, la programmation des spectacles etc.

Puis, en 2006, on passe du web 1.0, où l'internaute consulte de manière passive un contenu en ligne, au web 2.0 où il participe à la composition de celui-ci⁴. C'est l'émergence des réseaux sociaux comme Facebook, Twitter ou Instagram et des plateformes de vidéo et de musique à la demande comme Netflix, Spotify ou YouTube. Cette connexion constante aux réseaux sociaux permet aux internautes de s'ériger en critiques d'art. En effet, en mettant des commentaires, des «likes» ou en partageant des contenus, les internautes, de manière anonyme, peuvent encenser ou dénigrer une création artistique. Cela peut rapidement créer des effets de contagion et influencer l'avis des autres internautes quant à la qualité d'une œuvre ou la réputation d'un artiste. Cela est encouragé par le fonctionnement d'internet qui montre en priorité les pages qui ont été les plus consultées, partagées et commentées ce qui permet d'entretenir ou d'aggraver un scandale. Cette course aux clics encourage la diffusion d'informations sensationnelles, souvent exagérées pour conduire à des débats enflammés qui font augmenter le nombre de «vus». Cette ingérence des internautes dans la création et l'exploitation des œuvres ne cesse de croître depuis 2006. Cela permet à n'importe quel individu de s'exprimer facilement, gratuitement et librement sur une création artistique. *De facto* les critiques augmentent et des tendances se créent.

¹En ce sens Professeur Lequette dans son cours magistral *Droit de la communication et du numérique* enseigné à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, année universitaire 2019-2020.

² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p.494.

³ I. Lellouche Filliau, « L'année internet 2019 », *Médiamétrie*, 20 fév. 2020.

⁴ En ce sens Professeur Lequette dans son cours magistral *Droit de la communication et du numérique* enseigné à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, année universitaire 2019-2020.

Section 2) Des œuvres moins protégées

Comme le constate le considérant 3 de la directive de 2019 sur le droit d'auteur à l'ère du numérique, « *l'évolution rapide des technologies continue à modifier la manière dont les œuvres ou autres objets protégés sont créés, produits, distribués et exploités* ». Ainsi l'accès plus simple des internautes aux œuvres n'est pas sans incidence sur les droits de la propriété intellectuelle et notamment sur le droit d'auteur. En effet, cet essor fait évoluer la manière d'appréhender la protection de l'œuvre aussi bien au stade de sa création que de son exploitation.

Tout d'abord, l'amélioration des moyens de communication avec internet et l'émergence des réseaux sociaux conduisent inéluctablement à une utilisation massive et non autorisée de contenus protégés par le droit d'auteur. En effet, avec internet, il y a une multiplication d'actes interdits comme le téléchargement illégal, le streaming non autorisé ou encore l'augmentation des actes de contrefaçon. Grâce à la dématérialisation des œuvres, le contenu protégé est en effet plus facilement reproduit.

Face à la diffusion accélérée, la facilité de reproduction et la disponibilité gratuite, le droit d'auteur est forcé de s'adapter. Pour cela, un double comportement est adopté. D'une part, il met en place des règles pour assurer une meilleure protection. C'est ainsi que la loi du 21 juin 2004 met en place un régime de responsabilité pour les utilisateurs, les opérateurs et les fournisseurs d'accès¹ ; que la loi du 7 octobre 2016 introduit l'opérateur de plateforme en ligne² ; ou que la loi HADOPI est adoptée³. De plus, des chartes et des codes de déontologie sont mis en place pour encourager cette protection. D'autre part, pour subvenir aux besoins des internautes, et pour éviter, prévenir les comportements illégaux, le droit d'auteur autorise de mettre davantage de contenu en ligne. En effet, par exemple, depuis 2014 il est possible d'exploiter numériquement un livre⁴. Depuis, 2016, l'*open access* permet le libre accès à la littérature dans le domaine des sciences, de la technique, de la médecine et des sciences humaines et sociales sous forme numérique et gratuite (sous réserve de respecter certaines conditions)⁵. L'effet pervers de l'accès presque illimité et gratuit aux œuvres est que la

¹ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

² Loi n°2006-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF, n°0235.

³ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, JORF, n°0135, p.9666.

⁴ Art. L.132-17-1 et s. du CPI

⁵ Art. L.533-4 du CPI

protection en est diminuée au point que certains auteurs disent qu'internet serait l'une des causes de la disparition progressive du droit d'auteur¹.

Chapitre 2. L'émergence d'un nouveau public

L'arrivée d'internet et des réseaux sociaux permet de mieux diffuser l'art et de le rendre accessible à un plus grand nombre de personnes. Cette démocratisation de l'art au sein de notre société conduit à l'émergence d'un public nouveau, empreint d'idées bien-pensantes, portant un regard critique sur les œuvres en donnant son avis (section 1). La multiplication des opinions émises par ce nouveau public va participer à la propagation de la « bien-pensance » et venir exercer une pression sur les professionnels de l'art qui vont parfois choisir d'adapter leur comportement en fonction de ces revendications (section 2).

Section 1) L'émission de critiques nouvelles

Aujourd'hui comme hier, le rôle de l'artiste consiste à s'inspirer de son environnement pour porter un regard critique sur le monde. Son expression artistique est alors souvent génératrice d'étonnement, d'originalité voire d'outrage². C'est pourquoi l'art a toujours fait polémique et a toujours été critiqué. Toutefois, ce qui change c'est que la critique, auparavant effectuée par une minorité restreinte, urbaine, éduquée, amatrice d'art et ayant accès physiquement aux lieux d'exposition, est maintenant le fait de tous³. En effet, la démocratisation de l'art se traduit notamment par la multiplication des expositions, l'amélioration de l'accès aux institutions culturelles et la possibilité de visualiser virtuellement des œuvres par internet. Elle a pour conséquences la diffusion de l'art par de nouveaux médias et un intérêt accru de la société pour les créations artistiques⁴. Le public amateur d'art s'élargit donc à des personnes privées, des associations, des syndicats ou des groupes de pression défendant des intérêts particuliers comme la religion, l'antiracisme, le féminisme, l'antisémitisme etc⁵. On assiste à une multiplication des causes d'indignation. Ces groupes peuvent se former dans la vie réelle ou virtuellement, de manière tacite, par l'accumulation de réactions d'internautes qui ne se connaissent pas mais qui défendent la même idée. Cet élargissement augmente *de facto* les critiques, les réactions

¹ P.-Y. Gautier, « Le déclin de la propriété intellectuelle », Revue de droit d'Assas, 2015, n°10, p156.

² A. Abdessemed, C. Ono-dit-Biot, *Nuit espagnole*, Éd. Stock, 2019.

³ T. Schlessler, *op. cit.*, 2019, p.121.

⁴ Entretien avec J.-F. Canat, associé fondateur d'UGGC, avocat en droit du marché de l'art, 2 fév. 2020.

⁵ J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009, n°52.

d'incompréhension, de rejet ou les éloges. Toutes ces attitudes, peuvent parfois se révéler dangereuses, disproportionnées et non fondées, les œuvres étant souvent vues et interprétées en dehors de leur contexte. Une telle vision partielle et segmentée de l'œuvre artistique peut provoquer des incompréhensions sur les intentions de l'auteur et conduire à sanctionner son travail, alors même que l'artiste pouvait vouloir défendre des causes similaires.

