



*LES LIMITES A LA LIBERTE ARTISTIQUE INDUITES
PAR LES MECANISMES PUBLICS DE SOUTIEN
A LA CREATION*

Mars 2011

METHODOLOGIE ET AVERTISSEMENT

La présente note a été élaborée par l'asbl Ligue belge des droits de l'Homme - section francophone à la demande du cabinet de la ministre de la Culture, de l'Audiovisuel, de la Santé et de l'Égalité des Chances de la Communauté française de Belgique. Elle est le fruit de quatre réunions d'un groupe de travail *ad hoc* rassemblant plusieurs membres de la Ligue et qui eurent lieu entre les mois de décembre 2010 et mars 2011. Ces réunions ont fixé les grandes lignes de ce document dont la rédaction a été assumée par :

- Madame Céline Romainville, membre de la Commission Droits économiques, sociaux et culturels de la Ligue des droits de l'Homme et aspirante FNRS au département de droit public de l'Université catholique de Louvain-la-neuve,
- Monsieur Julien Pieret, administrateur à la Ligue des droits de l'Homme et chercheur post-doc au Centre de droit public de l'Université Libre de Bruxelles,
- Monsieur Manuel Lambert, conseiller juridique à la Ligue des droits de l'Homme.

Bien que ses orientations générales aient été largement discutées parmi les organes décisionnels de la Ligue des droits de l'Homme, ce document se veut un document de travail et non une position officielle et définitive de la Ligue des droits de l'Homme. Il n'a donc pas vocation, à ce stade, à être diffusé au-delà des personnes qui en sont les commanditaires sauf accord exprès en ce sens.

INTRODUCTION

Le 22 juin 2010, à la suite d'une campagne lancée à l'initiative de plusieurs associations défendant les droits des personnes homosexuelles, le festival bruxellois « Couleur café » a confirmé l'annulation du concert de l'artiste jamaïcain *Beenie Man*, artiste initialement programmé le 26 juin¹.

Cette campagne, qui dénonçait les propos homophobes tenus par ledit chanteur, suscita plusieurs réactions politiques. En particulier, le secrétaire d'État bruxellois, Bruno De Lille, notamment en charge de l'Égalité des chances, menaça de remettre en question les subsides accordés au festival « Couleur Café » par les autorités et ce en raison de la programmation d'un chanteur appelant à la haine visant un groupe de la société².

À l'inverse, la ministre Fadila Laanan, en charge de la Culture et de l'Égalité des chances, interrogée au Parlement de la Communauté française³, a précisé qu'elle n'aurait « jamais menacé de supprimer une subvention à un opérateur de la Communauté française », soulignant, à cette occasion, que les organisateurs de Couleur Café sont des opérateurs rigoureux fonctionnant depuis 21 ans. Sans minimiser l'incident et en rappelant son opposition à toute discrimination liée aux préférences sexuelles, la ministre expliqua qu'en l'espèce, « la démocratie a joué son rôle grâce à la mobilisation des associations de défense des communautés homosexuelles ». Enfin, elle rappela les obligations décrétales de tout opérateur culturel, notamment celles liés au respect des valeurs fondamentales comme la diversité sexuelle.

Dans sa réponse à une question similaire⁴, la ministre annonça, d'une part, avoir contacté l'ensemble des festivals subventionnés pour attirer leur attention sur ce type de problématique et, d'autre part, envisager une évaluation relative au respect des dispositions contractuelles des opérateurs subventionnés. Enfin, elle insista sur l'importance « de ne pas se tromper de cible et de transformer la lutte contre ces phénomènes malsains en une atteinte frontale à la liberté d'expression ».

¹ Cet incident n'est pas le premier, ni le dernier dans son genre. En effet, on se souviendra notamment des affaires relatives au chanteur de rap *Orelsan*, au groupe *Sexion d'Assaut* ou encore au chanteur jamaïcain *Sizzla*.

² Voyez le communiqué du 22 juin 2010 disponible en ligne sur le site de Bruno De Lille ; URL : <http://brunodelille.be/fr/node/201> (consulté le 21 février 2011).

³ Parlement de la Communauté française, *Compte rendu intégral*, séance du 23 juin 2010, CRI 18, Question de M. Matthieu Daele intitulée « Présence d'un chanteur aux propos homophobes lors du Festival Couleur Café », pp. 9-10.

⁴ Parlement de la Communauté française, *Bulletin des questions et réponses*, 30 juin 2010, n° 9, Question n° 146 de M. Senesael du 29 juin 2010 « Couleur café, un chanteur homophobe déprogrammé », pp. 23-24.

Cet incident, dont la ministre a rappelé le caractère relativement rare, et les réactions qu'il a suscitées ont cependant mis en lumière la difficulté de concilier les mécanismes publics de reconnaissance et de soutien à la création d'une part, et les exigences démocratiques de la liberté d'expression, en particulier dans le domaine artistique, d'autre part. Or, la nécessité d'une politique de soutien à la création et à la diffusion n'a évidemment pas à être remise en cause. Dans plusieurs domaines artistiques, le soutien des autorités publiques est indispensable. L'absence de subvention publique peut sonner le glas d'un genre musical, d'un groupe en particulier ou d'un artiste. Les études réalisées en ce domaine démontrent sans équivoque la nécessité et la pertinence des mécanismes de subventionnement, des soutiens apportés par les institutions de diffusions subventionnées ou d'autres formes de soutien⁵.

En vue de baliser cette politique de soutien à la création et à la diffusion artistiques, il est évident que des critères de subventionnement peuvent être établis. En effet, le contexte budgétaire, marqué par une relative rareté des finances publiques, induit logiquement l'élaboration de critères forcément discriminants pour sélectionner les expressions qui seront soutenues par les pouvoirs publics. Ces critères peuvent générer, consciemment ou inconsciemment, des limites à la liberté d'expression artistique. Aussi doivent-ils éviter de créer une institutionnalisation de la culture et garantir une conciliation du soutien public positif aux arts et de la liberté artistique.

Les conditions posées à la reconnaissance et au subventionnement peuvent, en effet, induire une forme d'autocensure de la part des acteurs culturels, pour se couler dans le moule des institutions culturelles, des catégories établies par ces institutions et des critères formulés par elles. En d'autres termes, il convient d'être particulièrement prudent dans le *design* de la politique culturelle de la Communauté française afin que les mécanismes de reconnaissance et de subventionnement sur lesquels elle repose n'aboutissent à une restriction par trop importante de la liberté devant présider à la création et à la diffusion d'œuvres artistiques. Le risque d'une instrumentalisation des ces mécanismes en vue d'imposer une direction idéologique à la création artistique ne peut être négligé dès l'instant où l'on observe qu'il n'appartient pas qu'à l'histoire...

Ceci étant posé, tout le débat démocratique consiste précisément à déterminer le contenu des critères présidant à la sélection des opérateurs soutenus par les pouvoirs publics. À notre estime, au-delà de critères de qualité esthétique ou de critères pratiques tenant notamment à la forme juridique

⁵ Voy. récemment la publication suivante réalisée par le Service de la Recherche du Secrétariat général du ministère de la Communauté française : *Faits & Gestes, Un bilan de la culture en Belgique*, automne 2010, n°35. Disponible en ligne ; URL : <http://www.faitsetgestes.cfwb.be/nouveau35.asp> (consulté le 12 mars 2011).

des personnes que l'on envisage de subventionner, aucun critère de contenu ne peut être établi. En principe, ces critères ne sauraient valablement concerner le contenu des expressions culturelles soutenues. En effet, les critères de subventionnement et, plus largement, les politiques culturelles, doivent éviter de créer des déséquilibres importants entre les styles, les formes et les genres artistiques. À nos yeux, il n'en va pas différemment pour l'incitation à la haine ou à la diffusion de tout propos pénalement sanctionné. L'autorité publique ne peut venir restreindre *a priori* ces formes d'expressions qui sont condamnables lorsqu'elles ont été exprimées. Des recours sont en effet ouverts *a posteriori* à l'encontre tant des artistes ayant exprimé des propos incitant à la haine que des organisateurs de manifestations incitant à la haine⁶. À l'appui de cette position, nous rappellerons, dans un premier temps, l'ensemble des dispositions générales pertinentes en matière de liberté d'expression et de pluralisme idéologique (I). Dans un second temps, nous évoquerons les difficultés récurrentes que rencontre tout mécanisme conditionnant un soutien financier au respect de principes idéologiques (II).

I. LES PRINCIPES : LA LIBERTE D'EXPRESSION ET LES LIMITES AUX INGERENCES PREVENTIVES DE LA PART DES AUTORITES PUBLIQUES

Plusieurs normes encadrent plus ou moins drastiquement les possibilités d'intervention des autorités publiques dans le domaine de la liberté d'expression des acteurs culturels. On songe bien entendu à l'article 19 de la Constitution belge qui, de façon générale, interdit très largement toute mesure préventive de la part des autorités publiques (A). Dans l'arsenal juridique belge, l'on oublie trop souvent le Pacte culturel ; or, plusieurs dispositions de la loi du 16 juillet 1973 en appellent à la plus grande des prudences dans le chef des autorités publiques intervenant en matière culturelle (B). Enfin, on ne peut négliger les principes que l'on peut déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Foisonnante, éminemment casuistique, cette jurisprudence semble cependant protéger la liberté artistique de façon spécifique et n'admettre que des ingérences *a posteriori* (C). De cet ensemble de dispositions se dégage une orientation vers l'interdiction de toute forme de critère de subventionnement qui porterait sur le contenu des activités soutenues ; un tel critère s'analyserait, en effet, comme une mesure préventive dans la liberté artistique.

⁶ Voy. pour un exemple récent mais malheureusement isolé d'une condamnation d'un organisateur de concerts néo-nazis le jugement rendu le 9 mars 2011 par le tribunal correctionnel de Furnes à l'encontre des organisateurs de rassemblements des *Blood & Honour*. Sur ce jugement, voy. le communiqué de presse du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme du 9 mars 2011, disponible en ligne ; URL : http://www.diversite.be/index.php?action=artikel_detail&artikel=524 (consulté le 23 mars 2011).

