



**HAL**  
open science

## ”Panorama de droit pénal de la presse (septembre 2020 à mars 2021)”

Evan Raschel

### ► To cite this version:

Evan Raschel. ”Panorama de droit pénal de la presse (septembre 2020 à mars 2021)”. Lexbase Pénal, 2021, n° 36 (N6862BYS). hal-03181762

**HAL Id: hal-03181762**

**<https://uca.hal.science/hal-03181762>**

Submitted on 26 Mar 2021

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

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

## Panorama de droit pénal de la presse (sept. 2020 – mars 2021)

Evan RASCHEL, Professeur à l'Université Clermont Auvergne, Directeur adjoint du Centre Michel de l'Hospital EA 4232

### I. ACTUALITE LEGISLATIVE

**1. Article 54 de la loi du 29 juillet 1881.** L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 54 L. 1881 prévoit une règle originale en matière de délais de citation, en vertu de laquelle « Le délai entre la citation et la comparution sera de vingt jours outre un jour par cinq myriamètres de distance. » Par comparaison, en droit commun, et sauf exceptions, « Le délai entre le jour où la citation est délivrée et le jour fixé pour la comparution devant le tribunal correctionnel ou de police est d'au moins dix jours » (art. 552, al. 1<sup>er</sup> CPP). L'idée est de permettre au prévenu d'organiser utilement sa défense, spécialement en matière de diffamation où le prévenu dispose d'un délai de dix jours à compter de la saisine de la juridiction de jugement pour faire une offre de preuve de la vérité des imputations diffamatoires, et la partie civile d'un délai de cinq jours pour y répondre par une offre de contre-preuve (art. 55 et 56 L. 1881). Les cinq jours supplémentaires sont censés permettre à la défense d'étudier ce dernier acte et de préparer l'audience. Précisons qu'un myriamètre correspond à 10.000 mètres : il faut donc compter un jour supplémentaire pour chaque cinquantaine de kilomètre séparant le lieu de citation du siège du tribunal saisi (une journée étant l'estimation de la durée à l'époque de cinquante kilomètres à cheval...). L'allongement peut être significatif, aussi durant ce délai, la prescription est considérée comme suspendue (Cass. crim., 28 janv. 1964, n° 63-90463). Cette originalité du droit de la presse ne paraissait objectivement plus justifiée. C'est la raison pour laquelle une QPC fut renvoyée, contestant spécialement l'inégalité qui en résultait pour les Français selon leur lieu de résidence (notamment ceux vivant hors de la métropole). L'art. 54 fut dès lors analysé au regard des art. 6 (principe d'égalité devant la loi) et 16 DDHC. Sur cette base, le raisonnement du Conseil constitutionnel fut logique et attendu : « La prise en compte, par l'instauration d'un délai spécifique, de la distance séparant le lieu de résidence de la personne poursuivie du lieu où elle est citée à comparaître n'est, par elle-même, pas contraire au principe d'égalité devant la justice. Toutefois, en raison de l'étendue du territoire de la République, les modalités de détermination de ce délai définies par les dispositions contestées sont susceptibles de conduire à des délais de distance très différents. Compte tenu des moyens actuels de transport, ces différences dépassent manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte les contraintes de déplacement, et ce quelle que soit la distance séparant le lieu de résidence du prévenu de celui de sa comparution » (Conseil constitutionnel, 24 mai 2019, n° 2019-786 QPC, § 8). L'abrogation fut reportée au 31 mars 2020 pour éviter les « conséquences manifestement excessives » qui résulteraient de la suppression de « tout délai de distance pour les citations directes délivrées en application de la loi du 29 juillet 1881 » (§ 11). Cependant, à l'échéance indiquée, aucune modification du texte n'eut lieu. Il fallut attendre la **loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée**, qui dans un article 27 consacré à des « dispositions diverses » (curieux cavalier législatif...), procéda à une réécriture de l'art. 54 L. 1881. Cependant, la loi ne se conforma pas aux injonctions constitutionnelles. Elle se contente d'ajouter, à titre pédagogique, que l'alinéa 1<sup>er</sup> doit s'analyser comme une « dérogation au premier alinéa de l'article 552 du code de procédure pénale » (ce qui était évident, voir supra) ; l'alinéa 2 étant pareillement complété de deux précisions destinées à éviter toute difficulté d'interprétation.

Depuis cette loi, « le délai entre la citation et la comparution [demeure] de vingt jours **outre un jour par cinq myriamètres de distance** » (nous soulignons) !

- **A voir aussi :** le décret n° 2020-1444 du 24 nov. 2020, pris pour l'application de l'art. 15-3-3 CPP, issu de la loi « Avia » n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet. Il désigne le tribunal judiciaire de Paris compétent pour connaître des infractions de harcèlement sexuel à caractère discriminatoire (au sens des art. 132-76 et 132-77 CP) lorsqu'elles ont été commises sur internet sur l'ensemble du territoire national. Cette compétence nationale est concurrente avec celle des autres juridictions territorialement compétentes. Elle s'exerce lorsque ces infractions ont fait l'objet d'une plainte adressée par voie électronique en application de l'article 15-3-1.

## II. ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

### A. INCRIMINATIONS

#### 1. Incriminations contenues dans la loi du 29 juillet 1881

##### a. Refus d'insertion du droit de réponse (art. 13)

**2. Droit de réponse et refus d'insertion.** L'art. 13 L. 1881 impose au directeur de la publication d'insérer dans les trois jours de leur réception, « les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique quotidien », sous peine d'amende et éventuellement de dommages-intérêts. Plusieurs arrêts rendus à l'automne 2020 ont apporté d'utiles précisions.

Il fut d'abord rappelé que le seul fait d'être nommé suffit pour ouvrir le droit de réponse, sans qu'il soit nécessaire, par exemple, d'invoquer une atteinte à l'honneur ou à la considération : « la circonstance que le texte auquel il est répondu soit ultérieurement jugé diffamatoire à l'égard du demandeur à l'insertion est sans incidence sur la caractérisation du délit, lequel est consommé par la non-insertion dans les brefs délais prévus aux alinéas 1 et 2 de l'article 13 précité, et dès lors que le demandeur à l'insertion n'a pas à démontrer qu'il a été diffamé par l'article auquel il entend répondre, mais seulement qu'il y a été nommé ou désigné » (*Cass. Crim., 3 nov. 2020, n° 19-85276, § 11*).

Par ailleurs, le droit de réponse « est strictement personnel et celui qui entend en user ne peut répondre qu'à sa propre mise en cause, et non à celle d'un tiers, celui-ci aurait-il été également nommé ou désigné dans la publication suscitant la réponse » (*Cass. Crim., 3 nov. 2020, n° 19-85276, § 10 ; V. antérieurement : Cass. crim., 2 fév. 1988, n° 85-9203*). Le caractère personnel du droit de réponse se prolonge s'agissant du délit de refus d'insertion : « seule est recevable à mettre en mouvement l'action publique du chef du délit de refus d'insertion d'une réponse, prévu par le dernier d'entre eux, la personne, nommée ou désignée dans un journal ou écrit périodique, qui a demandé en vain au directeur de la publication l'insertion forcée de ladite réponse. » (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-84600, § 20* – personne physique agissant à la place de la personne morale visée).

**3. Appréciation du contenu de la réponse.** Encore faut-il que la réponse ne soit pas « contraire aux lois, à l'intérêt légitime des tiers, [soit] en corrélation avec l'article auquel il est répondu et [ne mette pas] en cause l'honneur du journaliste ou de l'organe de presse de façon disproportionnée

au regard de la teneur de l'article initial » (*Cass. Crim.*, 3 nov. 2020, n° 19-85276, § 13). Tel est le cas lorsque « la Cour de cassation est en mesure de s'assurer qu'en affirmant la fausseté de certaines des informations contenues dans ces articles, en relevant que leur auteur n'avait effectué aucune vérification auprès de la personne qu'il mettait en cause, et en les qualifiant « d'attaques injustifiées [...] extrêmement déplaisantes », la réponse n'a fait que critiquer les méthodes du journaliste, en des termes sévères mais mesurés, qui sont restés proportionnés au ton ironique et péremptoire desdits articles » (idem, § 16). Est ici réaffirmée la corrélation entre le ton de l'article initial et celui de la réponse (*Cass. crim.*, 14 déc. 1999, n° 99-81925). Tel est encore le cas d'une réponse « qui restait intégralement en corrélation avec l'article initial, M. V... se contente de contredire plusieurs des affirmations de celui-ci, en regrettant à trois reprises que son auteur n'ait pas pris contact avec lui ou avec son avocat, ce qui aurait, selon lui, évité la publication de ce qu'il qualifie d'approximations ou d'informations inexactes, et aurait permis d'informer les lecteurs sur le fait que le jugement dont il était rendu compte était frappé d'appel » (*Cass. Crim.*, 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-81448, § 13).