Il est vrai que les atteintes aux œuvres créatives ont toujours existé, de la Renaissance à nos jours, et prenaient comme aujourd'hui différentes formes¹. Mais c'est la critique influente et constante de la sphère médiatique et des intérêts privés relayée par les réseaux sociaux, qui a changé et multiplié ces condamnations². Sur les réseaux sociaux, le déferlement des agissements des internautes peut prendre la forme de violences verbales, de propos haineux, de pressions et mettre ainsi rapidement fin à la carrière ou à la réputation d'un artiste. Dans la vie réelle, les sanctions se manifestent par le vandalisme, la destruction, les boycotts, les pétitions et les manifestations. Par exemple, en 2015, l'œuvre « Dirty Corner » d'Anish Kapoor, exposée dans les jardins de Versailles, a fait l'objet de dégradations et de vandalisme sous prétexte qu'elle était obscène et injurieuse. La commissaire de l'exposition bordelaise *Présumés innocents*, Madame Marie-Laure Bernadac, constate en effet une augmentation ces dernières années de ce type d'actes³.

Face à la montée des critiques et des sanctions, le comportement des professionnels du monde de l'art évolue.

Section 2) L'intensification des pressions

Les grandes institutions nationales, surtout à Paris, n'organisent pas d'expositions portant sur des thèmes « sensibles ». Partant de ce constat, Monsieur Laurent Le Bon, actuellement président du musée Picasso à Paris, explique que les raisons officielles de cette situation résident dans le fait que ces institutions n'ont pas un budget suffisant ou qu'elles estiment que les thèmes en question n'auraient pas de succès auprès du public. Mais il rajoute en substance que la véritable raison de cette abstention n'est pas due à une question de budget ou d'audience mais plutôt à une peur de la part des musées des réactions polémiques que

¹ T. Schlessler, *op. cit.*, p.26, 51, 71.

² A. Tricoire, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légispresse*, nov. 2011, n°196, p.150.

³ Entretien avec Madame Bernadac le 19 mars 2020.

pourraient susciter de telles expositions au sein du public¹. Ainsi, face à la pression des revendications et aux menaces de sanctions qui s'amplifient, de nombreux organisateurs prennent les devants et décident de retirer l'œuvre polémique avant toute décision juridique².

De la sorte, en 2015, à Clichy, lors de l'exposition *Femina* de Zoulika Bouabdellah, l'œuvre intitulée *Silence*, représentant des femmes dans l'islam avec des escarpins posés sur des tapis de prière, est retirée³. En effet, bien que cette œuvre ne présente aucun caractère blasphématoire, des associations musulmanes l'ont jugée provocatrice. Les responsables de l'exposition ont alors choisi de retirer l'œuvre pour prévenir des incidents non maîtrisables. De la même façon, en 2014, le centre d'art de la communauté d'agglomération Toulon-Provence-Méditerranée a retiré d'une exposition qui était prévue pour l'année 2015, une vidéo de Mounir Fatmi. L'artiste mettant en scène Salman Rushdie, auteur des *Versets sataniques*, véhiculait un message politique de résistance face à l'oppression. L'installation devait être présentée au public juste après les attentats de Charlie Hebdo. La crainte d'un débat et du risque d'une mauvaise interprétation de la part du public ont poussé à cette censure préventive. Le centre d'art demanda à l'artiste de retirer la vidéo.

S'agissant de la littérature, la pression est identique. Le caractère immoral d'un auteur ou les thèmes provocateurs de certains livres poussent les éditeurs à ne pas publier. C'est ainsi, que le 7 janvier 2020, à la suite du témoignage de Vanessa Springora, les éditions Gallimard décident d'arrêter de publier Monsieur Matzneff⁴. L'écrivain évoquait ses pratiques pédophiles dans son roman. On ne sait pas s'il a commis ces faits dans la vie réelle mais la pression des médias et des réseaux sociaux incite les diffuseurs à arrêter la publication avant toute condamnation judiciaire. Gallimard aurait pu décider d'interdire la vente aux mineurs dans les librairies, d'entourer le livre d'un film plastique ou de mettre un avertissement sur la couverture pour rappeler que c'est une œuvre de fiction, au lieu de cesser la publication⁵.

Donc l'essor d'internet fait apparaître un nouveau public, influencé par la « bien-pensance », dont les critiques vont affecter à la fois la création et la manière dont les

¹ Entretien avec Monsieur L. Le Bon, conservateur de musée et actuellement président du musée Picasso à Paris, le 10 mars 2020.

² A. Tricoire, D. Véron, J. Lageira, *Le Guide pratique de l'observatoire de la liberté de création : l'œuvre face à ses censeurs*, La Scène, 2020, p.60.

³ *Ibid.*, p.66.

⁴ « Un nouvel éditeur retire de la vente des livres de Gabriel Matzneff », *Le Monde*, 8 janv. 2020.

⁵ P.-Y Gautier, *op. cit.*, §445 (v. pour des exemples de condamnations prononcées par le juge).

professionnels exploitent les œuvres d'art ce qui conduit par conséquent à un appauvrissement de l'art.

Ce nouveau public bien-pensant, en train de s'ériger en autorité morale, sanctionne l'art, sans passer par un juge. C'est pourquoi, après l'immixtion de la « bien-pensance » dans les règles, il s'agit maintenant de comprendre comment elle évolue au sein de l'environnement judiciaire.

Partie 2 : L'intégration de la « bien-pensance » dans les décisions du juge

Il s'agit d'analyser les effets pervers de la non immixtion de la « bien-pensance » dans les décisions de justice portant sur les œuvres protégées par le droit d'auteur. Effectivement, les décisions du juge officiel tendent en général à protéger la liberté de création (titre 1)¹. Cependant, celles-ci risquent de se raréfier et progressivement de laisser place aux décisions d'un nouveau « juge » dit « populaire » (titre 2). Ce changement peut venir brider la liberté de création.

Titre 1 – Le rôle déclinant du juge officiel

Les tribunaux résistent à l'influence de la « bien-pensance » en ce qu'ils rendent régulièrement des décisions favorables à la création artistique (section 1). Cependant, les demandes en justice tendent à se raréfier ce qui conduit ces tribunaux à avoir un rôle secondaire (section 2).

Chapitre 1. La résistance des tribunaux

Les juges ont tendance à développer un raisonnement juridique faisant primer le droit d'auteur sur les droits subjectifs de la personnalité, qui sont souvent invoqués pour sanctionner une oeuvre². Pour y parvenir, les juges font un contrôle de proportionnalité souvent favorable à la liberté de création (section 1) et ils opèrent une distinction entre le réel et la fiction (section 2).

¹ Dans cette étude, on utilisera les termes juge officiel ou juge pour désigner les juges judiciaires ou administratifs. Le mot « juge » quant à lui, désigne ici le juge populaire, non officiel.

² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, §441.