A. Le régime libéral consacré par l'article 19 de la Constitution

La création est protégée de manière générale par l'article 19 de la Constitution :

La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés.

L'économie générale de cette disposition laisse entendre une interdiction de principe de toute forme de mesure préventive. Telle semble avoir en effet été l'intention initiale du Constituant⁷ et l'interprétation majoritaire de la doctrine la plus autorisée⁸. Enfin, la jurisprudence se prononce également en ce sens⁹.

Cette interdiction n'est cependant pas absolue ; dans certains cas exceptionnels, une mesure préventive peut être admise lorsqu'elle apparaît nécessaire à la conciliation avec d'autres dispositions relatives aux droits fondamentaux et ce *a fortiori* dans les domaines où la Constitution est lacunaire, ainsi l'audiovisuel. L'admission de telles mesures répond évidemment à des conditions particulièrement strictes¹⁰ : elles ne peuvent, en principe, n'émaner que d'une autorité judiciaire¹¹ et

⁷ En effet, cette volonté du Constituant de bannir ces restrictions a été établie, à la fois dans le contexte de l'article 19 et dans celui de l'article 25, après une analyse fouillée des travaux préparatoires par Jan Velaers. Voy. J. VELAERS, *De beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting*, Anvers, Maklu, 1991, p. 112 et pp. 514-516.

⁸ Voy. O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, III, Liège, H. Dessain, 1911, p. 440 ; K. RIMANQUE, « De vrijheid van informatie en de vrijheid van mening in verband met de uitzendingen van radio en televisie », *R.W.*, 1969-1970, p. 1601 ; J. DE MEYER, « Enkele overwegingen betreffende de drukpersvrijheid », *T.B.P.*, 1978, p. 3 ; M. KADANER et R. COIRBAY, « Audiovisuel : quelques décisions récentes », *A.M.*, 1997, p. 157 ; D. VOORHOF, *Handboek Mediarecht*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 25-26 et pp. 60 et s. ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 321 ; N. BONBLED, « La conciliation des restrictions constitutionnelles et conventionnelles à la liberté d'expression : le cas des discours haineux », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2005, n°3, pp. 421 et s.

⁹ Voy. Cass., 29 juin 2000, *A.M.*, 2000, pp. 446 ; C.E., arrêt n°89.216 du 7 août 2000 *Van Rossen* ; « Les dispositions des articles 19 et 25 de la Constitution ne font pas obstacle à ce que des délits de presse ainsi que des délits commis lors de l'exercice de la liberté d'expression soient punis. Elles interdisent qu'un contrôle préalable soit instauré sur l'usage de ces libertés, en d'autres mots que les intéressés ne soient autorisés à diffuser des imprimés et à exprimer des opinions avant qu'une autorité administrative ou d'autres tiers se soient exprimés à propos de leur admissibilité », C.E., arrêt n°89.368 du 28 août 2000, *Vanhecke* ; C.C., arrêt n°17/2009, 12 février 2009, B.61.2 ; C.C., n°40/2009, 11 mars 2009, B. 49/2. Ainsi, la Cour admet les sanctions établies à l'encontre de certaines expressions parce qu'elles ne comportent pas de mesures préventives : C.C., n°45/1996, 12 juillet 1996 (propos négationnistes) et C.C., n°10/2001, 7 février 2001 (partis liberticides).

¹⁰ Ainsi, Koen Lemmens estime qu'il faut « relativiser cette interdiction » et appelle à ouvrir le débat sur la réécriture de cet article de la Constitution ; voy. K. LEMMENS, « Taisez-vous Elkabbach ! L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2003, n°4, pp. 398 et s.

¹¹ Ce n'est que pour ces mesures judiciaires que la Cour de cassation a admis les mesures préventives : voy. Cass. 29 juin 2000 et Cass. 2 juin 2006. Par conséquent, la plupart des auteurs qui ont analysé ces arrêts partent du postulat que les mesures préventives ne peuvent être le fait que d'un juge.

doivent être indispensables à la conservation des droits d'autrui¹² sans pouvoir être justifiée par tout autre motif lié au contenu du travail concerné¹³.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle se prononce également en ce sens. Elle considère que, certes, la liberté d'expression n'est pas absolue et qu'elle peut ainsi faire l'objet de restrictions prévues par la loi. Cependant, ces restrictions doivent répondre à une nécessité sociale impérieuse et ne pas être disproportionnées aux objectifs poursuivis par le législateur¹⁴. Entre autres exemples, la Cour constitutionnelle, saisie d'un recours en annulation de certaines dispositions de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, a considéré que l'article 19 interdit l'usage de mesures préventives en général et de la censure en particulier¹⁵. Récemment, le Conseil d'État a ainsi pu réaffirmer, à l'occasion de l'« affaire Dieudonné », qu'« à supposer que des propos tombant sous le coup de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie risquent d'être tenus au cours du spectacle interdit par l'arrêt attaqué, ceux-ci ne pourraient justifier que des poursuites répressives, mais non une mesure préventive de police ; qu'en effet, l'article 19 de la Constitution garantit la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ; que la liberté d'expression

¹² Notamment dans la lutte contre les idées racistes : P. VANDERNOOT, « La Constitution belge et la diffusion d'« idées » racistes : mieux vaut prévenir que guérir ? », in *Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 521-568.

¹³ P. MARTENS, « Le juge peut-il être un censeur ? », *A.M.*, 2003, 5, p. 346. Ainsi, Koen Lemmens considère qu'il faut adopter une position plus neutre à l'égard des mesures préventives, en ce que celles-ci « peuvent aussi constituer des éléments précieux pour une meilleure protection des droits fondamentaux » ; K. LEMMENS, « Taisez-vous Elkabbach ! L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales », *op. cit.*, p. 390. Voy. auparavant M.-F. RIGAUX, « La licéité des restrictions et des interventions préventives – quelques réflexions », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1993, p. 59 et s. D'autres auteurs considèrent que la protection des droits fondamentaux par le régime répressif belge ne peut être considéré comme supérieure à celle de la Convention européenne des droits de l'Homme : S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 379-388. Voy. aussi M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 439-442. L'idée est qu'« à l'instar de vases communicants, le primat conféré au droit à la liberté d'expression des uns ne peut alors se traduire que par une diminution de la protection des droits conventionnellement garantis à d'autres personnes » ; N. BONBLED, M. LYS, « L'affaire Leempoel et Ciné Revue : le mot de la fin ? », *J.T.*, 2006/41, n° 6247, p. 791. Cette approche de l'article 19 de la Constitution présente en outre l'avantage de dépasser la cristallisation du conflit entre l'article 19 de la Constitution et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'application de l'article 53 de la Convention (qui fait prévaloir le régime le plus protecteur des Droits de l'Homme). En effet, par l'intervention des droits d'autrui, il n'est pas certain que le régime le plus protecteur soit celui de l'article 19 de la Constitution belge. Dans ce cadre, seraient admissibles les ingérences préventives qui sont nécessaires au respect par l'autorité de ses obligations positives découlant d'autres droits fondamentaux (Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST et S. van DROOGHENBROECK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 379-388).

¹⁴ C.C. arrêts n° 13/2000, 2 février 2000 ; n° 136/2003, 22 octobre 2003 ; n° 167/2005, 23 novembre 2005.

¹⁵ C.C. arrêt n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.75. Voir aussi C.C. arrêts n°17/2009, 12 février 2009, B.61.2. et B.62. ; n° 40/2009, 11 mars 2009, B.50.

constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun; qu'elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent les pouvoirs publics ou une fraction quelconque de la population ; qu'ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique ». Le Conseil d'Etat précise encore que « *le collège des bourgmestre et échevins (...) n'a pas reçu pour mission de veiller préventivement à la correction politique ou morale, voire même pénale, des spectacles et moins encore à celle, supposée, des artistes qui en donnent la représentation* »¹⁶.

En effet, si l'article 19 de la Constitution garantit la liberté d'expression dans tous les domaines, cette disposition n'empêche évidemment pas de sanctionner *a posteriori* des délits commis lors de l'exercice de cette liberté. Les délits envisagés à cette occasion concernent ceux relevant de l'incitation à la haine, tels que criminalisés, par exemple, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

En conclusion, selon l'article 19 de la Constitution, toute intervention préventive des autorités publiques qui aboutirait à interdire *a priori* un contenu déterminé à une expression notamment artistique rencontrerait de sérieux problèmes de comptabilité avec le régime libéral consacré par la Constitution belge. Il en serait ainsi d'un critère de sélection des opérateurs culturels subsidiés qui aboutirait à une telle situation en pratique. En d'autres termes, l'interdiction consacrée par l'article 19 de la Constitution s'applique également lorsque les pouvoirs publics interviennent de manière positive pour soutenir la création, la diffusion et la promotion de la diversité culturelle. Dès lors, les critères de subventionnement ne peuvent contenir aucune forme de censure *a priori* en ce qui concerne le contenu de l'expression ce qui, par ailleurs, ne fait obstacle en rien à des mesures qui s'imposeraient *a posteriori* si des propos tombant sous le coup de la loi pénale étaient prononcés lors des manifestations culturelles subsidiées.

¹⁶ C.E. (15^e ch. Réf.), 23 mars 2009, arrêt n°191.742, *J.L.M.B.* 2009, n° 20, p. 941. Un autre passage de l'arrêt mérite également d'être cité : le C.E. considère en effet, que « *le collège des bourgmestre et échevins (...) n'a pas reçu pour mission de veiller préventivement à la correction politique ou morale, voire même pénale, des spectacles et moins encore à celle, supposée, des artistes qui en donnent la représentation* ».

B. Le Pacte culturel comme garantie du pluralisme idéologique

Les dispositions établies dans la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques (dite loi du Pacte culturel)¹⁷ forment le cadre de l'action des pouvoirs publics en matière culturelle et établissent des principes obligatoires en ce qui concerne la relation entre les autorités publiques et les secteurs subventionnés.

Ces dispositions trouvent leur fondement dans les articles 10, 11 (principes d'égalité et de non-discrimination) et 131 de la Constitution (prévention de toute mesure de discrimination pour des motifs philosophiques ou idéologiques) dont elles constituent l'application.