- **A voir aussi :** illustration d'un refus légitime d'insertion d'un droit de réponse portant atteinte à l'honneur d'un journaliste (*CA Paris, pôle 2, ch. 7, 9 sept. 2020, n° 19-06908 : Légipresse 2020, n° 386, p. 532*)

#### **b. Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence (art. 24, al. 7)**

4. Est incriminée la provocation publique « à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (art. 24, al. 7). C'est la finalité des propos, donc l'intention de leurs auteurs, qui doivent permettre de distinguer les injures (où l'invective se suffit à elle-même) des provocations (où l'auteur espère faire des émules). La mise en œuvre de cette distinction se révèle particulièrement délicate. Une injure est une « *expression outrageante, termes de mépris ou invective* » (art. 29, al. 2 L. 1881), passée un certain degré de gravité, et prononcée dans un certain contexte, ne peut-on pas estimer qu'elle puisse en même temps tendre à inciter le public à la discrimination, haine ou violence ? Il y a encore quelques années, la Cour de cassation considérait bien que le seul fait de susciter un sentiment de rejet suffisait à caractériser le délit (*V. encore Cass. crim.*, 28 mars 2017, n° 15-87415). Mais depuis, la jurisprudence semble avoir adopté une position inverse. Ainsi, si le dessin litigieux « impute aux juifs d'exploiter la mémoire des victimes de l'Holocauste pour en retirer des profits notamment financiers, ce qui apparaît attentatoire à l'honneur et à la considération, il ne contient toutefois aucune exhortation explicite ou implicite à la discrimination, à la haine ou à la violence envers les juifs, en sorte que le délit prévu à l'article 24 alinéa 7 de la loi du 29 juillet 1881 n'est pas caractérisé » (*Cass. Crim.*, 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-84102, § 14).

La difficulté est que dans certains arrêts, la même chambre criminelle précise que cet appel ou cette exhortation peut prendre une « forme implicite »... Par exemple, regretter péremptoirement qu'il y ait « trop de Noirs » et « trop de Juifs » laisse clairement entendre, pour une cour d'appel, « qu'il faut qu'il y en ait moins, [ce qui] renferme, de façon implicite, un tel appel, à la discrimination envers les groupes ainsi visés » (*Cass. crim.*, 15 octobre 2019, n° 18-85365). Cette réserve d'une provocation implicite laisse une importante marge d'appréciation aux juges, au détriment de la prévisibilité de la loi.

- **A voir aussi :** le photomontage litigieux ne rejait pas sur la totalité d'une communauté définie par l'appartenance à la religion juive, dès lors que la publication ne reprend pas les symboles de cette religion ou des institutions communautaires liées au judaïsme et que, même s'il peut légitimement choquer, le photomontage n'apparaît pas suffisamment clair et univoque pour viser l'ensemble des juifs à raison de leur origine ou de leur religion (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-84687*).
- **A voir aussi :** condamnation pour provocation à la haine raciale d'Eric Zemmour (10.000 euros d'amende) pour son discours lors de la « Convention de la droite » sur LCI (*TJ Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 25 sept. 2020, SOS Racisme et a. c/ E. Zemmour : Légipresse 2020, n° 386, p. 535*).

### c. Diffamation (art. 29 s.)

**5. Constitutionnalité de l'incrimination de la diffamation.** Les dispositions combinées des art. 23, 29, al. 1<sup>er</sup>, et 31 L. 1881 et 121-7 CP définissent, en des termes suffisamment clairs et précis, les éléments matériels du délit de diffamation publique envers, notamment, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, ou un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, et de la complicité de cette infraction pour permettre que leur interprétation, qui relève de l'office du juge, se fasse sans risque d'arbitraire. Ne présentant pas un caractère sérieux, la QPC formée à l'encontre de ces articles ne doit donc pas être renvoyée au Conseil constitutionnel (*Cass. Crim., 15 sept. 2020, n° 19-82124, § 8*).

**6. Application de la distinction entre faits précis et opinions (jugements de valeur).** Une opinion ou un jugement de valeur ne tombe a priori pas sous le coup de la diffamation, faute de fait précis (*Cass. Crim., 7 janv. 2020, n° 18-86480, pour « un jugement de valeur sur la compétence professionnelle desdits dirigeants, opinion exclusive de tout débat sur la preuve »*). Cependant, il convient de vérifier que sous l'apparence d'une opinion ne se cache pas des allégations ou imputations de faits précis, ou bien – cas plus fréquent – que les deux coexistent. En ce cas, la diffamation retrouve naturellement une application (*Cass. Crim., 15 mars 2016, n° 14-84703*) ; de même qu'une critique excessive peut donner lieu à la caractérisation d'une injure (*V. Cass. Crim., 21 juin 2016, n° 15-82529*). La distinction des cas est complexe, poussant la Cour de cassation à des positions subtiles, souvent peu prévisibles (*V. not. Cass. Crim., 14 févr. 2006, n° 05-82475*). Mentionnons ainsi un arrêt, qui paraît excessivement exigeant dans la précision des faits imputés. A une cour d'appel qui retenait le caractère diffamatoire de propos affirmant « que la police municipale veille à ce que le trafic de stupéfiants dans la commune de Beaucaire se déroule sans aucun problème, en protégeant les auteurs du trafic et en les laissant commettre des troubles caractérisés à l'ordre public, et impute donc aux policiers, dont la mission est la lutte contre le trafic de stupéfiants, des faits de complicité desdites infractions par aide et assistance, atteignant ainsi chacun d'eux dans son honneur », la chambre criminelle répond que « les propos incriminés constituaient une opinion critique sur la gestion de la ville et l'action de sa police municipale, émise sur un ton ironique par une opposante politique, opinion exclusive de l'imputation de faits précis susceptibles d'être prouvés » (*Cass. Crim., 13 oct. 2020, n° 19-82479, § 12, cassation au visa de l'art. 29*).

- **A voir aussi :** nouvelle illustration d'une diffamation par insinuation (*Cass. Crim., 13 oct. 2020, n° 19-84694*)

**7. Article 31. Lien entre les faits imputés et la qualité de fonctionnaire public.** Ce sont des individus – certes revêtus d'une fonction particulière – qui doivent être visés pour que soit applicable l'art. 31 L. 1881 (sont notamment visés les fonctionnaires publics, dépositaires ou agents de l'autorité publique, ou encore citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent). S'il s'avérait que les propos, à travers eux, visent en réalité les corps de l'Etat dont ils relèvent, c'est la diffamation telle qu'envisagée à l'article 30 qui l'est. S'il s'avérait au contraire que les propos ne visaient pas la fonction occupée par la victime, mais sa personne même et sa vie privée, le second alinéa de l'article 31 précise qu'ils relèvent de la diffamation envers les particuliers. Partant, l'art. 31 suppose que la diffamation soit commise envers les intéressés « à raison de leurs fonctions ou de leur qualité ». Plus précisément, ces diffamations doivent contenir « des critiques d'actes de la fonction ou d'abus de la fonction, ou encore [exigent] que la qualité ou la fonction de la personne visée [ait] été soit le moyen d'accomplir le fait imputé soit son support nécessaire » (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> déc. 2020, n° 19-85764, § 5*; *V. antérieurement : Cass. Crim., 6 janv. 2015, n° 13-86330 ; Cass. Crim., 27 mars 2018, n° 17-80716*). La jurisprudence semble être assez stricte : les imputations « doivent présenter un rapport direct et étroit avec les fonctions ou la qualité » (*Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2006, n° 05-11338 ; Cass. Crim., 17 mars 2009, n° 08-86659*). Partant, doit être confirmé l'arrêt qui refuse de caractériser la diffamation publique envers un fonctionnaire public, s'agissant d'une personne accusée de recevoir des rémunérations ou avantages des firmes pharmaceutiques et d'effectuer des publications ou prestations à son principal profit sans vérifications suffisantes. En effet, si sa qualité de professeur des universités dans un centre hospitalier a pu contribuer à l'établissement de relations contractuelles entre lui et des firmes pharmaceutiques, l'ayant notamment conduit à publier des travaux scientifiques sur les médicaments commercialisés par celles-ci, elle n'en a pas constitué le support nécessaire dès lors que de telles interventions dépendent, avant tout, de la compétence et de la notoriété acquises par les médecins sollicités, lesquels peuvent d'ailleurs œuvrer dans des structures privées, et qu'elles ne constituent pas l'accessoire inéluctable de l'activité de médecins, membres de la fonction publique hospitalière, qui peuvent refuser de s'y prêter (*Cass. Crim., 15 déc. 2020, n° 19-86581*).