Section 1) Le contrôle de proportionnalité

Pour trancher un litige portant sur une œuvre protégée par le droit d'auteur il existe plusieurs fondements. En effet, le demandeur peut, par exemple, fonder sa prétention sur la responsabilité civile, art. 1240 C. civ., mais aussi sur le droit au respect de la dignité, art. 18 C. civ.¹. Ce dernier permet de sanctionner les atteintes à l'intimité et les spectacles dégradants². Il peut aussi la fonder sur le droit au respect de la vie privée, art. 9 C. civ., droit comprenant le droit au respect de l'intimité, de l'image, des convictions personnelles etc. Le requérant peut également utiliser la législation européenne. Il peut ainsi avoir recours à l'art. 8 de la CEDH sur le droit au respect de la vie privée ou encore à l'art. 10 sur la liberté d'expression qui comprend la liberté de communication des pensées et des opinions, la liberté des médias³ et la liberté d'expression artistique⁴. En outre, il est possible de fonder sa prétention sur la liberté de création protégée par l'art. 1 de la loi du 7 juillet 2016⁵.

Souvent, s'agissant de la liberté de création et d'exploitation, le juge judiciaire sera amené à trancher un litige où la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée se confrontent. Ces deux droits sont considérés comme étant des droits fondamentaux de l'homme, d'égale valeur⁶. Le juge devra alors effectuer un contrôle de proportionnalité pour faire prévaloir un droit sur l'autre. Ce contrôle consiste en une pondération conduisant le juge à mettre en balance concrètement les conséquences qui découleraient de l'application de ces deux principes afin de faire prévaloir celui qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence⁷. Pour certains, ce contrôle des droits fondamentaux in concreto est une source d'insécurité juridique et d'inégalité devant la loi car il permet de faire prévaloir le fait sur le droit et de donner beaucoup de pouvoir aux juges⁸. A cela il faut cependant ajouter qu'aujourd'hui, contrairement à ce qui existait il y a quelques années, cette recherche de la proportionnalité entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, se fait désormais très souvent en faveur de la liberté d'expression⁹. Cette évolution peut notamment s'expliquer par l'influence des jurisprudences de la CEDH et de la CJUE qui sont très protectrices de la

¹ *Ibid.*

² A. Lepage, note, *Com., Com. Élec.*, 2002, n°12.

³ Art. 11 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1789 ; art. 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

⁴ F. Sudre, L. Milano, H. Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., PUF, 2019, §539.

⁵ Loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

⁶ P.-Y Gautier, *op. cit.*, §444.

⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. contrôle de proportionnalité.

⁸ A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné », *D.*, 2016, p.137.

⁹ P.-Y Gautier, *op. cit.*, §445.

liberté d'expression, par l'évolution des mœurs mais aussi par l'avènement d'internet qui a bouleversé nos moyens de communication et d'information¹. Ainsi, depuis 2002, la Cour de cassation effectue un rééquilibrage entre la liberté d'expression et les droits d'autrui². Elle rappelle dans un premier temps que ces droits étaient auparavant d'égale valeur pour ensuite affirmer qu'il faut désormais bien souvent faire prévaloir la liberté de création³.

Ainsi, la « bien-pensance », qui tend majoritairement à vouloir restreindre la création et la diffusion des œuvres sujettes à controverse et donc à limiter l'expression artistique, n'influence généralement pas la décision du juge quand il a recours à un contrôle de proportionnalité.

Section 2) L'exception de fiction

D'après André Breton et Diego Rivera, « l'œuvre peut mettre en scène des comportements illégaux car c'est une création de l'esprit, de l'imaginaire. Elle est donc différente de la réalité et ne saurait, sur le plan juridique, faire l'objet du même traitement qu'un discours politique, scientifique, journalistique qui argumente »⁴. Le raisonnement du juge fait écho à cette citation car pour rendre des décisions favorables à la création artistique il distingue la fiction du réel⁵. En effet, l'œuvre d'art est une représentation du réel mais elle ne doit pas se confondre avec la réalité. C'est la raison pour laquelle l'artiste peut faire une représentation du réel qui dérange et qui provoque, car c'est un discours littéral qui n'est pas une représentation. C'est en cela qu'une œuvre doit pouvoir représenter le racisme, le machisme, la domination masculine ou la colonisation sans qu'on le lui reproche. Mais, si l'artiste sort de la fiction ou s'il utilise un dispositif artistique pour diffuser un message raciste, sexiste, d'incitation à la haine ou tout message interdit par la loi, il y a de grandes chances pour qu'il soit sanctionné. C'est ainsi que Dieudonné a été condamné en 2014 pour ses propos remettant en cause la réalité de la Shoah. Ses soi-disant spectacles humoristiques n'ont pas été considérés comme relevant de sa liberté artistique mais comme un moyen de diffuser un message négationniste et antisémite⁶.

¹ Entretien avec B. Montels le 11 mars 2020

² B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, cinéma, télévision et numérique*, 3^e éd. , LexisNexis, 2017, §231.

³ v. par ex. Cass. Ass. Plén., 25 oct. 2019, *D.*, 2019, p.195, note M. Afroukh.

⁴ A. Breton, D. Rivera, « Pour un art révolutionnaire indépendant », tracts distribués le 25 juill. 1938.

⁵ A. Tricoire, D. Véron, J. Lageira, *op.cit.*, p.162.

⁶ D. Maus, « A propos des ordonnances Dieudonné : dignité de la personne humaine et ordre public », *D.*, 2014, p.200. ; v. égal. CE, 9 janv. 2014, « Affaire Dieudonné », *RFDA*, 2014, n°87, note O. Gohin.

C'est dans l'affaire *Progrom* que le juge rend pour la première fois une décision aussi explicite sur cette exception de fiction. En l'espèce, les éditions Flammarion publient le 3 janvier 2005 un roman d'Eric Bénier-Bürkel intitulé *Progrom*. L'œuvre protégée par le droit d'auteur met en scène deux amis qui humilient sauvagement une femme juive et qui tiennent des propos racistes violents. On reproche au roman d'inciter à la haine, de faire des injures publiques à caractère racial, de diffuser des messages à caractère violent, pornographique ou portant atteinte à la dignité humaine et susceptible d'être vus ou perçus par un mineur¹. La justice est saisie afin que l'ouvrage soit interdit. Le 16 novembre 2006, la 17^e chambre du tribunal correctionnel de Paris relaxe l'auteur². Pour motiver cette décision, le juge explique que la liberté d'expression doit être plus largement appréciée quand elle porte sur une œuvre d'art. Le juge distingue ainsi la fiction de la réalité. Dans un univers imaginaire les propos litigieux d'un personnage fictif n'ont pas le même sens et la même portée que s'ils étaient prononcés dans un espace public réel. Le juge refuse de condamner des propos qui n'existent que sur le papier puisque cela aboutirait à assimiler l'auteur à son personnage. Parfois, comme en l'espèce, le caractère fictionnel du personnage présente des similarités biographiques avec l'auteur ce qui rend la tâche plus difficile de séparer la fiction du réel.

Ainsi, la « bien-pensance » voudrait lier l'œuvre à son auteur. Une sanction de l'auteur devrait alors conduire à une sanction de l'œuvre, même si celle-ci n'est pas litigieuse. Malgré une multiplication d'affaires récentes à fort écho médiatique, le juge, quant à lui, fait la distinction entre le comportement de l'auteur dans la vie réelle et son œuvre fictive. Il ne sanctionne donc pas une œuvre au motif que son auteur est immoral. Il résiste par conséquent à l'influence de la « bien-pensance » et favorise la liberté de création.

Chapitre 2. La subsidiarité des tribunaux

Force est de constater que le juge, insensible à l'influence de la « bien-pensance », voit son rôle s'affaiblir en ce qu'en pratique il semble peu saisi par les artistes (section 1) ou par les tiers victimes d'un préjudice attribué à l'œuvre (section 2).