L'article 17 de la loi dite du Pacte culturel dispose expressément que :

La programmation ou le contenu des activités qui se déroulent au sein de l'infrastructure culturelle ne peuvent faire l'objet d'intervention de la part des autorités publiques, ni des organes de gestion et d'administration, sauf en ce qui concerne les mesures qui relèvent du droit pénal, du droit social, du droit fiscal ou de la réglementation économique, et sans préjudice des garanties constitutionnelles.

Appliquée aux hypothèses à l'origine de la présente note, cette disposition exclut toute forme d'intervention des pouvoirs publics dans les programmations et les activités établies par des infrastructures culturelles subventionnées à l'exception des ingérences qu'impliquent les dispositions du droit pénal relatives à l'incitation à la haine. C'est à la lumière de ce principe que doit être envisagé l'article 3, §1^{er} de la loi sur le Pacte culturel qui dispose que :

Les autorités publiques doivent associer les utilisateurs et toutes les tendances idéologiques et philosophiques à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique culturelle, selon les modalités prévues par la présente loi, et pour autant qu'ils acceptent les principes et les règles de la démocratie et s'y conforment.

Ainsi, l'exclusion établie par l'article 3, § 1^{er} de la participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles des tendances qui ne respectent pas les principes et les règles de la démocratie ou, plus largement, l'exclusion de certaines expressions culturelles en raison de leur contradiction avec les « principes et règles de la démocratie » ne peut se comprendre que par rapport aux articles 17 du Pacte culturel et aux articles 19 et 25 de la Constitution. Telle semble être d'ailleurs l'opinion de la Commission nationale permanente du Pacte culturel dans un avis rendu le 9 décembre 1985¹⁸. Soulignons que dans un avis du 28 septembre 1992¹⁹, la Commission nationale

¹⁷ Mon. b. des 16 et 30 juillet 1973.

¹⁸ Avis n°379.

¹⁹ Avis n°619, Ville d'Anvers.

permanente du Pacte culturel a été jusqu'à considérer que le refus de la ville d'Anvers de prêter des locaux communaux à une association nationaliste flamande désireuse d'organiser une « journée des nationalistes » constituait « *une ingérence inacceptable de l'autorité publique dans la programmation et le contenu d'une organisation culturelle, qui permet de présumer qu'une discrimination d'ordre idéologique ou philosophique a été commise à l'égard de cette organisation* » alors même que l'association en cause était clairement identifiée comme une association d'extrême droite qui collaborait avec des mouvements néonazis.

Même si la Commission nationale permanente du Pacte culturel a par la suite exclu à plusieurs reprises des plaintes du *Vlaams Belang* concernant l'exclusion de ses membres à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles, force est de constater que cette Commission a toujours fait preuve de prudence dans l'application de l'article 3, §1^{er} de la loi dite du Pacte culturel, notamment en limitant l'application de cet article à des cas manifestes et avérés de violation des législations relatives à l'incitation à la haine et à la pénalisation du racisme et de la xénophobie. Cette prudence doit inspirer toute initiative que prendrait une autorité publique dans l'élaboration et la mise en œuvre de critères qualitatifs permettant de sélectionner les opérateurs qu'elle vise à soutenir financièrement.

C. La protection de la liberté d'expression par la jurisprudence européenne

L'ampleur du contentieux développé à la Cour européenne des droits de l'homme frappe les imaginations : ainsi, selon les statistiques fournies par le site de la Cour, au 31 octobre 2010, la Cour avait, depuis le 1^{er} janvier 2010, réceptionné 51.600 nouvelles requêtes, rendu 29.105 arrêts ou décisions et le nombre d'affaires pendantes à la date du 31 octobre s'élevait à 141.450. Dans ces conditions, une présentation exhaustive du contentieux relatif à la liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par la Convention est une tâche impossible²⁰.

Par ailleurs, ce contentieux génère des arrêts et décisions éminemment casuistiques dont il est régulièrement délicat de tirer des enseignements généraux pouvant être aisément transposés à d'autres ordres juridiques²¹.

²⁰ De manière générale, on ne saurait trop conseiller aux personnes intéressées de prendre connaissance de l'excellente chronique de jurisprudence de la Cour sous l'article 10 que fournit D. VOORHOOF dans chaque numéro de la revue *Auteurs & Media*.

²¹ Ainsi, un auteur évoque cette « casuistique imprévisible » ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 164.

Ainsi, la jurisprudence abondante relative à la liberté d'expression en Turquie ou dans certaines républiques nées du démembrement de l'Union soviétique apparaît par trop liée aux spécificités culturelles, religieuses et sociales de ces États membres du Conseil de l'Europe pour rigoureusement baliser des débats menés en Communauté française de Belgique.

Notons d'ailleurs que cette double caractéristique structurelle de l'état contemporain des droits de l'homme – emballement quantitatif et hyper casuistique – compromet très largement la dimension réellement opérante de clauses conditionnant un soutien administratif et/ou financier au « respect des droits de l'homme » en général.

Pour les besoins de la présente note, nous nous contenterons d'indiquer deux grandes tendances présentes dans la jurisprudence strasbourgeoise en nous référant à cette fin aux arrêts les plus récents et/ou significatifs : la confirmation d'une préférence exclusive pour des mesures *a posteriori* en matière de limites à la liberté d'expression et de discours incitant à la haine (1) ; la consécration progressive d'un statut particulier et d'une protection idoine à la liberté artistique (2).

1. *La protection de la liberté d'expression empêche en principe des mesures préventives d'interdiction*

Le catéchisme est bien connu : l'article 10 de la Convention protège aussi et surtout les idées qui « heurtent, choquent ou inquiètent »²² étant donné que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique »²³. Comme le souligne, Gérard COHEN-JONATHAN, cette pétition de principes fait écho au libellé de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 qui affirme que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme »²⁴. Ainsi, année après année, la liberté d'expression aurait acquis un « statut de droit préféré »²⁵ parmi les droits garantis par la Convention. En matière d'incitation à la

²² *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, § 49.

²³ *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, § 65.

²⁴ G. COHEN-JONATHAN, « Article 10 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 366.

²⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1999-2001, op. cit.*, p. 163. Il n'empêche que la doctrine anglo-saxonne est généralement critique à l'égard de la jurisprudence strasbourgeoise qu'elle estime trop peu libérale en matière de liberté d'expression. Ainsi, S. KENTRIDGE, « Freedom of Speech : Is It the Primary Right ? », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1996, spéc. p. 157. Voy. aussi le stimulant ouvrage suivant : L. ALEXANDER, *Is There a Right of Freedom of*

haine, la Cour raisonne très largement sur la base d'un test consistant à identifier si le discours en question appelle ou non à la haine ou la violence.

En réalité, mises à part les affaires relatives à la haine raciale ou au négationnisme du génocide juif, il est rare que la Cour arrive à déduire d'un discours un tel appel. Il est clair qu'en tout cas, la Cour ne saurait se limiter à un examen formel des termes pour arriver à ce constat. Ainsi, dans plusieurs affaires turques où une lecture littérale des propos incriminés traduisent sinon un appel direct à la violence, à tout le moins une glorification ou une légitimation de celle-ci, la Cour a conclu à une violation de l'article 10²⁶. Ce qui importe désormais aux yeux de la Cour c'est le contexte précis où la parole est émise, contexte qui seul peut induire un tel appel à la haine ou à la violence. Pour bien comprendre l'importance croissante de ce type d'analyse, un détour par l'article 17 de la Convention n'est pas inutile.

Aux yeux de la Cour, l'expression d'idées incitant à la haine raciale ne peut relever de la protection de l'article 10 car cette expression est condamnée en vertu de l'article 17 de la Convention. Le recours à l'article 17 est cependant strict : « *la déchéance de protection des activités liberticides ne frappe que les droits et libertés dont l'exercice est susceptible d'entraîner, dans un rapport de causalité directe, la destruction de la démocratie* »²⁷.

Ce rapport de « *causalité directe* » mis en évidence par la doctrine pourrait fort bien s'appliquer plus spécifiquement à celle de l'incitation à commettre un acte violent. Ainsi, il s'agirait de sanctionner les

Expression ?, New-York, Cambridge University Press, 2005.

²⁶ Voy. e.a. : pour des propos appelant à l'opposition au sein des comités de quartiers, *Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, spéc. § 50 ; à la grève générale, à la résistance et à la lutte prolétaire, *Seher Karatas c. Turquie*, arrêt du 9 juillet 2002, spéc. § 40 à 42 ; à la lutte et une incitation à « *faire brûler les feux de la liberté* », *Karkin c. Turquie*, arrêt du 23 septembre 2003, spéc. § 36 ; au ralliement à la lutte contre la tyrannie, *Odabasi c. Turquie*, arrêt du 10 novembre 2004, spéc. § 24 ; à soutenir des martyrs kurdes, *Yurttas c. Turquie*, arrêt du 27 mai 2004, spéc. § 89, *Azkaya c. Turquie*, arrêt du 30 novembre 2004, spéc. § 25, et *Capan c. Turquie*, arrêt du 25 juillet 2006, spéc. § 42 ; pour un discours légitimant la guerre menée par les kurdes, *Müslüm Özbey c. Turquie*, arrêt du 21 décembre 2006, spéc. § 24.

²⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1999-2001*, op. cit., p. 169. Ce dernier article pouvant aisément conduire à des abus, il est généralement considéré comme un « *simple principe d'interprétation* » (G. COHEN-JONATHAN, « Article 10 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op. cit., p. 387). Cependant, ces dernières années, et essentiellement dans des affaires relatives à des propos antisémites ou islamophobes, la Cour semble avoir renoué avec une conception plus substantielle de l'article 17 que l'on pensait obsolète : elle utilise cette disposition telle « *une guillotine en lui associant l'effet de déchoir purement et simplement l'individu liberticide de la protection conventionnelle qu'il réclame* » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 2002-2004*, vol. 2., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 145-146).

seules incitations susceptibles de provoquer directement un acte violent dont le risque de survenance est crédible. Cette appréciation *in situ* de tels discours apparaît déterminante dans plusieurs arrêts de la Cour. Elle renvoie au fameux test américain du « *clear and present danger* »²⁸.