**8. Identification de la personne visée par un texte diffamatoire comportant un lien hypertexte.** Pour écarter l'argumentation d'une société, qui se plaint d'être victime de diffamation en raison notamment du renvoi, opéré à l'aide d'un lien hypertexte, à un article intitulé "Nouvelles accusations sur un financement libyen de la campagne de J", publié sur le site internet d'un grand quotidien, une cour d'appel énonce notamment que même si un lien hypertexte peut caractériser un élément extrinsèque d'identification, au cas présent l'internaute qui lit l'article d'un autre site internet ne clique pas forcément sur le lien renvoyant à celui du quotidien, d'autant que l'article litigieux contient de nombreux liens. La chambre criminelle adopte une solution identique : le renvoi par un lien hypertexte inséré dans l'article contenant le texte litigieux à un autre article, s'il peut ressortir à un élément extrinsèque au passage poursuivi et être susceptible de permettre l'identification de la personne visée, peut tout autant, compte tenu du lectorat et de la présence d'autres hyperliens, éléments relevant de l'appréciation souveraine

des juges du fond, ne pas être regardé comme permettant effectivement cette identification (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-82055*).

**9. Cas d'une diffamation publiée via un lien hypertexte.** Il résulte de l'art. 10 CEDH, tel qu'interprété par la Cour EDH (*CEDH, 4 déc. 2018, req. n° 11257/16, Magyar Jeti Zrt c/ Hongrie*), que les liens hypertextes contribuent au bon fonctionnement du réseau internet, en rendant les très nombreuses informations qu'il contient aisément accessibles, de sorte que, pour apprécier si l'auteur d'un tel lien, qui renvoie à un contenu susceptible d'être diffamatoire, peut voir sa responsabilité engagée en raison de la nouvelle publication de ce contenu à laquelle il procède, les juges doivent examiner en particulier si l'auteur du lien a approuvé le contenu litigieux, l'a seulement repris ou s'est contenté de créer un lien, sans reprendre ni approuver ledit contenu, s'il savait ou était raisonnablement censé savoir que le contenu litigieux était diffamatoire et s'il a agi de bonne foi (§ 17).

Pour déclarer la prévenue coupable, l'arrêt attaqué, après avoir exactement relevé qu'en lui-même, le propos incriminé renferme l'insinuation que la partie civile s'est rendue coupable du crime de viol, énonce que la circonstance que cette diffamation ait eu pour support un lien hypertexte est indifférente, dès lors que la réactivation d'un contenu sur le réseau internet valant reproduction, l'insertion d'un tel lien constitue un nouvel acte de publication. En se déterminant ainsi, sans examiner les éléments extrinsèques au contenu incriminé que constituaient les modalités et le contexte dans lesquels avaient été inséré le lien hypertexte y renvoyant, et spécialement le sens de l'autre texte auquel renvoyait le lien, qui contredisait le propos poursuivi, et les conclusions que tirait la prévenue de l'ensemble formé par ces deux textes, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-84505, § 21-23*).

**10. Caractère réfragable de la présomption d'élément moral du délit de diffamation.** La présomption d'imputabilité à l'auteur des propos incriminés, au titre de l'élément moral du délit de diffamation, qui ne fait pas obstacle à l'exercice des droits de la défense, est dépourvue de tout caractère irréfragable, le prévenu ayant la faculté de démontrer, soit la vérité du fait diffamatoire (art. 35, 55 et 56 L. 1881), soit sa bonne foi. Il n'en résulte aucune atteinte inappropriée ou disproportionnée à la liberté d'expression, de sorte que la QPC contestant cet aspect de la diffamation ne doit pas être renvoyée au Conseil constitutionnel (*Cass. Crim., 15 sept. 2020, n° 19-82124, § 9*).

**11. Diffamation publique envers les institutions étatiques (art. 48, 1°) : relevé d'office de l'irrecevabilité en cas d'absence de délibération de l'assemblée générale.** L'art. 48, 1° L. 1881 prévoit que « 1° Dans le cas d'injure ou de diffamation envers les cours, tribunaux et autres corps indiqués en l'article 30, la poursuite n'aura lieu que sur une délibération prise par eux en assemblée générale et requérant les poursuites, ou, si le corps n'a pas d'assemblée générale, sur la plainte du chef du corps ou du ministre duquel ce corps relève ». C'est une condition nécessaire à l'exercice des poursuites, et la Cour de cassation vient de préciser que l'irrecevabilité de la constitution de partie civile qui en découlait devait être relevée d'office par les juges du fond, dans une affaire où le département des Côtes-d'Armor avait procédé à une citation directe pour diffamation publique envers un corps constitué, sans délibération du conseil départemental la

requérant. L'arrêt d'appel, qui ne relève pas d'office une telle irrecevabilité, est donc cassé (*Cass. Crim., 15 déc. 2020, n° 19-87710*).

#### d. Injures (art. 29 s.)

##### 12. Injures dites racistes : le salafisme est un courant de pensée mais pas une religion.

L'alinéa 3 de l'art. 33 L. 1881 incrimine l'injure publique « envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Ce délit est-il caractérisé par l'emploi du terme « salafiste » adossé à une insulte ? Une cour d'appel l'avait accepté, en énonçant que l'emploi du terme « salafiste » renvoie nécessairement à la religion de la partie civile, de confession musulmane, ce terme ne pouvant pas être employé à l'égard de personnes d'autres religions, et qu'il importe peu que le salafisme soit lui-même ou non une religion. Cet arrêt est cassé par une chambre criminelle rigoureuse quant à l'acception du mot religion : les propos visaient la partie civile « en raison de son appartenance, non pas à la religion musulmane, mais à un courant de pensée de nature politico-religieuse, (...) qui n'est pas en lui-même protégé par les dispositions de l'article 33, alinéa 3 » (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-83793*).

- **A voir aussi :** en matière d'injures publiques envers un citoyen chargé d'un mandat public, la Cour de cassation a estimé cette fois que les propos litigieux ne se rattachaient pas à la qualité d' élu municipal de la partie civile, alors même qu'ils visaient non seulement sa personne privée, mais encore ses opinions politiques (*Cass. Crim., 15 déc. 2020, n° 19-87324, § 17-20*).

#### e) Article 35 ter

13. Le quotidien « le Dauphiné Libéré » a publié une photographie montrant un homme casqué et entouré du personnel de l'administration pénitentiaire. Son directeur de la publication a été cité devant le tribunal correctionnel en raison des propos suivants, publiés dans la même édition : « En garde à vue, le jeune homme originaire du Guillestrois avait confié avoir tué son colocataire à coups de serpette parce que celui-ci aurait voulu le doubler dans un trafic de stupéfiants qu'ils partageaient ». La diffamation a été écartée au titre de la bonne foi. Par ailleurs, les exceptions de nullité ont été déclarées irrecevables, y compris par la Cour de cassation (§§ 6-11). C'est donc sur le seul article 35 ter, I L. 1881 que les débats portaient. Rappelons les termes de cet article : « Lorsqu'elle est réalisée sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire, est punie de 15 000 euros d'amende. ». Cette incrimination étant peu appliquée, un arrêt récent mérite d'être signalé (*Cass. Crim., 12 janv. 2021, n° 20-83031*), qui permet de préciser utilement deux points. D'abord, la charge de la preuve de l'accord de l'intéressé à la diffusion de sa photographie pèse uniquement sur le prévenu, de sorte qu'il ne saurait être reproché à l'arrêt attaqué de ne pas l'avoir recherché (§ 15). Ensuite, la diffusion est réprimée dès lors qu'elle est faite en connaissance de cause (§ 16) : peu importe notamment la bonne foi qui a pu justifier une relaxe au titre de la diffamation. Une cassation de l'arrêt d'appel est cependant prononcée, mais seulement en ses dispositions ordonnant la publication d'un communiqué judiciaire, faute pour les magistrats du second degré de s'être suffisamment



expliqués « sur la nécessité des mesures de publication ordonnées pour indemniser le préjudice subi par la partie civile » (§ 24).

#### **f) Article 39 quinquies**

**14. Article 39 quinquies et nature des faits relatés.** Rendues dans le dernier trimestre de l'année 2020, deux décisions de justice méritent d'être rapportées, par l'originalité de leur objet – le peu appliqué article 39 quinquies de la loi de 1881 – et par les intéressantes précisions qu'elles apportent à son égard. Rappelons, à titre liminaire, l'incrimination en question : « Le fait de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, des renseignements concernant l'identité d'une victime d'une agression ou d'une atteinte sexuelle ou l'image de cette victime lorsqu'elle est identifiable est puni de 15 000 euros d'amende. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque la victime a donné son accord écrit. ».