¹ A. Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, La découverte, 2001, p.204 à 219.

² TGI Paris, 17^e ch., 16 nov. 2006, *D.*, 2001, p.2487, note E. Treppoz.

Section 1) Le choix de l'artiste de ne pas ester en justice

Malgré une jurisprudence souvent favorable à la création artistique et une liberté d'expression fortement protégée par les textes français et européens, on observe une certaine frilosité des artistes à revendiquer leurs droits en justice¹. Effectivement, en pratique, rares sont les artistes qui vont en justice pour défendre leur liberté d'expression créative. Cela peut s'expliquer par le fait que le revirement des tribunaux au profit de la liberté d'expression, dont fait partie la liberté de création, depuis les années 2000, n'est pas encore connu du public et que les procès longs et coûteux peuvent dissuader². Au-delà de ces raisons, une autre justification, plus informelle, pourrait également expliquer le peu de demandes en justice. En effet, comme l'a expliqué Monsieur Laurent Le bon, président du musée Picasso, l'artiste ne souhaite peut-être pas ester en justice car il appréhende de passer pour un artiste procédurier avec qui il serait difficile de travailler³. Cette réputation pourrait alors lui coûter toute possibilité de collaboration future avec une organisation culturelle. Il est donc plus avantageux et plus simple pour lui de faire un échange de bons procédés avec les professionnels du monde de l'art, qu'ils soient responsables de musées, commissaires d'exposition, réalisateurs etc. En contrepartie, l'artiste pourrait ainsi obtenir une compensation financière, une faveur, un patronage ou une recommandation, ce qui paraît bien plus avantageux qu'un procès long, coûteux et sans chance certaine de succès.

L'affaire Mounir Fatmi est une illustration de ce choix de l'artiste à ne pas ester en justice pour protéger son œuvre artistique. En effet, en 2014, le centre d'art de la communauté d'agglomération Toulon-Provence-Méditerranée avait passé un accord avec Mounir Fatmi pour que celui-ci expose en 2015 une vidéo mettant en scène Salman Rushdie. Puis, par peur de voir l'œuvre mal interprétée vu le contexte politique de l'époque, les organisateurs ont demandé à l'artiste de retirer cette œuvre de l'exposition à venir, ce que l'artiste a accepté de faire⁴. Il aurait pu refuser et aller en justice pour atteinte à sa liberté de création et rupture contractuelle. Toutefois, il était plus avantageux, pour lui, de remplacer l'œuvre polémique et de continuer à se faire exposer.

¹ B. Montels, *op. cit.*, §230.

² Entretien avec Marie-Laure Bernadac, conservatrice et commissaire d'exposition, le 19 mars 2020.

³ Entretien avec Monsieur L. Le Bon, conservateur de musée et actuellement président du musée Picasso à Paris, le 10 mars 2020.

⁴ A. Tricoire, D. Véron, J. Lageira, *op.cit.*, p.60.

Section 1) Le choix du censeur de ne pas ester en justice

Les tiers, comme par exemple des associations, qui décident d'aller en justice pour sanctionner une œuvre se heurtent à des procédures longues, chronophages et chères. De plus, les décisions sont souvent défavorables et les sanctions non satisfaisantes.

S'agissant de la longueur des procédures, l'affaire *Présumés Innocents*, organisée par le musée d'art contemporain de Bordeaux (CAPC) du 8 juin au 1^{er} octobre 2000, en est un exemple emblématique. Le 25 octobre 2000 l'association La Mouette porte plainte devant le juge, contre le directeur du CAPC et les commissaires de l'exposition, pour « *corruption de mineurs, diffusion d'images ou de représentations de mineurs présentant un caractère pornographique, et diffusion de messages à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter atteinte à la dignité humaine susceptibles d'être vus par des mineurs* », afin que les œuvres exposées soient pour certaines retirées et pour d'autres détruites¹. Une enquête du juge d'instruction est ouverte pendant une période de six ans. A la fin de celle-ci, en 2006, les organisateurs de l'exposition sont mis en examen mais la chambre d'instruction, confirmée par la Cour de cassation, décide d'un non-lieu². La procédure dure au total onze ans.

L'affaire suivante, quant à elle, est un exemple parmi d'autres d'une décision du juge peu favorable à des associations. En effet, le juge refuse d'annuler l'installation-performance *Exhibit B* de l'artiste Brett Bailey. En 2014, les directeurs du Théâtre Gérard-Philipe de Saint-Denis et du 104 à Paris voulaient montrer cette installation qui critiquait l'horreur coloniale et l'esclavagisme. Cependant des associations contre le racisme dénoncent l'œuvre comme étant raciste et portant atteinte à la dignité des personnes noires. Elles engagent de ce fait une procédure de référé-liberté pour demander l'annulation de la programmation devant le tribunal de Paris. Celui-ci rejette la demande le 9 décembre 2014 ce qui est confirmé en appel devant le conseil d'Etat le 11 décembre 2014³.

Enfin, les sanctions du juge prennent souvent la forme de compensations pécuniaires ou d'avertissements, mais condamnent rarement l'œuvre en elle-même. Par exemple, s'agissant des avertissements, le juge peut obliger les commissaires d'une exposition à

¹ A. Tricoire, D. Véron, J. Lageira, *op.cit.*, p.300 (v. extrait de la plainte).

² Crim., 2 mars 2011, n°10-82.250, *Bull. crim.*, n°44.

³ TA Paris, 9 nov. 2014, RG n° 1430123/9 ; CE, 11 déc. 2014, *JAC*, 2015, n°21, p.13, note P. Noual ; v. égal. *JAC*, 2015, n°22, p.35, note C. Goossens.

rajouter des cartels à l'entrée de l'institution culturelle ou d'une salle afin d'informer le public du message polémique que peut véhiculer la création artistique litigieuse. Il peut aussi imposer le rajout d'une mention dans le générique d'un film. Dans la littérature, il peut obliger l'éditeur à rajouter un message d'avertissement sur la couverture du livre ou à mentionner la condamnation¹. Seulement dans les cas les plus extrêmes, le juge pourra ordonner une censure partielle ou complète du passage d'un livre, d'une scène de théâtre ou d'un film². Comme vu précédemment, les sanctions appliquées par le public peuvent être bien plus sévères puisqu'elles peuvent consister en des violences verbales et physiques, des pressions mettant fin à la réputation d'un artiste ou au retrait d'une œuvre, du vandalisme, de la destruction, des boycotts, des pétitions ou des manifestations, et parfois même des menaces de mort³.

Ainsi donc, les décisions du juge officiel risquent de diminuer par manque de saisine. Cette tendance est accentuée par le rôle de ce nouveau public issu des réseaux sociaux qui, en émettant nombre d'avis et de commentaires, s'érige en tribunal populaire. Les œuvres protégées par le droit d'auteur sont alors soumises à des sanctions plus sévères et plus aléatoires que celles généralement données par le juge traditionnel.

Titre 2 – Le rôle émergent du « juge populaire »

La tendance à imposer plus rigoureusement ses revendications, la multiplication des causes et des sources d'indignation sur internet, la complaisance des acteurs du monde de l'art à la « bien-pensance » et la diminution des demandes en justice contribuent, entre autres, à l'émergence de ce nouveau « juge ». L'apparition de ce « juge » soulève de nombreux problèmes notamment celui concernant le droit à un procès équitable (chapitre 1). S'agissant du droit d'auteur, ce nouveau « juge » risque de nuire au respect du droit moral (chapitre 2).