Ainsi, la Cour mobilise-t-elle une analyse en termes de « *danger imminent* » ou de « *risque actuel* »²⁹. Et donc, « *en l'absence de lien entre les propos appelant au terrorisme et la possibilité que ceux-ci soient suivis d'effet, la liberté d'expression doit prévaloir et aucune sanction ne saurait l'entraver* »³⁰. Cette possibilité s'analyse eu égard au contexte précis d'énonciation de la parole³¹.

La Cour se rapproche finalement de l'option libérale sinon libertaire du philosophe belge Raoul VANEIGEM qui, après avoir postulé qu'« *il n'y a ni bon ni mauvais usage de la liberté d'expression, il*

²⁸ Sur cette évolution, notamment revendiquée par plusieurs juges européens dissidents dans différentes affaires, voy. M. OETHEIMER, « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, pp. 77-78. On lira aussi sur ce test un article approfondi sur sa supériorité par rapport à la doctrine dite des « *fighting words* » comparable à la doctrine continentale sur le discours incitant à la violence : M. J. MANNHEIMER, « The Fighting Words Doctrine », *Columbia Law Review*, 1993, p. 1527. Un raisonnement conséquentialiste d'ordre similaire, et corrélativement un rapprochement entre les cultures juridiques américaines et européennes, sont également observables dans la jurisprudence sous l'article 11 de la Convention (liberté d'association) ; voy. S. SOTTIAUX, « Anti-democratic Associations : Content and Consequences in Article 11 Adjudication », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2004, p. 585. Il fut d'ailleurs pleinement illustré dans l'affaire *Refah Partisi c. Turquie*, arrêt du 13 février 2003 spéc. § 103, où la Cour accepta la dissolution de ce parti par les autorités turques sous l'angle de l'article 11 notamment en raison du risque immédiat que ce parti, crédité dans les sondages de 38 à 67% d'intention de vote, applique son agenda politique exclusivement inspiré par une lecture réactionnaire de la Sharia. Voyez sur cette affaire, P. HARVEY, « Militant Democracy and the European Convention on Human Rights », *European Law Review*, 2004, spéc. pp. 416-418. Comparez avec *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998 et *Parti socialiste de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 12 novembre 2003, qui ne concluent pas à la violation de l'article 11.

²⁹ *Erbakan c. Turquie*, arrêt du 6 juillet 2006, spéc. § 68. Fut, par exemple et à ce titre, jugée contraire à l'article 10 l'interdiction d'un ouvrage biographique sur un militant communiste turc qui, huit ans après sa publication, n'avait toujours pas provoqué des manifestations de haine ou de violence ; voy. *Öztürk c. Turquie*, arrêt du 28 septembre 1999, spéc. § 69. Voy. aussi *Düzgören c. Turquie*, arrêt du 9 novembre 2006 qui a jugé que sanctionner l'auteur d'un tract incitant à se soustraire au service militaire était disproportionné vu notamment le fait que ce tract n'avait pas été distribué à proximité immédiate des casernes et que dès lors le risque de désertion induit par cette diffusion devait sérieusement être relativisé.

³⁰ A. MASSON, « De la possible influence de W.O. Holmes sur la conception de la liberté d'expression dans la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2006, p. 239.

³¹ Ainsi, réaffirmer son soutien au combat kurde et en minimiser les victimes civiles, à un moment de crise et de tension militaire, peut faire l'objet d'une sanction légitimée par le risque accru, vu le contexte, que cette parole favorise ou encourage la commission d'actes violents. Voy. *Zana c. Turquie*, arrêt du 25 novembre 1997, spéc. § 59 ; *Sürek c. Turquie (1) et (3)*, arrêts du 8 juillet 1999, spéc. et respectivement § 62 et § 40 ; et *Halis Dogan c. Turquie (3)*, arrêt du 10 octobre 2006, spéc. § 34 et 35. Voyez déjà en 1972, dans l'affaire *X c. Autriche*, la décision de la Commission qui accepte la sanction d'un ressortissant autrichien qui dans le contexte trouble du Tyrol du Sud incita à la commission d'actes violents et terroristes contre l'Italie, Décision du 14 décembre 1972, *Rec.*, vol. 42, p. 105.

n'en existe qu'un usage insuffisant », s'oppose à toute restriction de la liberté de parole : « je ne ferai qu'une exception : si vous arrivez au milieu d'une foule en colère, une corde à la main, et si vous désignez un noir en criant : « Pendez-le », alors vous méritez d'être poursuivi »³².

À travers cette théorie, c'est aussi l'impératif de concrétisation – bref de constitution de la réalité – qui doit guider la répression d'une parole considérée comme incitant à la haine ou à la violence³³, cette hypothèse reposant sur une contextualisation rigoureuse et précise de l'énoncé incriminé ainsi qu'un recherche de l'intention poursuivie par son auteur³⁴.

Enfin, reste la proportionnalité de la sanction infligée à un usage abusif de la liberté d'expression. En cette matière, la jurisprudence de la Cour tend à consacrer un « principe de subsidiarité du recours à la voie pénale »³⁵.

³² R. VANEIGEM, *Rien n'est sacré, tout peut se dire. Réflexions sur la liberté d'expression*, Paris, La Découverte, 2003, p. 15 et p. 61 (il paraphrase le philosophe du droit R. DWORKIN). Cet auteur cite aussi le cas de la radio des mille collines dans le contexte génocidaire rwandais ou de la fatwa prononcée contre Salman Rushdie où de l'argent était proposé au meurtrier de l'écrivain.

³³ Ainsi, il n'est pas inédit de lire dans la doctrine une analyse du champ d'application de la liberté d'expression reposant sur la philosophie du langage ordinaire et plus particulièrement sur la notion de performatif : ne pourrait être visée par une limitation que les paroles performatives, autrement dit celles qui modifient la réalité (voy. spécialement le chapitre 3 de l'ouvrage de K. GREENAWALT, *Speech, Crime and the Uses of Language*, New-York, Oxford University Press, 1989) et non celles qui pourraient seulement provoquer sa modification (voy. D. N. HUSAK, « What Is So Special about (Free) Speech ? », *Law and Philosophy*, 1985, spéc. p. 4).

³⁴ Dont il s'agit de favoriser « l'épanouissement personnel » à travers la protection de son expression ; V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 10 § 2 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 411. Ce n'est que lorsque la personne qui énonce des propos litigieux a déjà fait l'objet d'une condamnation pénale, par exemple pour avoir mené des activités terroristes, que la Cour se montrera nettement plus compréhensive envers des mesures d'interdiction préventives ou de condamnations pénales *a posteriori*. Voy. *Benli c. Turquie*, arrêt du 20 février 2007, spéc. § 45. Voy. aussi *Müslüm Gündüz c. Turquie*, décision du 9 novembre 2004. Ainsi, la Cour, dans quatre arrêts récents rendus le même jour, a jugé indispensable de souligner que « la liberté d'expression ne permet pas à la presse de servir de tribune de transmission des idées de violence à travers, entre autres, les déclarations des membres des organisations interdites » alors même qu'elle constatait une violation de l'article 10 en raison de la disproportion de la sanction. Voy. *Yildiz et Tas c. Turquie (1), (2), (3), et (4)*, arrêts du 29 décembre 2006, spéc. et respectivement § 31, § 35, § 33, et § 36.

³⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 2002-2004, op. cit.*, p. 82. En ce sens, voy. A. SCHAUS, « Les délits de presse à caractère raciste », in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS, *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 349-350 ; F. TULKENS, « Human rights as the good and the bad conscience of penal law », Contribution au séminaire Crimprev Info 02 - WP3 intitulé « Facteurs de la criminalisation - une approche européenne comparative », Bruxelles, avril 2007, pp. 13-15 ; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 511. Sur la question de la répression de l'exercice de la liberté d'expression, voy. aussi J. PIERET, « Liberté d'expression et lutte contre le terrorisme : limites et dérives du performatif juridique », *Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, 2007, vol. 35, pp. 218-226 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE,

Ce n'est qu'exceptionnellement, « lorsqu'il s'agit de l'expression d'une doctrine totalement incompatible avec la démocratie et les droits de l'homme », que, « la répression pénale apparaît nécessaire »³⁶. Cette répugnance à la sanction pénale s'explique aussi par la nécessité de favoriser la vigueur du débat public d'intérêt général : « il faut se garder de décourager les citoyens, par peur de sanctions pénales ou autres, de se prononcer sur de tels problèmes »³⁷. C'est pourquoi le sursis n'est pas non plus particulièrement bien vu par la Cour : il aboutit à une autocensure des personnes condamnées³⁸. *A fortiori* la peine privative de liberté ne doit être autorisée qu'en cas de « circonstances exceptionnelles »³⁹. Sa durée doit être réduite au strict nécessaire⁴⁰.

Mais la Cour peut aussi se montrer très sévère dans l'appréciation des sanctions non pénales prises à l'égard d'une personne. Ont ainsi pu être considérées comme excessives certaines sanctions commerciales – les nombreuses confiscations ou interdictions de vendre critiquées par la Cour – et certaines sanctions civiles telle qu'entre autres et récemment la condamnation à payer un franc de dommages et intérêts et à publier un communiqué judiciaire⁴¹.

Si la Cour fixe des limites relativement strictes à toute réaction excessive face à un propos subversif, *a fortiori* se montre-t-elle particulièrement réservée à l'égard de mesures préventives. Cette question était au cœur d'une récente affaire relative à une décision judiciaire ayant prononcé l'interdiction de diffuser un reportage mettant en cause un médecin présenté comme responsable de plusieurs erreurs médicales. Saisie par la R.T.B.F., la Cour européenne estima sans équivoque que les mesures d'interdiction préalable devaient demeurer exceptionnelles.

« Certes, l'article 10 de la Convention n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la publication. En témoignent les termes « conditions », « restrictions », « empêcher » et « prévention » qui y figurent (...) De telles restrictions présentent cependant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus attentif. Dès lors,

S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 79-80.