La première décision (*Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 septembre 2020, n° 19-16415*) avait trait à l'articulation de ce délit avec les dispositions civiles régissant le droit au respect de la vie privée (art. 9 CC). Elle trouvait son origine dans la célèbre émission télévisée « Faites entrer l'accusé » qui, dans l'un de ses épisodes, relatait une affaire scabreuse d'enlèvement et séquestration suivis de violences et de viols, sanctionnée au terme d'un procès d'assises à l'occasion duquel la victime se constitua partie civile, avec l'assistance d'une avocate. Si la partie civile fut contactée par la société de production, et refusa sa participation à l'émission, l'avocate – sans recueillir l'accord de sa cliente – y intervint et relata avec précision les faits. La victime des faits assigna en conséquence les sociétés (celle de production et celle de télévision) et son (ex-) avocate en réparation de l'atteinte portée au respect dû à sa vie privée, sur le fondement de l'article 9 du Code civil. Mais pour les défenderesses, c'est bien l'article 39 quinquies de la loi sur la presse qui était applicable, aussi ont-elles sollicité une requalification... et soulevé la nullité de l'assignation et la prescription de l'action. Telle était en effet leur objectif : invoquer l'article 39 quinquies pour demander l'application des règles procédurales de faveur de la loi du 29 juillet 1881, plutôt que le régime processuel commun applicable aux articles 9 et 9-1 CC (*Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 nov. 2017, n° 16-23779*). Dans l'affaire recensée, l'arrêt de la cour d'appel qui avait accueilli la demande de requalification est cassé au visa des articles 9 du code civil et 39 quinquies de la loi du 29 juillet 1881. La motivation fournie par la Cour de cassation permet d'éclaircir utilement les rapports entre ces deux articles : « 9. Il résulte de la combinaison de ces textes que, si la diffusion de l'identité d'une personne et de la nature sexuelle des crimes ou délits dont elle a été victime est poursuivie sur le fondement de l'article 39 quinquies de la loi du 29 juillet 1881, la divulgation, sans le consentement de l'intéressée, d'informations relatives aux circonstances précises dans lesquelles ces infractions ont été commises est un fait distinct constitutif d'une atteinte à sa vie privée, qui peut être sanctionné sur le fondement de l'article 9 du code civil. ». En l'espèce, l'atteinte à la vie privée telle qu'invoquée par la victime résultait de la seule « révélation d'informations précises et de détails sordides sur les circonstances des crimes dont elle avait été victime » (§ 10). L'article 39 quinquies est inapplicable, seul l'est l'article 9 du Code civil (au bénéfice d'une application assez large de ce dernier).

**15. Article 39 quinquies et définition de la victime des faits relatés.** La seconde question posée, dans la période chroniquée, par l'article 39 quinquies de la loi du 29 juillet 1881 avait trait au terme de « victime » dont l'identité ne doit pas être révélée. Dans l'affaire ici rapportée, un

célèbre islamologue, mis en examen pour viols aggravés, publiait un ouvrage consacré notamment à cette affaire, dans lequel figurait à 84 reprises le véritable nom de l'une des plaignantes, connue sous l'alias de « Christelle », et qui tenait à son anonymat. La difficulté était que les affaires de viol étaient (et sont encore au jour où ces lignes sont écrites) encore en cours d'instruction ; partant, aucun jugement n'a été rendu constatant la culpabilité de l'accusé, ni – nécessairement – la qualité de victime de telle ou telle plaignante. Dans ces conditions, l'identité révélée était-elle bien celle d'une « victime » au sens de l'article 39 quinquies ? Ce fut la principale question soulevée devant le Tribunal judiciaire de Paris (*TJ Paris, 17<sup>ème</sup> ch., 6 nov. 2020, Mme X c/ T. Ramadan (deux décisions), disponibles sur Légipresse.com*), qui y répondit de manière positive, confirmant un précédent jugement (*TGI Paris, réf., 10 sept. 2019, RG n° 19/57367 : Légipresse 2019, n° 374, p. 457*). Or, suffit-il d'une plainte, même assortie d'une constitution de partie civile, pour être reconnu comme victime ? Si la personne poursuivie dans le cadre d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été démontrée par une juridiction de jugement, la personne qui s'en plaint peut-elle être réputée victime préalablement ?

## 2. Incriminations contenues dans le Code pénal

### a. Outrages

- **A suivre : renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel (*Cass. Crim., 12 janv. 2021, n° 20-90028 – QPC 2021-896*) sur l'articulation entre les délits d'outrage et de diffamation publique.** La question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée : « La lecture combinée des articles 433-5 du code pénal et des articles 29, 30, 31 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est-elle contraire à la Constitution, au regard du principe d'égalité devant la loi consacré par les articles 1, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et au regard des droits de la défense consacrés comme principe fondamental reconnu par les lois de la République ? ». La question posée présente un caractère sérieux. En effet, un traitement très différent est réservé aux deux infractions, notamment quant aux peines et procédures applicables. Cette différence de traitement, au regard du seul caractère direct (outrage) ou non (diffamation) de l'expression, est susceptible de porter atteinte notamment au principe d'égalité devant la loi, garanti par l'art. 16 DDHC.

### b. Violation du secret de l'enquête ou de l'instruction

**16. Recel de violation du secret de l'enquête et art. 10 CEDH.** En marge d'une affaire criminelle, une enquête a été ouverte pour violation du secret professionnel et recel de ce délit (art. 321-1 CP), afin d'établir les circonstances dans lesquelles un portrait-robot (par ailleurs faux...) a pu être diffusé dans la presse. Invoquant le secret des sources, le journaliste n'a jamais indiqué qui lui avait transmis cette information, de sorte qu'il fut seul poursuivi et condamné. La Cour de cassation confirma les décisions du fond, retenant notamment que l'identification de l'auteur de la violation du secret professionnel n'est pas nécessaire, seule étant exigée la démonstration qu'il fait partie des dépositaires de ce secret ; retenant encore la compatibilité du recel avec le texte spécial de l'art. 38 L. 1881 (interdiction de publication d'actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique) et, enfin et surtout, la conformité avec l'art. 10 CEDH (*Cass. Crim., 9 juin 2015, n° 14-80713*). Saisie de cette affaire, la

Cour EDH se réfèra aux principes précédemment dégagés dans l'important arrêt *Bedat* (CEDH, *gd ch.*, 29 mars 2016, n° 56925/08, *Bedat c/ Suisse*) pour rappeler que, s'agissant d'une chronique judiciaire, la proportionnalité d'une ingérence doit être appréciée au regard des paramètres suivants : la manière dont le requérant est entré en possession des informations litigieuses ; la teneur de l'article litigieux ; la contribution à un débat d'intérêt général ; l'influence de l'article litigieux sur la conduite de la procédure pénale ; l'atteinte à la vie privée du prévenu et la proportionnalité de la sanction prononcée. L'application de ces critères au cas d'espèce a conduit la CEDH au constat de l'absence de violation de l'art. 10 (CEDH, 5<sup>ème</sup> sect., 17 déc. 2020, n° 61470/15, *Sellami c/ France*).

### c. Recel d'apologies d'acte de terrorisme

**17. Application de la décision constitutionnelle du 19 juin 2020.** Un arrêt important et remarqué (*Cass. crim.*, 7 janvier 2020, n° 19-80136) avait apporté une réponse à une question curieusement nouvelle : une personne détenant des fichiers numériques illicites est-elle coupable de recel au sens de l'article 321-1 du Code pénal ? En l'occurrence, il s'agissait d'une détention, à la suite d'un téléchargement effectué en toute connaissance de cause, de fichiers caractérisant l'apologie d'actes de terrorisme (art. 421-2-5 CP). La Cour de cassation admit la caractérisation de cette infraction, avec une importante réserve : « une condamnation de ce chef n'est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers » (§ 7). Cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques ; surtout, sa solution fut assimilée à l'occasion d'une autre affaire (*Cass. crim.*, 24 mars 2020, n° 19-86706) à « une interprétation jurisprudentielle constante de la Cour de cassation » (sic !), propre à retenir le caractère nouveau d'une question prioritaire de constitutionnalité. QPC au demeurant sérieuse, de sorte qu'elle fut renvoyée au Conseil qui répondit, en substance, que le délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme porte à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée, de sorte que les mots « ou de faire publiquement l'apologie de ces actes » figurant au premier alinéa de l'article 421-2-5 du code pénal ne sauraient, sans méconnaître cette liberté, être interprétés comme réprimant un tel délit (*Conseil constitutionnel*, 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC). Cette décision a depuis été appliquée par la Cour de cassation (*Cass. Crim.*, 1<sup>er</sup> déc. 2020, n° 19-86706), dans une affaire où une fouille de la cellule d'un détenu a conduit à la découverte d'une clé USB contenant de nombreuses vidéos glorifiant l'état islamique. En confirmant le jugement en ce qu'il a déclaré le prévenu coupable de recel d'apologie d'actes de terrorisme, la cour d'appel a fait une application de ce texte que la réserve du Conseil a précisément déclarée inconstitutionnelle (§ 7).