Chapitre 1. La remise en cause du droit à un procès équitable

L'article 6 de la CEDH impose aux Etats membres de garantir à leurs citoyens le droit à un procès équitable. Autrement dit, en droit interne, l'Etat doit mettre en place un droit à un jugement effectif (section 1) et un droit à un tribunal indépendant et impartial (section 2).

¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, §445.

² Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5^e éd., LexisNexis, 2017, §274.

³ v. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1 de la présente étude.

Section 1) Le droit à un jugement effectif

Le droit à un procès équitable conduit au respect des garanties procédurales comme l'égalité des armes, le principe du contradictoire, le respect du déroulement d'un procès dans un délai raisonnable, le droit à un raisonnement juridique juste et le droit à un recours¹.

Selon le principe du contradictoire tous les éléments qui fondent la décision du juge traditionnel doivent pouvoir être discutés au préalable par chacune des parties à l'instance². En pratique, dans un tribunal, cela s'effectue par la communication préalable des conclusions de l'adversaire comprenant les arguments de fait, de droit et de preuve à partir desquels la partie sera jugée. Dans un tribunal populaire, la partie en défense, souvent l'artiste, n'a pas la possibilité de prendre connaissance en amont de son accusation et donc de prévoir une défense puisque la sanction suit aussitôt l'accusation. Les jugements par les internautes sont faits principalement à charge³.

De plus, les parties doivent connaître les moyens sur lesquels l'adversaire fonde sa prétention « en temps utile » afin d'avoir le temps d'organiser correctement leur défense⁴. Et, le déroulement de l'instance doit s'effectuer dans un délai raisonnable. Le respect de ces délais n'est pas effectué au sein d'un tribunal populaire où le jugement est expéditif⁵.

En outre, chaque partie doit prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention⁶. Au sein d'un tribunal populaire, la preuve des prétentions est souvent faible, voire inexistante. Effectivement, la critique d'une oeuvre se fait souvent sur des images vues sur internet ou par ouï-dire voire même parfois sans les avoir vues du tout. Sur les réseaux sociaux, l'internaute ne se fait pas toujours sa propre opinion mais a tendance à *liker* ou relayer le commentaire d'un autre internaute qui lui-même relaye le commentaire d'un autre, sans que le contenu n'ait été vérifié dans le processus. Cela crée des effets boule de neige et conduit à rendre des décisions sans prise en compte des intentions de l'artiste, du contexte ou de la mise en scène. Sans preuve il y a un risque non seulement de disproportion entre des faits plus ou moins vérifiés et la sanction donnée, mais aussi d'un recul du rationnel et de l'objectivité.

¹ N. Fricero, *Les institutions judiciaires*, 5^e éd., Lextenso, 2014, p.37.

² Art. 16 du CPC.

³ P.-Y. Gautier, « De l'influence des réseaux sociaux sur l'édiction du droit », *Dalloz IP/IT*, sept. 2019, n°9, p.493.

⁴ Art. 15 du CPC.

⁵ *Ibid.*

⁶ Art. 9 du CPC.

Par ailleurs, l'action de juger se fait après une instruction et des débats¹. Au cours de ces étapes, le juge développe un raisonnement juridique qu'il a appris à maîtriser. Ce raisonnement se développe autour de notions et de concepts précis à travers l'utilisation d'un syllogisme². Même si le législateur s'efforce de rendre la lettre de la loi intelligible, cette analyse juridique n'est pas à la portée de tous sans apprentissage. Ainsi, lorsque le juge rend sa décision il fait un exposé du litige, des prétentions des parties et du développement de la procédure. Puis, il énonce les motifs c'est à dire les motivations de fait et de droit qui l'ont incité à prendre cette décision³. Le « juge populaire », quant à lui, n'est pas un expert. Il forme en principe ses avis selon des croyances impactées par le ressenti et l'émotion, relayant ainsi au second plan la réalité des faits et de la règle de droit qu'il méconnaît souvent.

Enfin, grâce au principe du double degré de juridiction, une partie à un procès peut soumettre son litige à un second jugement s'il estime que la première instance n'a pas bien statué⁴. Dans un tribunal populaire un tel recours est impossible.

Section 2) Le droit à un tribunal indépendant et impartial

Le juge doit être impartial et indépendant⁵. En effet, il doit rendre une décision sans tenir compte de ses convictions personnelles, de ses *a priori*, de ses préférences politiques ou de ses amitiés. Il doit uniquement se fonder sur l'application de la règle de droit par rapport aux faits de l'espèce⁶. Plus spécifiquement, le juge doit respecter le recueil des obligations déontologiques des magistrats élaboré par le Conseil supérieur de la Magistrature⁷. Le « juge populaire », quant à lui, n'est pas impartial. Il utilise ses opinions, ses croyances personnelles, orientées ou non vers la défense de causes, pour juger d'une œuvre. Conduit par ses émotions, ses décisions sont donc subjectives et peuvent parfois être fondées sur des préjugés. Par ailleurs, le juge traditionnel doit statuer en dehors de toute influence ou pression extérieure, sans avoir à craindre une sanction ou espérer un avantage personnel. Il doit être indépendant par rapport au pouvoir exécutif et législatif. Le « juge populaire », quant à lui, est tout sauf

¹ G. Cornu, *op. cit.*, v. Jugement.

² J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, §70.

³ *Ibid.*, §148.

⁴ Art. 13 de la CEDH.

⁵ Art. L.111-5 du code de l'organisation judiciaire ; art. 6 de la CEDH.

⁶ N. Fricero, *op. cit.*, p.38.

⁷ « Recueil des obligations déontologique des magistrats », Dalloz, 2010, p. 1 à 12.

indépendant car il peut adhérer à un parti politique, à un syndicat ou à une association. En outre, il peut être acteur, juge ou média dans un même procès.

Ces caractéristiques du « juge populaire » remettent en cause la sécurité juridique qui est une fonction majeure du droit en ce qu'il permet la prévisibilité c'est à dire la certitude et la stabilité des situations juridiques¹. Cela permet d'établir une confiance des acteurs dans le système juridique. L'anonymat du « juge populaire » exacerbe cette insécurité. Cela lui permet d'être moins mesuré, de s'exprimer sans peur d'être reconnu et donc sans engager sa responsabilité².

Ce « juge populaire » s'est surtout développé avec l'essor d'internet et plus particulièrement des réseaux sociaux, qui eux-mêmes renforcent le quatrième pouvoir que constituent les médias traditionnels. L'on peut même se demander si ces réseaux sociaux ne formeront pas, dans un futur proche, un nouveau pouvoir à part entière, à côté de la loi, même si le juge ne le cite pas encore. En effet, le risque est que cette pression incontrôlable et grandissante impacte à terme le juge. Les affaires que ce dernier tranche, sont de plus en plus souvent relayées par les réseaux sociaux et ses décisions peuvent être largement critiquées par tout un chacun³. Le juge, qui est humain, va peut-être sans même s'en rendre compte, se plier progressivement aux opinions véhiculées par les réseaux sociaux et donc ainsi se laisser insidieusement influencer par la « bien-pensance » ambiante. Face à cela, le « juge populaire » qui émet des jugements bien-pensants, voit grandir son autorité.