³⁶ V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 10 § 2 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 415.

³⁷ *Barfod c. Danemark*, arrêt du 22 février 1989, § 29.

³⁸ *Müslüm Özbek c. Turquie*, arrêt du 21 décembre 2006, § 28

³⁹ *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, arrêt du 17 décembre 2004, § 115.

⁴⁰ *Voy. e.a. Chorherr c. Autriche*, arrêt du 25 août 1993 par lequel la Cour admet une privation de liberté limitée à la durée d'un défilé militaire que le requérant chahutait et risquait de perturber, spéc. § 30.

⁴¹ *Giniewski c. France*, arrêt du 31 janvier 2006, spéc. § 55 ; *Brasiliier c. France*, arrêt du 11 avril 2006, § 43. Cette remise en question radicale de la sanction est cependant critiquée par E. DREYER, « Observations sur quelques applications récentes de l'article 10 de la Convention européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 634.

ces restrictions préalables doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels »⁴².

Si le cas d'espèce concernait la diffusion d'un reportage télévisé, le raisonnement peut tout à fait s'appliquer à un autre type de diffusion elle aussi annoncée au préalable, tel un spectacle scénique. De même, si la Cour envisage l'intervention d'un juge, l'on imagine sans difficulté qu'une décision similaire adoptée par une autorité ne présentant pas les garanties notamment procédurales que celles d'un magistrat indépendant ne saurait passer pour acceptable au regard de l'article 10 de la Convention.

« Un contrôle judiciaire de la diffusion des informations par quelque support de presse que ce soit, opéré par le juge des référés, sur la base de la mise en balance des intérêts en conflit et dans le but d'aménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques pour l'application d'une restriction préventive à la liberté d'expression. À défaut d'un tel cadre, cette liberté risque de se trouver menacée par la multiplication des contestations et la divergence des solutions qui seront données par les juges des référés. En effet, d'une part, les programmes télévisés sont souvent annoncés d'avance et publiés dans la presse, ce qui permet aux personnes qui craignent d'être mises en cause de saisir éventuellement le juge avant la diffusion prévue ; d'autre part, le pouvoir discrétionnaire des juges des référés et la multiplication des solutions risque de conduire à une casuistique en matière des mesures préventives dans le domaine de l'audiovisuel, impropre à préserver l'essence même de la liberté de communiquer des informations »⁴³.

2. *La consécration progressive d'une liberté artistique spécifique*

L'autre grande tendance pertinente s'agissant d'éclairer toute décision qui pourrait être adoptée en vue de gérer au mieux les incidents similaires à ceux survenus durant l'été 2010 vise la consécration progressive d'une liberté artistique devant jouir, aux yeux de la Cour, d'une protection renforcée. L'affaire concernait une mesure de saisie, prononcée par les autorités turques, de l'ouvrage *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire. L'arrêt rendu par la Cour confirma qu'à la liberté d'expression correspond nécessairement un droit à recevoir des informations et une obligation corrélative consistant à ne pas faire obstacle à cette circulation⁴⁴. En l'espèce, la Turquie ne pouvait mettre en

⁴² *R.T.B.F. c. Belgique*, arrêt du 29 mars 2011, § 104.

⁴³ *Ibidem*, § 114.

⁴⁴ *Voy. Leander c. Suède*, arrêt du 26 mars 1987, § 74 ; *Gaslin c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, § 52 ; *Guerra et autres c. Italie*, arrêt du 19 février 1998, § 53 ; *Roche c. Royaume-Uni*, arrêt du 19 octobre 2005, § 172. Constitue une violation de la liberté de recevoir des informations et des idées une censure excessive des manuels scolaires (Cour eur. dr. h., arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, §§248-254), la condamnation d'une personne pour possession d'un journal et de son supplément sans base légale (Cour eur. dr. h., arrêt *Salihogly c. Turquie* du 21 octobre 2008, §§ 22 à 32), l'interdiction absolue de communiquer des informations à des femmes enceintes sur les possibilités d'avortement dans des pays étrangers (Cour eur. dr. h., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29

œuvre une mesure qui rendait ineffectif le droit du public de pouvoir prendre connaissance d'une œuvre culturelle⁴⁵.

Cet arrêt *Akdas* marque une « *petite révolution* »⁴⁶ dans la jurisprudence de la Cour.

Certes, cette dernière ne va pas jusqu'à consacrer explicitement une spécificité artistique qui serait susceptible de déroger radicalement du régime commun de la liberté d'expression ; cependant, elle signe, dans cette affaire, une avancée remarquable dans l'attention spécifique devant être accordée à la création artistique qui peut, comme en l'espèce, se distinguer par une dimension outrancière, burlesque voire même franchement malsaine. Dans son commentaire à cet arrêt, Céline RUET explique bien l'importance qu'il s'agit de conférer aux œuvres artistiques qui peuvent « *comporter une dimension de provocation gratuite* »⁴⁷, dimension assurément couverte par le spectre de l'article 10 de la Convention. En effet, il est évident que si les États membres, usant de la marge d'appréciation que leur laisse cet article, pouvaient instrumentaliser leurs référents culturels, religieux ou idéologiques en vue de faire obstacle à la diffusion de toute œuvre qui leur serait opposée, la liberté artistique deviendrait une coquille vide. L'avenir nous apprendra si la Cour poursuivra la voie tracée par l'arrêt *Akdas* en affinant cette première ébauche encore embryonnaire d'une liberté artistique dont les spécificités justifieraient un régime protectionnel plus libéral. Toujours est-il que la combinaison de ces deux tendances observables aujourd'hui à Strasbourg – interdiction de mesure préventive et reconnaissance progressive de l'exception artistique – semble

octobre 1992, §§ 55 à 80), ou le refus de communiquer des informations relatives à un dossier psychiatrique au détenu interné (Cour eur. dr. h., arrêt *Herczegfalvy c. Autriche* du 24 septembre 1992, §§ 93-94.). La Cour reconnaît par ailleurs l'existence d'un droit pour le public de recevoir des informations dans des affaires relatives à des restrictions de la liberté de la presse, comme corollaire de la fonction propre aux journalistes de diffuser des informations ou des idées sur des questions d'intérêt général (Cour eur. dr. h., arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, § 52; Cour eur. dr. h., arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* du 26 novembre 1991, § 59 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Thorgeirson c. Islande* du 25 juin 1992, § 63 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Sirbu c. Moldova*, 15 juin 2004, § 16.).

⁴⁵ *Akdas c. Turquie*, arrêt du 16 février 2010, § 30. Sur cet arrêt, voy. C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique*, manuscrit, Louvain-la-neuve, 2011, pp. 200-202 et pp. 517-520 ; C. RUET, « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, n° 83, pp. 917-935 ; A. LATIL, « La cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, n° 83, pp. 769-780 ; M. LEVINET, « Condamnation d'une entrave à l'accès du public à une œuvre du patrimoine littéraire européen », *J.C.P.*, 2010, p. 261 ; JP. MARGUENAUD et B. DAUCHEZ, « Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen », *Dalloz*, 2010, p. 1051 ; A. ZOLLINGER, « CEDH : nouvel équilibre entre liberté artistique et protection de la morale », *Legipresse*, 2010, n° 271, III, p. 78.

⁴⁶ C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique*, *op. cit.*, p. 519.

⁴⁷ C. RUET, « L'expression artistique au regard de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence européenne », *op. cit.*, p. 922.

plaider pour une modération certaine de la part des pouvoirs publics dans l'élaboration et la mise en œuvre de critères présidant à la sélection des projets et manifestations subsidiés. De nouveau, les instruments juridiques pertinents en ce domaine semblent largement privilégier une réaction *a posteriori* lorsque les conditions de poursuite d'un discours incitant à la haine et à la violence sont remplies. Tels sont les principes.

La seconde partie de cette étude se penchera sur les dispositifs actuellement en vigueur et qui font des droits de l'homme l'un des instruments de sélectivité des pouvoirs subsidiaires en matière culturelle et associative, voire politique. Ce type de clause qui tend à se multiplier pose d'importantes questions théoriques et pratiques ; le rappel de ces questions, largement relayées par le Conseil d'État, et le résultat mitigé auquel ces clauses aboutissent devraient sans doute conduire la Communauté française à entamer une réflexion sereine sur l'éventualité de leur modification.

<p>II. LA PRATIQUE : L'EFFICACITE DOUTEUSE DES MECANISMES CONDITIONNANT UN SOUTIEN FINANCIER AU « RESPECT DES DROITS DE L'HOMME »</p>
--

L'enjeu soulevé par l'affaire *Beenie Man* renvoie à l'interprétation du spectre couvert par l'article 3 du décret cadre du 10 avril 2003 relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des Arts de la scène⁴⁸. En effet, en conditionnant la reconnaissance ou le subventionnement des opérateurs culturels au respect des valeurs démocratiques, cette disposition pourrait constituer un outil décisif en vue de limiter ou supprimer la reconnaissance ou le subventionnement d'un opérateur qui aurait la désagréable habitude d'inviter des artistes aux propos incitant à la haine. Or, le libellé de cet article ainsi que la philosophie qu'il sous-tend a généré une critique persistante que nous rappellerons brièvement (A). Cette critique s'inscrit dans le sillage d'un scepticisme plus général visant tout type de disposition similaire qui conditionne une intervention des pouvoirs publics au respect des droits fondamentaux et des principes démocratiques (B).

A. La critique du Conseil d'État à l'égard des clauses susceptibles de porter atteinte à la liberté d'expression

À de nombreuses reprises, la section de législation du Conseil d'État a rappelé qu'il était très difficile de concilier liberté d'association et contrôle de l'autorité qui subventionne, tout en adoptant une interprétation médiane. La section de législation a toujours rappelé que les conditions de

⁴⁸ *Mon. b.*, 19 mai 2003.

subventionnement devaient être respectueuses de l'esprit de la loi du 27 juin 1921 et ne peuvent s'écarter des dispositions impératives de celle-ci⁴⁹. Le même Conseil d'État a également rappelé qu'« *il ne peut être admis, au regard du principe de la libre association, que l'autorité publique en vienne à (...) imposer aux activités de ces associations des contraintes telles que celles-ci, parce qu'elles n'auraient d'autres choix que de devenir de simples exécutants de la politique décidée par l'autorité, seraient dénaturées de leur essence même* »⁵⁰.