## B. JUSTIFICATION

### 1. Liberté d'expression

**18. Liberté d'expression de l'avocat et liberté du journaliste de retranscrire ses propos.** Etaient en cause les propos tenus il y a vingt ans hors audience par l'avocat de la famille du magistrat Bernard Borrel, assassiné à Djibouti en 1995, mettant en cause l'impartialité et la loyauté des juges d'instruction chargés du dossier, propos qu'avait rapportés le journal *Le Monde*. Cela avait donné lieu à une importante affaire judiciaire, menée jusque devant la Cour EDH (CEDH, *gd ch.*, 23 avr. 2015, req. n° 29369/10, *Morice c/ France* ; *V. dans la même affaire* : *Cass. Crim.*, 10 nov.

2009, n° 09-86295). Il y fut rappelé que si l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 cesse une fois le seuil de la salle d'audience franchi, l'article 10 de la Convention permet de relayer utilement la protection offerte aux avocats. Il existe donc une protection accrue de la liberté d'expression pour les avocats. A la suite de cette condamnation européenne, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation fut saisie et rendit une solution conforme à la solution de la Cour EDH, au visa unique d'ailleurs de l'art. 10 CEDH, et aux motifs suivants : « les propos litigieux, qui portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante, à savoir le défaut de transmission spontanée au juge nouvellement désigné d'une pièce de la procédure et la découverte d'une lettre empreinte de familiarité, à l'égard des juges alors en charge de l'instruction, du procureur de Djibouti qui dénonçait le comportement de Mme A... et de ses avocats, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression d'un avocat dans la critique et le jugement de valeur portés sur l'action des magistrats et ne pouvaient être réduits à la simple expression d'une animosité personnelle envers ces derniers, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (*Cass. Ass. Plén., 16 déc. 2016, n° 08-86295*).

Cependant, l'auteur de l'article et le directeur de la publication n'ayant pas eux-mêmes saisi la Cour EDH, ils n'étaient pas recevables à solliciter le réexamen de leur condamnation sur le fondement des art. 621-1 et suivants CPP. En revanche, ils déposèrent une requête en révision sur le fondement des articles 622 et suivants, considérant que l'arrêt précité du 16 décembre 2016 constituait un élément nouveau au sens de ce texte. Par arrêts des 5 juillet 2018 et 24 juin 2019, la Commission de révision y fit droit et renvoya la cause devant la cour d'appel de Paris. C'est son arrêt qui est ici rapporté (*CA Paris, 24 sept. 2020, n° 18/06151 : AJ Pénal 2020, p. 517, note E. Mercinier et J. Roelens*). Il en ressort que « la liberté d'expression reconnue à l'avocat hors des prétoires implique la possibilité pour le journaliste d'informer le public de ces propos, lorsqu'il le fait, comme en l'espèce, sans déformation ni excès, et en s'appuyant sur une base factuelle suffisante dans le cadre d'un débat d'intérêt général ».

**19. Applications par les juridictions de droit interne : la liberté d'expression comme cause justificative autonome.** Il est désormais constant et connu que, bien au-delà des délits de presse à proprement parler (V. par ex. : *Crim., 8 janvier 2019, n° 17-81396 : justification de l'ensemble des injures proférées par « maître Eolas » contre l'Institut pour la justice*), certaines infractions de droit commun sont concernées par la cause justificative tirée de l'exercice de la liberté d'expression. Ainsi de l'escroquerie, à l'issue d'une affaire remarquable (*Cass. Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83774*), et encore de l'exhibition sexuelle (*Cass. Crim., 26 févr. 2020, n° 19-81827 ; comp. TJ Tarbes, 6 août 2020 : Légipresse 2020/385, p. 470, la liberté d'expression ne bénéficie pas à une jeune femme posant nue devant la grotte de Lourdes, le respect de la religion l'emporte*). Dans la période recensée, plusieurs pas supplémentaires semblent avoir été franchis.

**20. Liberté d'expression et harcèlement moral.** Ainsi en matière de harcèlement moral. Avait été condamnée une personne ayant diffusé de façon massive et répétée des tracts et des affiches visant à présenter un huissier comme un auxiliaire de justice véreux. L'arrêt d'appel est cassé (aux visas des art. 10 CEDH et 593 CPP) : les juges auraient dû « répondre aux conclusions du prévenu qui faisait valoir qu'il n'avait pas excédé les limites de sa liberté d'expression en alertant ses concitoyens sur ce qu'il considérait être de graves dysfonctionnements de l'étude d'huissier » (*Cass. Crim., 13 oct. 2020, n° 19-85632, § 13*).

**21. Liberté d'expression et tapage.** Dans une autre affaire, c'était la contravention de tapage injurieux (*art. R. 623-2 CP*) qui fut appliquée à un manifestant scandant, avec d'autres, des propos injurieux destinés aux forces de police. Le jugement du tribunal de police fut de nouveau cassé (au visa des art. 10 et 11 CEDH), aux motifs que « le prévenu participait, pour exprimer et soutenir des opinions de nature politique et sociale, à une manifestation pacifique sur la voie publique, au cours de laquelle, avec d'autres manifestants, il a scandé un slogan qui n'excédait pas les limites admissibles de la liberté d'expression, de sorte qu'une condamnation pour tapage injurieux ne constituait pas une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre ou à la protection des droits et libertés d'autrui » (*Cass. Crim., 3 nov. 2020, n° 19-87418, § 8*).

**22. Liberté d'expression et vol (en réunion) : les décrochages des portraits du président de la République doivent-ils être justifiés ?** A priori, le vol est évidemment exclusif de toute réflexion quant à son éventuelle justification par la liberté d'expression. Certaines affaires ont démontré pourtant que des infractions « contre les biens » pouvaient être concernées, à commencer par l'escroquerie depuis 2016. De l'escroquerie au vol, il n'y a qu'un pas qu'un tribunal judiciaire vient de franchir à l'occasion des poursuites médiatiques de ceux ayant symboliquement décroché le portrait du président de la République, protestant contre son inaction dans le domaine climatique (*TJ Auch, 27 oct. 2020 : Légipresse 2020, n° 388, p. 680*). Ainsi que l'explicite le TJ : « *Les dispositions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne concernent pas seulement les infractions afférentes à l'expression des personnes stricto sensu mais également de façon plus large les comportements avec à dessein l'expression d'une opinion, d'une protestation et/ou d'une analyse critique dans le cadre d'un débat d'intérêt général* ». Trois conditions sont visées et réunies dans l'affaire en question. Précisément, le « fait justificatif » résultant de la liberté d'expression (l'état de nécessité a été écarté) peut prévaloir et justifier une relaxe en matière de vol en réunion des portraits présidentiels au sein des mairies : d'abord, si le vol s'inscrit dans un débat d'intérêt général ; ensuite, si le mode d'expression est sérieux et pertinent ; enfin, si l'infraction commise est proportionnée au regard de la finalité poursuivie.

La solution n'est pas évidente, et l'on suivra avec attention le résultat de l'appel qui a été interjeté. Relevons ainsi des décisions contradictoires des juges du fond : quelques semaines plus tard, une décision était rendue dans un sens similaire (*TJ Strasbourg, 3 déc. 2020 : Juris-Data n° 2020-021219*), mais quelques semaines plus tôt, une cour d'appel relevait encore (faussement, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation précitée), que « la liberté d'expression, garantie par notre droit positif, ne peut être invoquée en l'espèce, car elle ne peut justifier la commission d'un délit pénal » (*CA Bordeaux, 6<sup>ème</sup> ch. Corr., 16 sept. 2020 : Juris-Data n° 2020-015485 : CCE 2021, comm. 13, note A. Lepage*).

## 2. Bonne foi (diffamation)

**23. Eviction de la condition de prudence dans l'expression aux motifs du sujet d'intérêt général des propos et de leur base factuelle suffisante.** Les quatre critères classiques de la bonne foi (légitimité du but poursuivi ; absence d'animosité personnelle ; prudence dans l'expression ; sérieux de l'enquête) sont en principe cumulatifs : l'absence de l'un de ces éléments conduit le juge à exclure le prévenu du bénéfice de ce fait justificatif. Par exemple, « la légitimité du but d'information poursuivi ne dispensait pas le journaliste de ses devoirs de prudence et d'objectivité dans l'expression de la pensée » (*Cass. Crim., 3 juill. 1996, n° 94-83195*). Mais une

tendance actuelle témoigne d'une certaine prise en compte de l'intérêt général du sujet pour corrélativement affaiblir l'exigence de prudence dans l'expression, y compris celle des journalistes professionnels. Ainsi l'exigence de prudence serait, en quelque sorte, inversement proportionnelle à la légitimité du but poursuivi (*V. par ex., au sujet de l'affaire Clearstream : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 févr. 2011, n° 09-10301*). Plus récemment, une cour d'appel exclut logiquement la bonne foi en présence de propos litigieux « dépourvus de toute prudence » et « entachés d'une animosité certaine ». Sur l'animosité personnelle, une cassation disciplinaire est prononcée, faute pour la cour d'appel de l'avoir suffisamment caractérisée. Quant à la prudence de l'expression, son absence ne semble pas justifier à elle seule le refus de la bonne foi, étant compensée par le sujet d'intérêt général et la base factuelle suffisante, au sujet desquelles la cour d'appel aurait dû répondre aux conclusions (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> déc. 2020, n° 19-82066, § 10-11*).