Chapitre 2. Vers un infléchissement du droit moral de l'auteur

Si les sanctions prononcées par le « juge populaire » continuent à augmenter cela risque de remettre en cause le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre (section 1) et conduire à la méconnaissance du caractère perpétuel du droit moral (section 2).

Section 1) Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre

Le droit d'auteur confère à l'artiste un droit moral qui protège ses intérêts non économiques. Ce droit est composé du droit de repentir et de retrait, du droit de paternité, du

¹ J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, §3

² A. Devecchi qui recueille les propos de Maître Malka, *op. cit.*, p. 39.

³ P.-Y. Gautier, « De l'influence des réseaux sociaux sur l'édiction du droit », *Dalloz IP/IT*, sept. 2019, n°9, p.494.

droit de divulgation et du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre. S'agissant du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, celui-ci vient du latin *re speciere* signifiant « veiller sur la chose »¹. C'est donc à l'auteur, puis à ses ayant cause, à qui il revient de protéger l'œuvre originale de tout ajout, retrait, mutilation ou retouche. Effectivement, en vertu de l'art. L.121-1 du CPI « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre* ». Cet article est complété par l'art. 6bis de la Convention de Berne qui explique que l'auteur peut s'opposer à toute « *déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre* ». C'est ainsi que l'auteur jouit aussi bien du respect de « l'intégrité physique » mais aussi de « l'intégrité de l'esprit » sur son œuvre. « L'esprit » fait référence au fait que le cocontractant de l'artiste ou le public ne doivent pas détourner le sens, le but ou la « destination intellectuelle » que l'auteur donne à son œuvre². Le non-respect de l'intégrité de l'œuvre s'apprécie aussi bien *in abstracto* par rapport au « bon usage » fait de l'utilisation de l'œuvre qu'*in concreto* en regardant l'intention des parties³.

Avec l'essor de la « bien-pensance » on constate une augmentation des pétitions et des manifestations demandant la modification, le retrait ou l'annulation d'une œuvre. C'est le cas par exemple dans le milieu théâtral. Ainsi, en matière dramaturgique, « *l'entrepreneur de spectacles doit assurer la représentation ou l'exécution publique dans des conditions techniques propres à garantir le respect des droits intellectuels et moraux de l'auteur* »⁴. Sur ce fondement, le metteur en scène ne doit pas modifier, sans l'accord de l'artiste, le sens du texte, supprimer des actes ou changer le nom des personnages afin de respecter l'univers et la vision de l'auteur. En effet, le droit moral du metteur en scène est inférieur à celui de l'artiste⁵. C'est pourquoi lorsque le metteur en scène Léo Muscato modifie le dernier acte de l'opéra *Carmen* de Bizet en 2018 afin que le meurtre d'une femme ne soit pas applaudi, l'intégrité de l'œuvre est compromise⁶. De la même manière, lors de la représentation des *Suppliantes* d'Eschyle à l'Université Panthéon-Sorbonne le 25 mars 2019, des manifestants demandent le retrait des masques sombres que portaient les acteurs pour cause d'appropriation culturelle. Cette demande remet en cause l'intégrité de l'œuvre dans la mesure où le port du masque était d'usage dans le théâtre antique. Force est de constater que ce type de demandes augmente avec l'intériorisation de la « bien-pensance ». Elles concernent aussi bien les œuvres dramatiques que musicales, numériques, audiovisuelles ou littéraires.

¹ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11e éd., 2019, §194.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, §215.

⁴ L. 132-22 du CPI

⁵ *Ibid.*, §218.

⁶ T. Schlessler, *op. cit.*, p.249.

Par facilité, les exploitants peuvent être tentés de porter atteinte au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre.

Pour satisfaire le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, il faut aussi remplir une obligation de conservation. A ce titre, les œuvres commandées aux artistes ne doivent pas être détruites ou dégradées et doivent être entretenues¹. Une mairie ou un musée peuvent alors être tenus pour fautifs et négligents dans la garde de l'œuvre si celle-ci est vandalisée. C'est par exemple le cas de deux photographies de l'artiste Andres Serrano attaquées au pic à glace dans les locaux de la fondation d'art contemporain à Avignon. De même pour la sculpture de Paul MacCarthy, *The Tree*, installée dans le cadre de la Foire internationale d'art contemporain (FIAC) « Hors les murs », lorsqu'est dégonflée par des activistes sur la place Vendôme. Ainsi, l'intensification des sanctions populaires risque d'augmenter les atteintes au respect de l'œuvre mais aussi de jouer sur l'économie du contrat entre l'artiste et son cocontractant. Effectivement, le cocontractant qui néglige son obligation de conservation devra réparer l'artiste en nature². Si les sanctions persistent et se multiplient, soit une clause limitative de responsabilité devra être insérée pour éviter qu'une municipalité, un musée ou une galerie ne dépense trop dans la remise en état des œuvres ce qui mènerait à un inflexionnement de l'obligation de conservation et donc du droit moral ; soit les œuvres « polémiques » seront de moins en moins l'objet de commandes artistiques.

Section 2) Le caractère perpétuel du droit moral

En vertu de l'art. L.121-1 du CPI, le droit moral est un droit perpétuel, inaliénable et imprescriptible. S'agissant du caractère perpétuel, il signifie que le droit moral reste attaché à l'auteur même après son décès et même si ses droits patrimoniaux sont éteints. De plus, cela permet à ses ayant droits de l'exercer même quand l'œuvre est tombée dans le domaine public. Or, on constate aujourd'hui que ce caractère perpétuel est progressivement remis en cause par la diffusion de la « bien-pensance ».

Par exemple, dans le cinéma ou l'édition, il est de plus en plus fréquent de faire approuver des scénarios ou des manuscrits par des « sensitivity readers »³. La profession est apparue aux Etats-Unis et consiste à passer au crible des ouvrages afin de relever des passages qui risqueraient d'être perçus comme offensants, notamment envers les communautés

¹ P.-Y Gautier, *op. cit.*, §222.

² *Ibid.*, §223.

³ P. Jean, *L'homme surnuméraire*, Éd. Motifs, 2^e éd. 2018.

minoritaires¹. En France, pour le moment, il ne s'agit que de conseils permettant de guider l'auteur afin qu'il ne vexes pas une cause ou une communauté, que l'œuvre se trouve dans le domaine public ou pas². Maître Richard Malka, affirme que cette « indignation pour des petites choses » s'étend à l'université³. Il explique que pour éviter toute polémique il devient fréquent d'avertir les élèves avant l'étude d'un thème sensible pour que ces derniers ne se sentent pas froissés et qu'ils puissent sortir de la classe à tout moment⁴. Cet usage est en contradiction avec d'une part le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre en ce que l'éditeur « ne peut, sans autorisation écrite de l'auteur, apporter à l'œuvre aucune modification » et d'autre part avec la perpétuité de ce droit moral⁵. Ce droit au respect de l'intégrité de l'œuvre s'applique également, de façon identique, aux œuvres dont l'auteur est accusé d'immoralité. Or, une tendance récente voudrait qu'on lie l'œuvre à son auteur, quitte à passer outre la présomption d'innocence. Si cette tendance se confirmait sous l'influence de la « bien-pensance », cela reviendrait, par exemple, à vouloir retirer des bibliothèques les œuvres de Céline pour cause d'antisémitisme ou de Rimbaud pour trafic d'armes. Un tel comportement remettrait également en cause l'intégrité de l'œuvre et le caractère perpétuel du droit moral.