Dans cette perspective, le Conseil d'État a rappelé que la liberté d'association est violée lorsqu'une disposition soumet la reconnaissance, le subventionnement ou la création de services au respect, par l'association qui demande la reconnaissance, le subventionnement ou la création d'un service, de l'obligation d'insérer une clause stipulant que ladite association « *agit en dehors de toute considération raciale, politique, philosophique ou religieuse* »⁵¹. Par ailleurs, le Conseil d'État a également rappelé que le subventionnement ne pouvait en aucune manière venir entraver la liberté d'expression.

Dans le décret relatif au soutien des arts de la scène⁵², une condition de respect de la Convention européenne des droits de l'Homme est imposée aux candidats. Ainsi, l'article 3 prévoit que :

§ 1^{er}. Les conditions de reconnaissance ou de subventionnement et leur mise en œuvre ne portent pas atteinte à la liberté d'expression.

§ 2. Sans préjudice des dispositions particulières qui y sont relatives, la reconnaissance et le subventionnement ne pourront pas intervenir au bénéfice, d'une part, des personnes morales ou, d'autre part, des personnes physiques qui appartiennent à un organisme ou une association dont il est établi par une décision de justice coulée en force de chose jugée qu'ils ne respectent pas les principes de la démocratie tels qu'énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation des génocides commis par le régime national-socialiste pendant la seconde guerre mondiale ou toute autre forme de génocide.

⁴⁹ C.E., avis du 3 juillet 1991, sur un avant-projet de décret « fixant les conditions de reconnaissance et d'octroi de subventions des centres culturels » ; *Doc. Parl.*, Conseil de la Communauté française, 1991-1992, n°230/1, pp. 17-18.

⁵⁰ C.E., avis du 25 septembre 1996 sur un avant projet devenu le décret du 14 juillet 1997 portant organisation de la promotion de la santé en Communauté française.

⁵¹ Voy. R. ANDERSEN, P. NIHOUL, P. JOASSART, « Le Conseil d'état – Chronique de jurisprudence 2002 », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2004, p. 64 ; D. DE ROY, « L'incidence de l'octroi d'une subvention sur le bénéficiaires : les effets "secondaires" », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 477-481.

⁵² Décr. Comm. fr. relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, *Mon. b.* 19 mai 2003.

Les travaux préparatoires précisent que cette condition est établie pour « *rappeler que le subventionnement ne peut porter atteinte à la liberté fondamentale qu'est la liberté d'expression, et aux principes démocratiques* »⁵³ et que l'appréciation des éventuelles atteintes aux principes démocratiques se fera « *au regard de faits avérés, ayant fait l'objet d'une condamnation, et non de simples considérations* »⁵⁴. Cette interprétation rejoint sur ce point les principes rappelés dans la première partie de cette étude.

La formulation finale du décret est calquée sur le projet de décret, à ceci près qu'elle intègre désormais dans le texte l'exigence d'une décision de justice coulée en force de chose jugée.

Cette clause a été très critiquée dans l'avis de la section de législation du Conseil d'État. La section de législation a considéré que cet article du décret impliquait une ingérence dans la liberté d'expression et dans la liberté d'association et que la disposition à la source de ces ingérences « *par sa formulation générale, ne semble répondre ni aux exigences de clarté et de prévisibilité de toute mesure restrictive des droits et libertés, ni au principe de proportionnalité qui doit caractériser une telle mesure* »⁵⁵.

Le Conseil d'État a précisé que « *s'il peut être admis que le fait de ne pas respecter "les principes de la démocratie", notamment par le biais de l'appartenance à un organisme ou à une association, peut, à certains égards et sous la réserve du contrôle juridictionnel, être pris en compte par l'autorité qui reconnaît ou qui subventionne, encore convient-il que les faits précis retenus à charge de la personne, de l'organisme ou de l'association revêtent un caractère minimal de gravité et que ces faits posent objectivement problème au regard des activités reconnues ou subventionnées* »⁵⁶. Or, rien dans la clause insérée dans le projet de décret – et dans le décret – ne permet de s'assurer qu'un tel seuil minimal de gravité soit toujours exigé⁵⁷. Selon le Conseil d'État, la clause ne permet pas non plus de garantir la précision requise dans l'identification des « principes démocratiques » qui peuvent exclure

⁵³ *Doc. Parl.*, Parlement de la Communauté française, 2002-2003, Projet de décret cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, Commentaire des articles, n° 359-1, 7 janvier 2003, p. 7.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Doc. Parl.*, Parlement de la Communauté française, 2002-2003, Conseil d'État, section de législation, avis n°33.745/4 sur un projet de décret cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, n° 359-1, 30 octobre 2002, pp. 49-50.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁷ Comp. avec l'article 15ter de la loi de 1989 sur le financement des partis politiques, qui établit que « *lorsqu'un parti politique par son propre fait ou par celui de ses composantes, de ses listes, de ses candidats, ou de ses mandataires élus, **montre de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants son hostilité envers les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, et par les protocoles additionnels à cette Convention en vigueur en Belgique*** », la dotation peut être supprimée. Nous soulignons.

des artistes du subventionnement public. Le Conseil d'État a ainsi critiqué le silence du texte sur les critères à mettre en œuvre pour déterminer si une personne respecte ou non ces principes. Une condamnation judiciaire était exigée dans les travaux préparatoires.

Mais, se demande le Conseil d'État, faut-il que cette condamnation ait été prononcée en application de la loi du 30 juillet 1981 ou de la loi du 23 mars 1995 ? Que se passerait-il si le juge n'a pas estimé nécessaire de prononcer, en sus de ladite condamnation, l'interdiction des droits civils et politiques ? Par ailleurs, rien dans le décret ne permet de garantir que l'on impute bien le comportement attentatoire aux principes démocratiques à la bonne personne ou à la bonne association, ni d'exclure que la simple affiliation à une association à laquelle le comportement est imputable réponde aux critères nécessaires justifiant une ingérence dans la liberté d'expression⁵⁸. En l'absence de critères plus précis, ces conditions laissent, selon le Conseil d'État, une trop grande marge d'appréciation aux autorités politiques.

B. L'efficacité douteuse des clauses conditionnant le soutien des autorités publiques au respect des droits de l'homme

Les clauses similaires à celle prévue à l'article 3 du décret organisant la reconnaissance et le subventionnement des arts de la scène tendent à se multiplier au sein de textes organisant le soutien des autorités publiques à plusieurs secteurs associatifs⁵⁹.

L'exemple prototypique d'une telle clause nous est bien entendu fourni par l'article 15^{ter} de la loi de 1989 sur le financement des partis politiques⁶⁰.

⁵⁸ *Doc. Parl.*, Parlement de la Communauté française, 2002-2003, Conseil d'État, section de législation, avis n°33.745/4 sur un projet de décret cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, n° 359-1, 30 octobre 2002, pp. 49-50.

⁵⁹ Pour une analyse critique de cette multiplication, voy. O. PAYE, S. VAN DROOGHENBROECK, « L'effet préventif de la Convention sur l'action politique en Belgique : entre contrainte et ressource », in V. CHAPAUX, J. PIERET (éd.), A. SCHAUS (dir.), *50 ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 17-28.

⁶⁰ Voy. art. 15^{ter} de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales pour les élections des chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques, *Mon. b.* 20 juillet 1989, inséré par la loi du 12 février 1999 et la loi du 17 février 2005 : « § 1. *Lorsqu'un parti politique par son propre fait ou par celui de ses composantes, de ses listes, de ses candidats, ou de ses mandataires élus, montre de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants son hostilité envers les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, et par les protocoles additionnels à cette Convention en vigueur en Belgique, la dotation, qui en vertu du présent chapitre est allouée à l'institution visée à l'article 22 doit, si (l'assemblée générale de la section d'administration) du Conseil d'État le décide, être supprimée dans les quinze jours par la Commission de contrôle à concurrence du montant décidé par le Conseil d'État. La demande introduite par au moins un tiers des membres de la Commission de contrôle doit être adressée directement au Conseil d'État. Sous peine d'irrecevabilité, la demande ainsi transmise*

Il n'est pas question, dans le cadre limité de cette étude, de revenir sur les multiples vicissitudes rencontrées par ce dispositif⁶¹. Il nous suffit ici de faire écho aux nombreuses critiques adressées par la section de législation du Conseil d'État relatives tant à la précision douteuse du critère envisagé qu'à la procédure initialement prévue pour examiner les plaintes visant à obtenir la suspension de la dotation d'un parti dont l'hostilité vis-à-vis des principes proclamés par la Convention est manifeste. La Cour constitutionnelle, à deux reprises, fut saisie en vue d'examiner la constitutionnalité du dispositif⁶². Or, dans ces deux arrêts, la Cour a insisté sur l'interprétation stricte devant présider à l'usage de l'article 15ter de la loi sur le financement des partis politiques et ce afin de respecter le prescrit constitutionnel consacrant la liberté d'expression⁶³. En particulier, la Cour a fait référence à la nécessité d'illustrer précisément l'hostilité manifeste d'un parti ou de ses membres à l'égard des principes démocratiques par des éléments concrets et objectivables, ainsi le respect de la législation pénalisant les propos racistes ou la minimisation du génocide juif. En outre, la Cour a ménagé une sorte de clause de sortie reposant sur la distance que pouvait prendre un parti à l'égard d'un membre s'étant distingué par des propos témoignant de son mépris vis-à-vis des valeurs fondamentales de notre ordre démocratique. *Mutatis mutandis*, une telle possibilité pourrait tout à fait se concevoir à l'égard d'un opérateur culturel qui marquerait son désaveu, *a posteriori*, à l'égard d'un artiste invité et dont l'œuvre ou les propos l'accompagnant témoigneraient d'un mépris flagrant à l'égard des normes fondamentales sous-tendant notre État de droit.

indique le nom des parties demanderesse, l'institution visée à l'article 22 contre laquelle la demande est dirigée, une description des faits et indices concordants ainsi que le ou les droits consacrés par la Convention visée à l'alinéa précédent et envers lesquels il est prétendu que le parti incriminé a montré son hostilité. La demande désigne en outre les personnes physiques et morales impliquées dans les faits précités. Le Roi peut fixer des modalités complémentaires concernant le contenu de la demande. Le Conseil d'État prononce, dans les six mois de sa saisine, un arrêt dûment motivé et peut décider de supprimer la dotation qui, en vertu du présent chapitre, est allouée à l'institution visée à l'article 22, soit à concurrence du double du montant des dépenses financées ou réalisées pour l'accomplissement de cet acte, soit pendant une période qui ne peut être inférieure à trois mois ni supérieure à un an. Le Conseil d'État peut ordonner la publication ou la diffusion de son arrêt ou d'un résumé de celui-ci par la voie de journaux ou de toute autre manière, aux frais de l'institution visée à l'article 22 qui est sanctionnée. (...) ».