#### **24. Déduction de l'animosité personnelle de l'objet même du courrier incriminé (non).**

L'animosité personnelle doit être spécialement démontrée, et ne peut être déduite des circonstances générales ou de la forme des propos. Ainsi « une telle animosité envers la partie civile ne peut se déduire seulement de la gravité des accusations et du ton sur lequel elles sont formulées, mais n'est susceptible de faire obstacle à la bonne foi de l'auteur des propos que si elle est préexistante à ceux-ci et qu'elle résulte de circonstances qui ne sont pas connues des lecteurs » (*Cass. Crim., 7 janv. 2020, n° 18-85620 ; comp. Cass. Crim., 26 nov. 2019, n° 18-85046, § 20*). Par ailleurs, il fut précisé que la bonne foi ne pouvait être refusée au prévenu pour une animosité personnelle qui serait seulement déduite « du recours par celui-ci à l'anonymat, pourtant fréquent sur le réseau internet » (*Cass. Crim., 7 janv. 2020, n° 18-85159*). Dans le même esprit, la Cour de cassation retint qu'une cour d'appel « ne pouvait déduire l'existence d'une animosité personnelle de l'objet même du courrier incriminé (...) » (*Cass. Crim., 13 oct. 2020, n° 19-85527, § 13*). En l'espèce, le courrier entendait informer les autorités décisionnaires en matière d'archéologie préventive de ce qu'en sa qualité d'opérateur privé du secteur, l'auteur avait pris le risque de déposer une plainte visant l'établissement public compétent, à raison d'une situation de conflit d'intérêts dans laquelle celui-ci serait institutionnellement placé.

#### **25. Appréciation de la bonne foi d'un journaliste retranscrivant les propos d'un tiers.**

En matière d'interviews, la bonne foi est nécessairement appréciée de manière originale : par définition, il s'agit de recueillir l'opinion d'un tiers qui pourra manquer de mesure et de neutralité, n'étant pas lui-même (sauf exceptions) un professionnel de l'information (*Cass. Crim., 15 mars 2016, n° 14-88072 ; CEDH, 2<sup>ème</sup> sect., 30 mars 2004, n° 53984/00, Radio France et a. c/ France, § 37*). Par ailleurs il sera délicat d'imposer à l'intervieweur de procéder à l'enquête sérieuse traditionnellement exigée. Pourtant, et contrairement aux juridictions du fond, la Cour de cassation semble traditionnellement n'accorder qu'une protection limitée à cette forme journalistique. Ainsi la chambre criminelle cassa un arrêt d'appel ayant précisément retenu « que, dans le cadre d'une interview, il est admis que les journalistes n'ont pas à justifier d'une enquête sérieuse », aux motifs que « la reprise, par le journaliste, des propos tenus par un tiers, ne fait pas disparaître l'obligation à laquelle il est tenu d'effectuer des vérifications sérieuses pour s'assurer que ceux-ci reflètent la réalité des faits » (*Cass. Crim., 8 avr. 2008, n° 07-82972*). Quelques années plus tard, la bonne foi fut encore écartée, cette fois en appel et en cassation, à la fois « du fait de l'absence d'une base factuelle suffisante » et du maintien par le journaliste « de graves accusations sans y apporter la moindre nuance » (*Cass. Crim., 7 févr. 2017, n° 14-87605*). L'arrêt recensé, visant le seul art. 10 CEDH, est bien plus permissif (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> déc. 2020, n° 19-87379*). Il retient

qu'il « ne pouvait être exigé du journaliste qu'il prenne ses distances à l'égard des propos qu'il rapportait, dès lors que la diffusion de ces propos, rendue possible par une enquête sérieuse qui garantissait qu'elle participait d'un débat d'intérêt général portant, en l'espèce, sur la passivité alléguée de certains responsables publics face à des processus d'endoctrinement engendrant la radicalisation, contribuait à la légitime information du public » (§ 19) ; par ailleurs, « la cour d'appel ne pouvait, dans ces conditions, reprocher au journaliste un prétendu manque de prudence ni l'éventuelle insuffisance de la base factuelle des seuls propos tenus par le tiers » (§ 20). L'arrêt d'appel, qui retenait la diffamation (en l'occurrence, une faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits de diffamation publique envers un citoyen chargé d'un mandat public), est cassé sans renvoi.

**26. Appréciation de la bonne foi au regard d'éléments postérieurs aux propos.** Il est constant que la bonne foi du prévenu ne peut être déduite de faits postérieurs à la diffusion des propos litigieux (*Cass. Crim.*, 6 mai 2008, n° 07-82251 ; *Cass. Crim.*, 8 sept. 2015, n° 14-81681), avec cette réserve que des attestations, bien que postérieures aux faits incriminés, peuvent être prises en compte si elles portent sur les faits eux-mêmes (*Cass. Crim.*, 10 déc. 2019, n° 19-80380). C'est précisément ce que confirme un arrêt plus récent (***Cass. Crim.*, 3 novembre 2020, n° 19-84700**) : « la bonne foi du prévenu ne peut être déduite ni de faits postérieurs à la diffusion des propos litigieux, ni de pièces établies postérieurement à celle-ci, sauf le cas d'attestations rapportant des faits antérieurs et établissant que le prévenu en avait connaissance au moment de cette diffusion » (§ 20). Pour accorder au prévenu le bénéfice de la bonne foi, l'arrêt d'appel, après avoir exactement énoncé que les éditoriaux litigieux traitaient d'un sujet d'intérêt général, relatif à la gestion des fonds publics dans le domaine de la santé et spécialement dans celui particulièrement sensible de la dialyse à la Réunion, retient que les propos reposent sur une base factuelle suffisante. En se déterminant ainsi, alors que certains des faits retenus au titre de la base factuelle étaient postérieurs à la diffusion des propos, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision.

- **A voir aussi :** bonne foi accordée à l'auteur d'un article dénonçant les activités de lobbying menées par une société en vue de la conclusion de marchés publics (***CA Paris, pôle 2, ch. 7, 16 déc. 2020, n° 25-2020 : Légipresse 2021, p. 10***)
- **A voir aussi :** bonne foi écartée faute d'enquête sérieuse (***TJ Créteil, 1<sup>ère</sup> ch. Civ., 20 oct. 2020 n° 17-07996 : Légipresse 2021, p. 11***).

### 3. Exception de vérité du fait diffamatoire (*exceptio veritatis*)

**27. Constitutionnalité du délai de dix jours de l'article 55.** Devant le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, la société requérante soutenait que les dispositions de l'art. 55 L. 1881, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, interdisent à la juridiction civile des référés, saisie par une personne qui s'estime victime d'une diffamation, de statuer avant l'expiration d'un délai de dix jours à compter de cette saisine, ce qui empêcherait le prononcé de mesures conservatoires de nature à préserver ses intérêts. Il en résulterait une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif.

Pour le Conseil constitutionnel (***Cons. Const.*, 13 nov. 2020, n° 2020-863 QPC, § 6 à 13**), il n'en résulte aucune atteinte disproportionnée. En premier lieu, en instituant ce délai de dix jours, le législateur a souhaité permettre à l'auteur des propos susceptibles d'être jugés diffamatoires de

préparer sa défense et, à cette fin, de disposer du temps nécessaire à la formulation de l'offre de preuve tendant à établir la vérité des faits en cause. Il a ainsi apporté une garantie en faveur de l'exercice de la liberté d'expression et de communication et des droits de la défense (§ 10). En second lieu, d'une part, si les dispositions contestées empêchent le juge de statuer sans délai, y compris à titre conservatoire, elles ne privent pas la personne qui s'estime diffamée de la possibilité d'obtenir, à l'expiration du délai de dix jours, que soient prescrites les mesures nécessaires à la protection de ses intérêts. D'autre part, ces dispositions ne font pas davantage obstacle à ce que cette personne puisse obtenir réparation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la diffamation (§ 11).