Cependant, à l'heure actuelle, le rôle de ce « juge populaire » n'est pas suffisamment établi pour avoir une incidence effective sur le droit moral qui n'est pas encore affecté par la « bien-pensance » (les articles du CPI sur l'intégrité des œuvres et la perpétuité du droit moral ne sont pas modifiés).

¹ *Ibid.*

² C. Fourest, op. cit., p. 121 à 126.

³ A. Devecchi qui recueille les propos de Maître, « La peur de l'islam, comme de toute autre religion, est un devoir », *Le Figaro Magazine*, 14 fév. 2020, p. 38.

⁴ *Ibid.*

⁵ L. 132-11 du CPI ; L.121-1 du CPI.

CONCLUSION

La « bien-pensance » ne peut pas encore être considérée comme un nouveau standard, mais elle vient toutefois limiter la création et l'exploitation des œuvres protégées par le droit d'auteur.

D'un point de vue sociologique, la « bien-pensance » s'apparente à un courant de pensée pouvant dicter et influencer les comportements. En effet, grâce à l'essor d'internet la « bien-pensance » est diffusée partout, dans toutes les sphères de la société, rapidement et massivement. Les réseaux sociaux permettent aux internautes de donner anonymement et immédiatement un avis ou d'émettre une critique pouvant se transformer en sanctions. Ces désaccords, toujours plus nombreux, peuvent se traduire par du vandalisme, des boycotts, des manifestations, des demandes de retrait ou de destruction d'œuvres. Cela conduit à une peur croissante chez les artistes ou leurs diffuseurs, de créer ou de montrer une œuvre reposant sur un thème polémique. C'est pourquoi l'autocensure s'intensifie. La « bien-pensance » appauvrit et limite donc la liberté de créer et d'exploiter des œuvres protégées par le droit d'auteur.

D'un point de vue juridique, la « bien-pensance » n'a pas le même écho, ou en tout cas pas de manière aussi directe. Effectivement, le législateur ne semble pas avoir changé son comportement dans la mesure où jusqu'à présent il n'a pas modifié les articles du CPI pour y intégrer la « bien-pensance ». Donc la protection accordée par le droit d'auteur aux œuvres originales reste inchangée. Le juge, quant à lui, ne cite pas la « bien-pensance » quand il rend ses décisions. Il semble même protéger la liberté de création en faisant un contrôle de proportionnalité favorable à la liberté d'expression et en appuyant sa motivation sur le principe selon lequel la vie réelle de l'artiste doit être séparée de son œuvre fictive. En ce sens donc, la « bien-pensance » ne constitue pas un nouveau standard.

Toutefois, à l'avenir, les comportements du juge et du législateur seront sûrement amenés à changer. En effet, premièrement, en ce qui concerne le juge, la multiplication des associations, des collectifs, des groupes de pression et des internautes œuvrant pour le respect de la « bien-pensance » conduit à l'apparition d'un citoyen qui devient « juge ». Face à l'impact croissant des réseaux sociaux, les décisions de ce « juge populaire » prennent de plus en plus de poids, affaiblissant *de facto* le rôle du juge traditionnel. En outre, l'intensification de la pression de cette « bien-pensance » pourrait même, dans certaines affaires, en mettant

les juges sous les projecteurs, les pousser à rendre des jugements hâtifs et attendus par l'opinion publique, ce qui remettrait en cause leur intégrité.

Deuxièmement, en ce qui concerne le législateur, si la « bien-pensance », relayée par les réseaux sociaux, continue à prendre de l'importance, il pourrait être amené à modifier les articles sur le droit d'auteur. Dans l'article L.112-1 du CPI, portant sur la protection accordée par le droit d'auteur, la formule « *quels qu'en soient le genre* » pourrait être supprimée et remplacée par une rédaction qui imposerait le respect de la « bien-pensance ». Ce changement provoquerait l'alignement du droit d'auteur sur le droit des marques et des brevets qui eux sont déjà soumis au respect de la dignité humaine, de l'ordre public et des bonnes mœurs¹. Une telle modification rendrait plus difficile l'obtention d'une protection par le droit d'auteur, les conditions à remplir étant plus strictes, et conduirait par conséquent à influencer l'artiste souhaitant bénéficier de cette protection. Cela viendrait donc limiter la liberté de création et d'exploitation. Par ailleurs, si une telle modification entrait en vigueur de manière rétroactive, elle pourrait porter atteinte au respect de l'intégrité de l'œuvre et à la perpétuité du droit moral. Ainsi, si la tendance se maintient, on peut penser que le rôle du juge et les articles du CPI tels qu'on les connaît aujourd'hui, seront amenés à évoluer.

¹ v. L.611-17 du CPI ; v. égal. L. 711-2 7° du CPI

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

PARTIE 1 : L'intégration de la « bien-pensance » dans les règles juridiques

Titre 1- Les manifestations de son intégration

Chapitre 1. La création du droit d'auteur

Section 1) L'immixtion indirecte dans la littérature

Section 2) L'immixtion indirecte dans l'audiovisuel

Chapitre 2. L'exploitation du droit d'auteur

Section 1) L'exploitation subordonnée au droit privé

Section 2) L'exploitation subordonnée au droit public

Titre 2- Les raisons de son intégration

Chapitre 1. L'essor d'internet

Section 1) Des internautes actifs

Section 2) Des œuvres moins protégées

Chapitre 2. L'émergence d'un nouveau public

Section 1) L'émission de critiques nouvelles

Section 2) L'intensification des pressions

PARTIE 2 : L'intégration de la « bien-pensance » dans les décisions du juge

Titre 1- Le rôle déclinant du juge officiel

Chapitre 1. La résistance des tribunaux

Section 1) Le contrôle de proportionnalité

Section 2) L'exception de fiction

Chapitre 2. La subsidiarité des tribunaux

Section 1) Le choix de l'artiste de ne pas ester en justice

Section 2) Le choix du censeur de ne pas ester en justice

Titre 2 – Le rôle émergent du « juge populaire »

Chapitre 1. La remise en cause du droit à un procès équitable

Section 1) Le droit à un jugement effectif

Section 2) Le droit à un tribunal indépendant et impartial

Chapitre 2. Vers un infléchissement du droit moral de l'auteur

Section 1) Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre

Section 2) Le caractère perpétuel du droit moral

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES

1) Textes français

a) Codes

Code de la propriété intellectuelle :

Art. L. 111-1

Art. L.112-2

Art. L.121-1

Art. L.122-2

Art. L.122-3

Art. L.123-1

Art. L.132-11

Art. L.132-17-1 et s.

Art. L.132-18 à L.132-22

Art L.533-5

Art L.611-17

Art L. 711-2

Code civil :

Art. 9

Art. 18

Art. 1103

Art. 1218

Art. 1226

Code pénal :

Art. 226-1

Art. 227-22

Art. 227-23

Art. 227-24

Code de procédure civile :

Art. 9

Art. 15

Art. 16

Code du cinéma et de l'image animée :

Art. L.211-1

Art. L.311-2

Art. R.211-12

Art. R. 211-13

Code de l'organisation judiciaire :

Art. L.111-5 et s.