⁶¹ Parmi une littérature abondante, on lira la synthèse fournie par M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 24-30.

⁶² C.C. arrêts 10/2001 du 7 février 2001 et 195/2009 du 3 décembre 2009.

⁶³ Voy. C.C., arrêt 195/2009 du 3 décembre 2009, § B. 29 : « à cet égard, si les termes de la loi litigieuse devaient être interprétés plus largement, il faudrait conclure que le législateur aurait porté aux libertés et à la démocratie une atteinte disproportionnée au projet de les défendre, qui seul peut justifier la mesure prise ». Voy. dans l'arrêt 10/2001 du 7 février 2001 le § B.4.7.2. : « l'emploi d'un terme aussi peu précis (même en tenant compte du correctif « montre de manière manifeste ») que le terme « hostilité » ne conduit pas nécessairement à l'arbitraire, sous cette réserve que l'interprétation d'un tel terme doit nécessairement y apporter des précisions ».

Quoi qu'il en soit, au-delà des critiques pouvant être adressées au libellé même de cette clause, force est de constater qu'en pratique, son résultat apparaît plus que mitigé. En effet, plusieurs groupes parlementaires ont fait usage de la possibilité de saisir l'assemblée générale du Conseil d'État afin qu'elle suspende la dotation affectée au parti *Vlaams Belang*. Or, après des années d'enlisement dû à des manœuvres procédurales nettement dilatoires, l'issue de cette procédure apparaît particulièrement incertaine comme en témoigne le récent avis de l'auditeur en cette affaire qui pour l'essentiel conclut à l'absence de fondement de la plainte déposée.

S'agissant de la mise en œuvre de la politique culturelle et associative de la Communauté française, on note la présence de clauses relatives au respect des droits de l'homme dans plusieurs décrets cadres organisant le soutien d'opérateurs privés.

Ainsi, on peut citer l'exemple de l'article 7 du décret relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'éducation permanente⁶⁴ qui dispose que :

Sont exclues de la reconnaissance les associations qui ne respectent pas les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et de la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'appropriation du génocide commis par le régime nazi pendant la seconde guerre mondiale ou sous le couvert desquelles sont commises toutes autres infractions dont la commission est incompatible avec une reconnaissance par la Communauté française.

Dans son avis consacré à l'avant-projet de ce décret, le Conseil d'État a soulevé la question portant sur la méthode utilisée pour constater que cette clause n'est pas respectée dans le chef d'une association. À ses yeux, seule une condamnation pénale pourrait justifier une intervention des pouvoirs publics en vue de refuser ou de retirer une reconnaissance au titre d'association d'éducation permanente⁶⁵.

Plus récemment, la section de législation a examiné les dispositions du décret du 26 mars 2009 fixant les conditions d'agrément et d'octroi de subventions aux organisations de jeunesse⁶⁶.

En effet, l'article 4 du décret fixe le respect de différentes conventions internationales relatives aux droits fondamentaux parmi les finalités des organisations de jeunesse ; en outre, l'article 38 du décret prévoit qu'une personne, soit ayant été condamnée pour une violation des droits de l'homme ou

⁶⁴ *Mon. b.*, 26 août 2003.

⁶⁵ *Doc. Parl.*, Parlement de la Communauté française, 2002-2003, Conseil d'État, section de législation, avis sur un projet de décret relatif au soutien de l'action associative dans le champ de l'éducation permanente, n° 432-1, 27 juin 2003, p. 40.

⁶⁶ *Mon. b.*, 10 juin 2009.

d'une norme pénalisant certains propos, soit faisant partie d'un groupe condamné pour des faits similaires ne peut être membre de la Commission consultative des organisations de jeunesse. Dans son avis, la section de législation du Conseil d'État s'est montrée particulièrement critique quant au libellé de plusieurs dispositions du décret qui laisse, *de facto*, un pouvoir d'appréciation trop important dans le chef des autorités qui « engendre un risque d'ingérence dans les orientations des associations et leurs projets contraire aux principes de liberté d'opinion et d'association »⁶⁷. En particulier, le Conseil d'État s'est, notamment, fondé sur les dispositions examinées *supra* contenues dans la loi dite du Pacte culturel du 16 juillet 1973. En outre, s'agissant de la condition posée à la désignation au sein du Conseil consultatif des organisations de jeunesse, le Conseil d'État a considéré qu'une telle clause été rédigée « de manière beaucoup trop large »⁶⁸. En particulier, à l'appui de son raisonnement, le Conseil a mobilisé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme et a pointé la nécessité de prévoir une limite temporelle à l'exclusion des personnes visées par cette disposition. Enfin, s'agissant du respect des lois pénalisant certains propos racistes ou négationnistes, le Conseil a réitéré l'impérieuse nécessité de se fonder sur une décision de justice coulée en force de chose jugée⁶⁹.

L'on peut sans ambiguïté déduire de ces différentes considérations que le législateur décrétoal ne peut prévoir de dispositions conditionnant la reconnaissance, l'agrément ou le subventionnement d'une association au respect des droits de l'homme que de façon extrêmement prudente et précise. Ainsi, les conditions suivantes semblent être nécessaires au regard des principes de liberté d'expression et de pluralisme idéologique dans le champ associatif :

⁶⁷ *Doc. Parl.*, Parlement de la Communauté française, 2008-2009, Conseil d'État, section de législation, avis n°45.780/4 sur un projet de décret fixant les conditions d'agrément et d'octroi de subventions aux organisations de jeunesse, n° 600-1, 27 février 2009, p. 88.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁶⁹ Dans le même ordre d'idées, on lira avec attention l'avis rendu par le Conseil d'État sur le projet de décret modifiant le décret du 20 juillet 2000 déterminant les conditions de reconnaissance et de subventionnement des maisons de jeunes, centres de rencontres et d'hébergement, centre d'information des jeunes et de leurs fédérations. Examinant l'article 3 qui posait comme condition à l'agrément de telles organisations le fait de « *respecter et défendre (...) les principes contenus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention internationale des droits de l'enfant* », le Conseil d'État a considéré qu'« *au regard de la liberté de pensée et de la liberté d'expression, il peut être exigé d'une association et d'une personne qui exerce une responsabilité en son sein qu'elles respectent les principes contenus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention internationale des droits de l'enfant, il n'est pas admissible qu'une attitude positive de défense de ces mêmes principes soit imposée à ces mêmes associations ou à leurs responsables* » ; *Doc. Parl.*, Parlement de la Communauté française, 2007-2008, Conseil d'État, section de législation, avis n°41.941/4 sur un projet de décret déterminant les conditions de reconnaissance et de subventionnement des maisons de jeunes, centres de rencontres et d'hébergement, centre d'information des jeunes et de leurs fédérations, n° 533-1, 20 mars 2008, p. 40.

- une précision redoutable dans le libellé des termes utilisés au sein de ces clauses, ce qui conduit à écarter toute formulation générale et floue renvoyant sans autre forme de précision au respect des droits de l'homme ou des principes démocratiques ;
- une référence indispensable à la nécessité de faire reposer une décision de refus pour des motifs relatifs aux législations pénales interdisant la diffusion de certains propos sur l'existence de décisions judiciaires coulées en force de chose jugée ;
- l'existence d'une procédure juste et équitable permettant aux associations concernées par ce type de refus de faire entendre leurs arguments ;
- l'existence d'un terme permettant une sorte de « seconde chance » au bénéfice des personnes ayant pu faire l'objet d'une condamnation révélant leur mépris à l'égard des principes fondamentaux de notre ordre démocratique.

Force est de constater que ces conditions semblent actuellement imparfaitement respectées dans le chef de la Communauté française.

On comprend aisément, au-delà des principes relatifs à la liberté d'expression et d'association, que les fondements de telles conditions se situent dans la difficulté opérationnelle de ce type de clauses ainsi que dans les risques de dérive que celles-ci peuvent contenir en germe. En effet, que signifie la notion de « respect des droits de l'homme » dès lors que l'on constate, empiriquement, le foisonnement des normes et des jurisprudences visant à consacrer et à interpréter les différentes dispositions pouvant être rattachées à la notion de « droits de l'homme » ? Ce type de clauses repose sur l'illusion que les droits de l'homme constituent un bloc homogène et univoque de normes à ce point précises qu'elles peuvent, en pratique, aider à déterminer la conduite des personnes physiques et morales concernées par ces clauses. Or, en cette matière, la controverse et l'ambiguïté règnent en maître.