**28. Constitutionnalité de l'article 179-2 du Code de procédure pénale (notification de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel).** La chambre criminelle de la Cour de cassation était ici saisie de la question de la conformité de l'art. 179-2 CPP, notamment, à la liberté de communication. Pour rappel, cet article dispose : « Le juge d'instruction peut préciser dans l'ordonnance de renvoi la date d'audience devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel lorsque cette date lui a été préalablement communiquée par le procureur de la République. Cette ordonnance doit alors comporter les mentions prévues aux deuxième à dernier alinéas de l'article 390. Cette ordonnance dispense alors le procureur de délivrer une citation en application du même article 390. ». Pour la Cour, la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que, lorsque la date de l'audience est précisée dans l'ordonnance de renvoi, les prévenus ne sont pas privés de la possibilité qui leur est reconnue par l'art. 55 L. 1881 de faire signifier leur offre de preuve, mais qu'il résulte de l'art. 179-2 CPP, dans sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2019, que le délai de dix jours qui leur est imparti pour ce faire court à compter de la notification de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel (*Cass. Crim., 15 sept. 2020, n° 20-90015, § 4*).

**29. Constitutionnalité de la dérogation accordée en matière électorale.** Dans le cadre d'une QPC, une société reprochait aux dispositions de l'art. 54 L. 1881 de ne pas écarter l'application du délai de dix jours prévu par l'article 55 lorsque la diffamation intervient durant une campagne électorale, notamment en vue d'élections professionnelles, et vise une personne autre qu'un candidat. Il en résulterait une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif, ainsi que du principe de sincérité du scrutin garanti, en particulier, par l'article 3 de la Constitution.

L'inconstitutionnalité est cependant écartée (*Cons. Const., 13 nov. 2020, n° 2020-863 QPC, § 14 à 20*). En premier lieu, la liberté d'expression revêt une importance particulière dans le débat politique et au cours des campagnes électorales. Elle garantit à la fois l'information de chacun et la défense de toutes les opinions mais prémunit aussi contre les conséquences des abus commis sur son fondement en permettant d'y répondre et de les dénoncer, notamment en cas de diffamation (§ 17). En second lieu, même dans le cas où, au cours de la période électorale, une diffamation vise une personne autre qu'un candidat, les dispositions contestées ne privent pas le juge de l'élection, saisi d'un tel grief, de la faculté d'apprécier si la diffamation alléguée a pu altérer, dans les circonstances de l'espèce, la sincérité du scrutin et, le cas échéant, de prononcer l'annulation de l'élection (§ 18).

## C. REPRESSION & PROCEDURE DE PRESSE



## 1. Responsabilité en cascade

### 30. Condamnation définitive pour injure publique dans l'affaire du « Mur des cons ».

Rappelons que dans cette célèbre affaire, un particulier a porté plainte et s'est constitué partie civile du chef d'injure publique après avoir constaté, dans une vidéo d'un journal en ligne, que sa photographie figurait, parmi d'autres, sur un panneau d'affichage exposé dans les locaux parisiens du syndicat de la magistrature, surplombé de l'intitulé « Mur des cons », accompagné de la mention suivante : « avant d'ajouter un con, vérifiez qu'il n'y est pas déjà ». L'enquête a établi que cette vidéo avait été enregistrée en caméra cachée par un journaliste, accompagné d'un cameraman et d'un preneur de sons, reçus dans les locaux du syndicat par sa présidente, dont il devait réaliser une interview sur un sujet d'actualité. Si la publicité de l'injure pouvait être discutée, c'est au sujet de la responsabilité de la présidente du syndicat que le moyen du pourvoi critiquait l'arrêt d'appel. La cour d'appel appliquait l'article 42, 1° L. 1881 (« *Seront passibles, comme auteurs principaux des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, dans l'ordre ci-après, savoir : 1° Les directeurs de publications ou éditeurs, quelles que soient leurs professions ou leurs dénominations, (...)* »), en retenant que s'il n'est pas établi que celle-ci a personnellement participé à la confection de l'affichage litigieux, ni apposé la photographie de la partie civile ou tout autre élément sur le panneau litigieux, elle a accepté de mettre à disposition ledit panneau sur un mur du local syndical et a donc fourni les moyens du placardage. Le pourvoi est rejeté : « En effet, engage sa responsabilité en qualité d'éditeur, conformément à l'article 42, 1°, de la loi du 29 juillet 1881, la présidente d'une association qui fournit les moyens de placardage de l'affiche litigieuse » (*Cass. Crim., 12 janv. 2021 (trois arrêts), n° 20-80376, n° 20-80372 et 20-80375, §§ 9*).

**31. Relaxe du distributeur d'un journal poursuivi pour complicité de diffamation.** Une association locale a publié un article dans son journal dont le contenu fut estimé diffamatoire par le maire de la commune concernée. Le tribunal correctionnel condamna le président de l'association et l'auteur de l'article, tout en relaxant l'homme qui a distribué le journal dans les boîtes aux lettres des habitants. Après un premier arrêt, la Cour de cassation fut de nouveau saisie pour écarter la responsabilité du distributeur (*Cass. Crim., 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 20-80281*). En effet, dès lors que la responsabilité du président de l'association éditrice du bulletin litigieux était engagée en qualité d'auteur, le prévenu ne pouvait voir sa propre responsabilité engagée en cette même qualité d'auteur sur le fondement de l'article 42 de la loi sur la presse. En second lieu, la présomption de responsabilité en qualité de complice étant réservée à l'auteur des propos, en application de l'article 43, alinéa 1<sup>er</sup>, la responsabilité du distributeur ne pouvait être retenue qu'au titre d'une complicité de droit commun, ce qui supposait la preuve de l'élément intentionnel que la cour d'appel a pu estimer non rapportée du fait des circonstances particulières ayant motivé la distribution.

**32. L'administrateur d'une page Facebook peut être poursuivi en diffamation comme auteur principal même s'il n'a pas rédigé la publication litigieuse** (*CA Paris, 4<sup>ème</sup> ch. Instr., 13 nov. 2020, n° 20-01537 : Légipresse 2020, n° 388, p. 650*). Une page Facebook contenait une diffamation publique envers un particulier, sans qu'en soit identifié l'auteur (la société n'ayant pas répondu aux enquêteurs). En revanche, le président d'une association locale a été interrogé et a reconnu être le créateur et l'administrateur de la page litigieuse, sans admettre être l'auteur des propos (l'ordinateur se trouvait dans le local associatif et tout membre pouvait y avoir accès). Infirmant une ordonnance de non-lieu, la chambre de l'instruction relève que les

investigations ont fait apparaître que la page litigieuse était administrée et alimentée en articles par le président de l'association. Partant, les juges d'appel reprochent au juge d'instruction de n'avoir pas recherché si le président de l'association avait la qualité d'administrateur et si sa responsabilité pouvait être engagée sur ce fondement. Etant encore précisé que l'art. 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 était inapplicable, puisque les propos litigieux ne correspondaient pas à des messages postés par un internaute sur un espace de contributions personnelles identifié comme tel.

## 2. Prescription

**33. Incidence sur le point de départ de la prescription de l'insertion d'un lien hypertexte renvoyant au contenu diffamatoire.** Des poursuites ont été engagées plus de trois mois après la première mise en ligne d'un écrit litigieux, mais moins de trois mois après qu'un lien hypertexte, qui y renvoie, a été inséré. Cette insertion peut-il faire courir un nouveau délai de prescription ? Pour la Cour de cassation, « toute reproduction, dans un écrit rendu public, d'un texte déjà publié, est constitutive d'une publication nouvelle dudit texte, qui fait courir un nouveau délai de prescription ». La solution a été appliquée à une publication « papier » (*Cass. crim.*, 2 oct. 2012, n° 12-80419) mais aussi numérique (*Cass. crim.*, 10 avr. 2018, n° 17-82814). En ce dernier cas, l'arrêt fondateur concernait justement l'insertion sur internet d'un lien hypertexte, par l'auteur d'un précédent écrit qui ainsi y renvoyait directement (*Cass. crim.*, 2 nov. 2016, n° 15-87163 ; *comp. en sens contraire* : *Cass. crim.*, 31 mars 2016, n° 15-82417 : *un lien hypertexte renvoyant à une vidéo contenant des menaces de mort ne caractérise pas à lui seul l'infraction de l'art. 433-3 CP*). Pour la chambre criminelle, d'une part, « le texte incriminé avait été rendu à nouveau accessible par son auteur ». Cette solution subit de lourdes critiques, visant notamment la nature du lien hypertexte. Mais la chambre criminelle insistait d'autre part sur le fait que le propos litigieux fut « inséré dans un contexte éditorial nouveau ». Ce ne serait donc pas seulement le support de la publication qui serait affecté, mais également son contenu, ce qui est bien plus convaincant – à condition d'admettre qu'un simple lien hypertexte emporte un contexte éditorial nouveau... ce qui n'a rien d'évident ! Plus récemment, une solution similaire fut retenue : « un lien hypertexte qui, comme au cas présent, renvoie directement à un écrit qui a été mis en ligne par un tiers sur un site distinct, constitue une reproduction de ce texte, qui fait courir un nouveau délai de prescription » (*Cass. Crim.*, 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-84505, § 15). C'est cette fois « la mise en ligne par un tiers » qui semble être le critère justificatif ; en tous les cas, aucune référence n'est faite à celui du « contexte éditorial nouveau »...