Code général des collectivités territoriales :

Art. L.2212-2

b) Lois

Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, *JORF*, n°0135, p.9666.

Loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie du numérique.

Loi n°2006-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF*, n°0235.

c) Ordonnance n°45-1464 du 3 juillet 1945 sur le visa obligatoire pour la représentation et l'exportation des films, *JORF* 4 juill. 1945, p. 4060.

d) Décret n°2017-150 du 8 février 2017 relatif au visa d'exploitation cinématographique, *JORF* n°0034 du 9 fév. 2017, texte n°42.

2) Textes Européens et de l'Union Européenne

Convention Européenne des droits de l'homme :

Art. 6

Art. 8

Art. 10

Art. 13

Déclaration Universelle des droits de l'homme : Art. 11

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne : Art. 11

II. MANUELS ET DICTIONNAIRES

Dictionnaire usuel, Quillet-Flammarion, 1973, p.188.

C. Augé, P. Larousse, *Librairie Larousse*, n°5530, Petit Larousse, juin 1972.

J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2010.

G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, M. Long, P. Weil, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Dalloz, 2015.

Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5^e éd., LexisNexis, 2017.

G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018.

L. Favoreu, F. Mélin-Soucramanien, A. Pena, *Droit des libertés fondamentales*, 7^e éd., Dalloz, 2016.

N. Fricero, *Les institutions judiciaires*, 5^e éd., Lextenso, 2014.

P.-Y Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 11^e éd., PUF, 2019.

Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2018.

III. THÈSES ET MONOGRAPHIES

J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009.

B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, cinéma, télévision et numérique*, 3^e éd., LexisNexis, 2017.

X. Près, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, PUAM, 2004.

G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

A. Tricoire, D. Véron, J. Lageira, *Le Guide pratique de l'observatoire de la liberté de création : l'œuvre face à ses censeurs*, La Scène, 2020.

A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'homme*, Faculté de Poitiers, LGDJ, 2007.

IV. ARTICLES

- A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné », *D.*, 2016, p.137.
- G. Biard, « Le journalisme anti-vagues » in *Caricature mode d'emploi, Charlie Hebdo*, déc. 2019- janv. 2020, hors-série n°20, p. 2.
- M. Canedo, « Les soixante ans de l'arrêt *Société des films Lutécia* », *AJDA*, 2019, p. 2506.
- C. Caron, « Le consommateur en droit d'auteur » in *Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy, D.*, 2003.
- A. Devecchi qui recueille les propos de Maître, « La peur de l'islam, comme de toute autre religion, est un devoir », *Le Figaro Magazine*, 14 fév. 2020, p. 38.
- P.-Y. Gautier, « Le déclin de la propriété intellectuelle », *Revue de droit d'Assas*, 2015, n°10, p156.
- P.-Y. Gautier, « De l'influence des réseaux sociaux sur l'édiction du droit », *Dalloz IP/IT*, sept. 2019, n°9, p.493.
- M. Kozłowski, P. Kuper, M. Rowson, « Trop politiquement correct, trop politiquement nul », in *Caricature mode d'emploi, Charlie Hebdo*, déc. 2019- janv. 2020, hors-série n°20, p. 6 à 8.
- I. Lellouche Filliau, « L'année internet 2019 », *Médiamétrie*, 20 fév. 2020.
- A. Lepage, note Com., *Com. Élec.*, 2002, n°12.
- D. Maus, « A propos des ordonnances Dieudonné : dignité de la personne humaine et ordre public », *D.*, 2014. p.200.
- Riss, Édito in *Caricature mode d'emploi, Charlie Hebdo*, déc. 2019- janv. 2020, hors-série n°20, p.5.
- Riss, « Caricaturer...les minorités », in *Caricature mode d'emploi, Charlie Hebdo*, déc. 2019- janv. 2020, hors-série n°20, p. 29, 31.
- A. Tricoire, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légispresse*, nov. 2011, n°196, p.150.
- A. Tricoire, « L'atteinte au droit au respect de l'œuvre », *Légispresse*, déc. 2015, n°333, p.672 et s.
- A. Tricoire, « La bd numérique : nouveau marché, nouvelle censure » in *La censure en ligne, Question de droit*, janv. 2006, p.15.
- A. Tricoire, « La censure du cinéma, ça suffit ! », *Libération*, 30 déc. 2008.
- « Un nouvel éditeur retire de la vente des livres de Gabriel Matzneff », *Le Monde*, 8 janv. 2020.

V. JURISPRUDENCES

TGI Paris, 17^e ch., 16 nov. 2006, *D.*, 2001, p.2487, note E. Treppoz.
Crim., 2 mars 2011, n°10-82.250, *Bull. crim.*, n°44.
CE, 9 janv. 2014, « Affaire Dieudonné », *RFDA*, 2014, n°87, note O. Gohin.
TA Paris, 9 nov. 2014, RG n° 1430123/9.
CE, 11 déc. 2014, *JAC*, 2015, n°21, p.13, note P. Noual.
CE, 11 déc. 2014, *JAC*, 2015, n°22, p.35, note C. Goossens.
TA Paris, 31 juill. 2015, n°1511962/9.
CE, 30 sept. 2015, n°392461, *Dalloz IP IT*, 2016, p.606, note L. Franceschini.
Crim., 28 juin 2017, *com.*, *Com. élec.*, 2017, n°10, note A. Lepage.
Cass. Ass. plén., 25 oct. 2019, *D.*, 2019, p.195, note M. Afroukh.

VI. ENTRETIENS

Jean-François Canat, avocat en droit du marché de l'art, 2 février 2020.
Vincent Varet, avocat en propriété intellectuelle et nouvelles technologies et Professeur associé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 25 février 2020.
Clémentine Dabadie, directrice de Chabraque Productions, 5 mars 2020.
Laurent Le bon, conservateur de musée et président du musée Picasso, 10 mars 2020.
Benjamin Montels, avocat en droit d'auteur, droit du cinéma et de l'audiovisuel et maître de conférence, 11 mars 2020.
Marie-Laure Bernadac, conservatrice et notamment commissaire de l'exposition *Présumés Innocents*, 19 mars 2020.
Nicolas Binctin, Professeur de droit à l'Université de Poitiers, 20 mars 2020.

VII. AUTRES

A. Abdessemed, C. Ono-dit-Biot, *Nuit espagnole*, Éd. Stock, 2019.
C. Fourest, *Génération offensée : de la police de la culture à la police de la pensée*, Grasset, 2020.
P.-Y. Gautier, Enseignement méthodologique, déprogrammation du film *J'accuse* de R. Polanski, 3 fév. 2020, Paris II.
P. Jean, *L'homme surnuméraire*, Éd. Motifs, 2^e éd. 2018.
S. Lequette, Cours magistral *Droit de la communication et du numérique*, 2019-2020, Paris II.

T. Schlessier, *L'art face à la censure : six siècles d'interdits et de résistances*, BeauxArts, 2019.

Compte rendu des tables rondes organisé par le collectif 50/50 en collaboration avec le CNC, « La deuxième édition des assises pour la parité, l'égalité et la diversité dans la cinéma et l'audiovisuel », 14 nov. 2019.

Manifeste de l'Observatoire, *Les Inrockuptibles*, La Quinzaine Littéraire et Politis, mars 2003.
« Recueil des obligations déontologique des magistrats », *Dalloz*, 2010, p. 1 à 12.