En outre, même lorsque ces clauses s'accompagnent d'une référence explicite à une décision de justice coulée en force de chose jugée, elles ne sont cependant pas à l'abri de la critique et peuvent générer un doute quant à leur conséquence pratique. En effet, si cette décision concerne la violation de dispositions précises prévues par les lois pénalisant les propos racistes et/ou négationnistes, la situation semble relativement bien balisée. Toute autre est la situation où serait visée une décision judiciaire coulée en force de chose jugée qui illustrerait, sans autre précision, la violation d'un principe contenu dans un texte international consacrant les droits fondamentaux. Qu'entend-t-on exactement par cette expression ? Doit-on considérer qu'une décision punissant une personne pour vol (atteinte au droit à la propriété), pour coups et blessures voire homicide (atteinte au droit à l'intégrité physique) ou pour atteinte aux législations relatives aux droits d'auteur (atteinte au droit à la

propriété intellectuelle) puisse être invoquée par le pouvoir subsidiant pour refuser ou retirer la reconnaissance, l'agrément ou le subside d'un opérateur culturel ou d'une association dont l'un des membres ou des artistes invités ait pu être visé par une telle décision ? Si tel était le cas – et dans l'état actuel de leur formulation, plusieurs clauses laissent ouverte ce type d'interprétation extensive –, on comprend aisément les risques de dérive que génèrent potentiellement ces clauses.

Compte tenu de cette observation, la Ligue des droits de l'homme estime que toute clause de ce type doit nécessairement se limiter à des décisions coulées en force de chose jugée qui reposent sur une violation manifeste et suffisamment grave d'incriminations pénales précisément identifiées dans son libellé. En outre, cette clause devrait prévoir un terme à la condition posée et fixer les balises d'une procédure équitable permettant à l'association ou aux personnes concernées de faire entendre leur argumentation.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS PRATIQUES

En conclusion, sur le plan des principes, il se déduit de l'article 19 de la Constitution, de l'article 17 du Pacte culturel et de la jurisprudence sur la conciliation de la liberté d'expression et d'association et le subventionnement public qu'en principe, des clauses excluant du subventionnement public les expressions artistiques en raison de leur contenu sont interdites. **Il est en effet interdit, en droit belge, de restreindre *a priori* la liberté d'expression et cette interdiction vaut en cas de subventionnement public.**

Bien entendu, **cette interdiction de principe des restrictions préventives doit se concilier avec les dispositions pénales criminalisant l'incitation à la haine.** Toutefois, cette conciliation se réalise de manière adéquate, selon nous, dans la possibilité laissée aux personnes victimes de propos incitants à la haine de saisir *a posteriori* les juridictions pénales et dans le pouvoir des juridictions pénales de condamner les artistes ayant exprimé des propos discriminatoires ou incitant à la haine ou des organisateurs ayant programmé de tels artistes. Comme l'indiquait la ministre Fadila Laanan dans son analyse des événements liés à l'affaire *Beenie Man*, l'on peut se réjouir de la vigueur démocratique de plusieurs associations attentives au respect de la législation punissant l'incitation à la haine et qui ne manqueront pas de saisir le juge, *a posteriori*, si, en pratique, de tels propos devaient être prononcés dans le cadre d'un événement public soutenu ou non du reste par les pouvoirs publics. Dans ce cadre, l'on insiste sur les conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme et conditionnant la possibilité de condamner l'usage pervers de la liberté d'expression.

Ceci étant, même dans le cadre relativement bien balisé des législations relatives à l'incitation à la haine, **l'on doit encourager toute tolérance accrue à l'égard des œuvres artistiques** compte tenu des spécificités de la liberté artistique qui peut impliquer l'existence et la diffusion d'œuvres provocantes et en rupture avec l'idéologie dominante.

Ainsi, à notre sens, **les pouvoirs publics devraient se satisfaire d'un bref rappel des dispositions pénales gouvernant l'incitation à la haine dans les législations organiques de subventionnement et dans les contrats-programmes ou décisions administratives d'aide ponctuelles.** Ce rappel serait formulé en des termes qui appelleraient à une responsabilisation des acteurs culturels par rapport aux dispositions pénales concernant l'incitation à la haine. Afin d'en accentuer l'utilité pédagogique, un tel rappel formel pourrait se prolonger par l'organisation de séminaires de formation permanente et de sensibilisation à destination des opérateurs culturels sur les récents développements, notamment jurisprudentiels, de cette législation. La possibilité de mandater une institution comme le Centre pour l'égalité des chances et de lutte contre le racisme à cette fin pourrait être envisagée.

Dans ce cadre, toute clause de ce type devrait insister sur la dimension *a posteriori* de sa mise en œuvre, faire une référence explicite à la nécessité de constater sa violation au regard de décisions judiciaires coulées en force de chose jugée et prévoir des conditions, temporelles et procédurales, permettant aux associations concernées de faire valoir leurs droits constitutionnels.

Par contre, nous considérons qu'**il est inconstitutionnel d'introduire dans les contrats-programmes ou dans les dispositions organiques réglant le subventionnement dans le secteur culturel des dispositions excluant du subventionnement les artistes exprimant des propos contraires aux droits fondamentaux** ou les organisateurs de manifestations culturelles dans lesquelles de tels propos s'expriment. Ces clauses s'avèrent en effet très dangereuses à l'égard de la liberté artistique et risquent, par les dérives qu'elles contiennent, de générer un réflexe d'autocensure dans le chef des opérateurs culturels qui aurait des conséquences dramatiques sur la vigueur de la scène artistique en Communauté française. Celle-ci a tout intérêt à défendre une politique culturelle audacieuse et respectueuse du pluralisme idéologique caractérisant nos sociétés modernes.

Or, la politisation accrue de l'art ces dernières années s'est exprimée dans l'art postmoderne à travers l'usage de formes subversives, satiriques, parodiques, provocantes et cultivant l'ambiguïté.

Ces formes d'art bousculent les conceptions dominantes, que ce soit à l'égard de l'art ou de questions de société. Exiger sans autre précision qu'elles respectent les principes démocratiques ou les droits fondamentaux peut s'avérer dangereux : les œuvres d'art ou performances subversives qui

détournent des discours d'oppression pour les remettre en perspective et les critiquer, peuvent, *a priori* – cela c'est déjà produit⁷⁰ – être jugées comme étant contraire à la démocratie et aux droits de l'homme. Certaines œuvres subversives ont été considérées comme homophobes, sexistes ou racistes alors que le but poursuivi par ces artistes était, à travers un discours subversif, de dénoncer des formes d'oppression.

Cette dérive est d'autant plus dommageable que ce sont ces formes artistiques qui assument sans doute le plus la fonction de distanciation, de critique et de remise en question et que, pour un certain nombre de minorités culturelles, le langage de la subversion est souvent le seul à pouvoir être mobilisé⁷¹. Dans cette perspective, nous désapprouvons dans leur principe les clauses actuellement en vigueur.

En effet, celles-ci sont très loin d'être satisfaisantes. Même si elles précisent n'exclure du subventionnement que les formes culturelles ayant fait l'objet d'une décision en justice, cette précision ne suffit pas. Il faut encore que cette décision de justice base la condamnation du candidat sur des principes essentiels pour la démocratie. On ne peut ainsi admettre qu'un artiste se voie refuser un subventionnement public simplement parce qu'il a été condamné dans le passé pour avoir empiété sur le droit d'auteur (qui est, dans certains ordres juridiques, un droit fondamental) d'un autre artiste, parce qu'il a été condamné pour diffamation ou pour violation des droits de la personnalité. **Seules des condamnations strictement liées à des propos incitant à la haine pourraient éventuellement mener à une exclusion du subventionnement, dans des conditions extrêmes.**

Par ailleurs, il faudrait encore prouver, lorsqu'il s'agit d'une association qui a été condamnée, que les propos puissent être imputés à la personne physique qui demande une subvention et que les acte(s) pour lesquels les personne(s) ou associations ont été condamné(es) démontrent un lien direct avec la demande de soutien public, afin d'éviter que disparaissent de l'espace public culturel des œuvres marquantes en raison de faits commis par leur auteur bien avant leur création et sans lien avec celles-ci⁷².

⁷⁰ On pense par exemple à l'œuvre d'un photographe reproduisant un graffiti « *Stop AIDS : Kill a Queer* ».

⁷¹ A. ADLER, « What's left? Hate Speech, Pornography and the Problem for Artistic Expression », *California Law Review*, Dec. 1996, pp. 1541-1566 ; A. ADLER, « Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law », *The Yale Law Journal*, avril 1990, Vol. 99, n°6, pp. 1359-1378 ; A. ADLER, « Inverting the First Amendment », *University of Pennsylvania Law Review*, Avril 2001, Vol. 149, n°4, pp. 921-1002.

⁷² Pour rappel, cédant à diverses pressions, le président du Conseil d'administration du Musée de la photographie avait annulé l'exposition Kessels suite aux remous soulevés par la révélation du « *passé nationaliste flamand et collaborationniste économique de cet auteur, qui, vérifications faites, a*

Enfin, si, malgré nos observations, **de telles clauses devaient être insérées et/ou maintenues dans les législations organiques du subventionnement public ou dans les contrats-programmes, elles ne devraient pouvoir être appliquées que moyennant une motivation formelle et substantielle de la part de l'autorité dans chaque cas concret.** Cette motivation formelle et substantielle devrait pouvoir faire l'objet d'un recours devant les juridictions, *quod non* actuellement, pour respecter le prescrit des dispositions relatives au droit à un procès équitable et au droit à un recours effectif.

La Ligue belge des droits de l'homme a.s.b.l. – section francophone

Bruxelles, le 31 mars 2011.

effectivement purgé vingt mois de prison pour ces faits ». Alors que le Musée de la photographie voulait faire preuve d'honnêteté intellectuelle en signalant, dès l'entrée de l'exposition, le passé trouble du photographe, cette exposition a été annulée et les œuvres du photographe, dont la valeur esthétique et l'engagement social préalable ne sont pas contestées, sont ainsi tombées dans le domaine invisible. Rappelons que l'Union des antifascistes de Charleroi avait apporté son soutien à l'équipe du musée en rappelant « *la démarche intellectuellement honnête* » de celui-ci, qui ne pouvait « *en rien apparaître comme complaisante* » (Brigitte Ollier, « Willy Kessels censuré à Charleroi. Le passé collabo du photographe flamand ressurgit : polémiques », *Libération*, le 5 mars 1996. Voy. également : J.-M. WYNANTS, « Architecte, photographe, collaborateur. L'affaire Kessels », *Le Soir*, le 18 décembre 1997.