## 3. Formalisme de la loi du 29 juillet 1881

**34. Conventionalité du formalisme procédural applicable à la diffamation.** Les règles de procédure propre aux responsabilités civile et pénale en matière de presse, destinées à préserver les droits de la défense de l'auteur des propos incriminés et à garantir le respect de sa liberté d'expression, poursuivent un but légitime au regard du droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>*, 9 sept. 2020, n° 19-19196, § 7).

**35. Constitutionnalité du système de monopole des poursuites institué aux articles 47 et 48.** A l'occasion d'une affaire de provocation non suivie d'effet à des atteintes à la vie et à l'intégrité de la personne, une chambre de l'instruction a transmis à la Cour de cassation une QPC

dans la procédure suivie sur la plainte d'une association et l'un de ses militants, ainsi rédigée : « Les articles 47 et 48 de la loi du 29 juillet 1881 sont-ils conformes au droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'ils privent les victimes du délit de provocation à commettre des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne du droit de mettre en mouvement l'action publique ? ».

La Cour de cassation estime qu'il n'y a pas lieu à renvoyer la question au Conseil constitutionnel, qui dans une décision de 2013 (25 oct. 2013, n° 2013-350 QPC), après avoir déclaré contraire à la Constitution l'exclusion, au sein du dernier alinéa de l'article 48 de la loi de 1881, du visa du 1° de cet article, en ce qu'elle interdisait aux corps constitués, qui, en vertu de l'article 46 de cette même loi, ne peuvent davantage agir devant le juge civil, de mettre eux-mêmes en mouvement l'action publique, a déclaré conformes à la Constitution l'article 47 et le surplus du dernier alinéa de l'article 48, notamment en ce qu'ils sont « relatifs aux pouvoirs respectifs du ministère public et de la victime en matière de mise en œuvre de l'action publique ». La Cour ajoute que depuis cette décision, aucun changement de circonstances n'est intervenu, justifiant un nouvel examen de la question (*Cass. Crim., 15 sept. 2020 (deux arrêts), n° 20-90010 et n° 20-90011*).

**36. Annulation d'une assignation pour défaut de notification au ministère public dans le délai imparti.** Saisie d'une assignation en réparation pour diffamation, la Cour de cassation (*Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 sept. 2020, n° 19-19196*) rappelle que conformément à l'art. 53 L. 1881, qui doit recevoir application devant la juridiction civile (*Ass. plén., 15 février 2013, n° 11-14637*), la citation délivrée à la requête du plaignant est notifiée au ministère public, à peine de nullité de la poursuite (§ 3). En vertu de ce principe de l'unicité du procès de presse, devant la juridiction civile, l'assignation doit être notifiée au ministère public avant la date de la première audience de procédure (§ 5). Le moyen de nullité tiré du défaut d'accomplissement d'une telle formalité est une exception de procédure qui doit, en application des art. 73 et 74, al. 1<sup>er</sup>CPC, être invoquée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (*Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 décembre 1999, n° 97-21074*), sans que celui qui l'invoque ait à justifier d'un grief (*Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 février 2003, n° 00-22697*).

Dès lors, après avoir constaté que l'affaire avait pour la première fois été appelée à l'audience du 20 septembre 2017 et que l'assignation n'avait été notifiée au parquet de Chalon-sur-Saône que le 25 octobre suivant, la cour d'appel en a exactement déduit que cette assignation était nulle (§ 8). Elle n'a pas, ainsi, porté une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un tribunal, la règle dont elle a fait application étant, au jour de la délivrance de l'acte en cause, suffisamment prévisible, eu égard à la jurisprudence constante de la Cour de cassation (§ 9).

- **A voir aussi :** non-renvoi d'une QPC contestant les délais spécifiques du pourvoi en matière de presse, prévus par l'art. 59 L. 1881 (*Cass. Crim., 15 sept. 2020 (deux arrêts), n° 19-82124 et 19-82125*).
- **A voir aussi :** une appréciation d'espèce de l'incertitude dans l'esprit du prévenu quant à l'étendue des faits dont il a à répondre, propre à soulever la nullité encourue au titre de l'art. 53 L. 1881 (*Cass. Crim., 3 nov. 2020, n° 19-87167*). Un arrêt du même jour, après avoir rappelé les règles habituellement retenues en la matière, précise que « lorsque plusieurs propos sont incriminés dans une même citation délivrée du chef d'une ou plusieurs infractions de presse, l'irrégularité affectant la poursuite s'agissant d'un de ces

propos ne s'étend à l'ensemble de l'acte que si, en raison de l'indivisibilité existant entre les différents faits poursuivis, c'est sur la nature et l'étendue de l'intégralité de ceux-ci qu'il en résulte une incertitude dans l'esprit du prévenu » (*Cass. Crim.*, 3 nov. 2020, n° 19-87463).

- **A voir aussi :** « lorsque le prévenu ne comparait pas, la présentation par son avocat d'une exception de nullité de procédure devant le tribunal correctionnel, après qu'a débuté l'instruction du dossier, est tardive et sanctionnée par l'irrecevabilité » (*Crim.*, 12 janv. 2021, n° 20-83031, § 10).

#### 4. Contrôle de la Cour de cassation

**37. Originalité du contrôle en matière de presse.** Avant même l'adoption de la loi du 29 juill. 1881, puis par la suite, la Cour de cassation s'est accordée un pouvoir particulièrement important, d'ailleurs dérogoire au droit commun, fréquemment rappelé ainsi : « en matière de presse, il appartient à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur le sens et la portée des propos incriminés au regard des articles de ladite loi servant de base à la poursuite » (*V. au sujet de la diffamation : Cass. Crim.*, 7 janv. 2020, n° 18-86480). Ce contrôle fut rappelé récemment (*Cass. Crim.*, 13 oct. 2020, n° 19-82479, § 8) : « Il appartient à la Cour de cassation de contrôler les appréciations des juges du fond en ce qui concerne les éléments du délit de diffamation tels qu'ils se dégagent des écrits visés dans la citation »).

**38. Contrôle des éléments intrinsèques.** Le contrôle vise l'interprétation que les juges du fond ont fait de ce que la Cour de cassation elle-même nomme « éléments intrinsèques », en précisant qu'ils sont « comme tels soumis à son contrôle » (*Cass. Crim.*, 8 sept. 2015, n° 14-83580). Sont concernés avant tout les propos en eux-mêmes (*Cass. Crim.*, 9 avr. 2019, n° 16-82610 ; *Cass. Crim.*, 7 janv. 2020, n° 19-80029 ; *Cass. Crim.*, 13 oct. 2020, n° 19-84684, § 14). Ainsi une cassation d'un arrêt d'appel fut prononcée, aux motifs que la cour du second degré aurait « mal apprécié le sens et la portée des deuxième et troisième phrases du passage incriminé, par lesquelles le journaliste s'est contenté d'introduire et d'explicitier la citation des propos tenus par un tiers qu'il a reproduits ensuite, sans les reprendre à son compte » (*Cass. Crim.*, 1<sup>er</sup> déc. 2020, n° 19-87379, § 18).

**39. Contrôle des éléments extrinsèques.** Les circonstances extérieures (ou éléments extrinsèques) aux propos incriminés ne sont pas contrôlées par la Cour de cassation. C'est donc aux juges du fond de les relever ; c'est surtout à eux de les apprécier souverainement. Ainsi fut-il rappelé qu'« il appartient aux juges d'examiner les circonstances et éléments extrinsèques qui leurs sont soumis comme étant de nature à donner aux expressions incriminées leur véritable sens. » (*Cass. Crim.*, 13 oct. 2020, n° 19-84694, § 7). Pour permettre à la Cour de cassation d'opérer, le cas échéant, son contrôle, les juges du fond doivent donc rappeler dans leurs décisions l'ensemble des éléments pertinents (*Cass. Crim.*, 13 oct. 2020, n° 19-84694, § 13). Mais il incombe néanmoins à la Cour de cassation de s'assurer qu'un tel examen a été effectué dans le respect des exigences résultant de l'art. 10 CEDH (*Cass. Crim.*, 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-84505, § 19).