”Panorama de droit pénal de la presse (septembre 2019 - mai 2020)”, Lexbase Pénal, 2020, n° 28

Evan Raschel

▶ **To cite this version:**

Evan Raschel. ”Panorama de droit pénal de la presse (septembre 2019 - mai 2020)”, Lexbase Pénal, 2020, n° 28. Lexbase Pénal, 2020, n° 28. hal-02903868

HAL Id: hal-02903868
https://uca.hal.science/hal-02903868

Submitted on 18 Sep 2020

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. 2019 – mai 2020)

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

I. ACTUALITE LEGISLATIVE

1. Proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet. Bien que la crise sanitaire impose au Parlement un rythme plus lent qu'à l'habitude, certains textes continuent, tant bien que mal, leur cheminement. Il en est ainsi d'une proposition de loi déjà ancienne (enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 mars 2019 - elle fut déjà signalée dans le cadre de cette chronique l'été dernier), portée par Mme Laetitia Avia, « visant à lutter contre la haine sur internet ». Très contestée, notamment au regard de la liberté d'expression et du droit européen, elle fit l'objet de passes d'armes entre le Sénat et l'Assemblée nationale, jusqu'à l'adoption du texte en lecture définitive le 13 mai dernier. Au jour où ces lignes sont écrites, un dernier obstacle se dressait, le Conseil constitutionnel ayant été saisi…

Signalons, parmi différentes innovations touchant la matière pénale, (V. pour une présentation détaillée : https://www.nextinpact.com/news/108972-cyberhaine-loi-avia-ligne-par-ligne.htm), les points suivants :

- L'article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 (« LCEN ») serait modifié, de façon à ce que les **contenus terroristes et pédopornographiques puissent être retirés dans un délai d'une heure** (contre 24h actuellement). Il s'agirait, comme aujourd'hui, d'un retrait administratif, sans autorisation préalable d'un juge ;
- Surtout, un article 6-2 serait inséré dans cette LCEN, qui **imposerait aux opérateurs de plateforme en ligne et aux moteurs de recherche, en 24h après notification, le retrait de « tout contenu contrevenant manifestement »** aux infractions listées (à contenu haineux). Sont concernées certaines infractions au droit de la presse (ex. : injures à caractère discriminatoire) mais aussi en matière de pédopornographie et de terrorisme, ainsi que le harcèlement sexuel. En cas de manquement – non-retrait - , les personnes concernées s'exposent à une amende de 250.000 euros (qui devrait être quintuplée pour les personnes morales). Si l'infraction exige une intention, celle-ci « peut résulter de l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié ». Ce délit pourrait être jugé par un juge unique (CPP, art. 398-1, 11° bis proposé). Les associations mentionnées aux articles 48-1 et suivants de la loi du 29 juillet 1881 peuvent agir pour obtenir un tel retrait.

  Cette obligation s'impose « au regard de l'intérêt général attaché au respect de la dignité humaine ». Il reste qu'elle pose de sérieuses questions de censure et donc d'atteinte à la liberté d'expression : les opérateurs concernés, qui ne pourront véritablement tout vérifier, devront sans doute mettre en place des systèmes qui aboutiront à des suppressions massives et aveugles (risque de « sur-censure », dénoncé notamment par la Commission européenne le 22 novembre 2019)… D'autant que des signalements abusifs ne sont pas exclus… Ce cas est d'ailleurs envisagé par la proposition de loi : le fait de présenter aux opérateurs des plateformes et des moteurs de recherche un contenu comme étant illicite en sachant que tel n'est pas le cas constitue une infraction pénale, punie d'un an d'emprisonnement (!) et de 15.000 euros d'amende ;

- En termes de procédure pénale, la principale innovation serait la création d'un **tribunal judiciaire spécialisé** (sans doute celui de Paris) **en matière de lutte contre la haine en ligne** (CPP, art. 15-3-3 proposé). Au-delà de l'idée, classique, de spécialisation des magistrats (du siège et du parquet), il s'agit de centraliser les procédures lorsque de très nombreuses infractions sont commises (« raids numériques » de type injures ou menaces visant une même personne) ou lorsqu'une même publication fait l'objet de très nombreuses plaintes. Cette compétence serait concurrente à celle résultant du droit commun ; elle suppose par ailleurs une plainte adressée par voie électronique (CPP, art. 15-3-1) ;
- En procédure pénale encore, le **contrôle judiciaire** serait enrichi d'une interdiction d' « adresser de[s] messages à la victime, de façon directe ou indirecte, par tout moyen, y compris par voie électronique » (CPP, art. 138, 9° bis proposé). Cette même interdiction figurerait, mot pour mot, comme modalité du **sursis probatoire** (CP, art. 132-45, 26° proposé).

II. ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

2. Plan. Compte tenu de la baisse de l'activité judiciaire causée par la crise, les arrêts rendus en droit de la presse lors de la période de référence sont un peu moins nombreux qu'à l'accoutumée. Il reste que plusieurs importantes précisions ont eu lieu, outre de multiples rappels et confirmations. Celles-ci seront distinguées, classiquement, selon qu'elles concernent les incriminations (A), les justifications (B) et les règles procédurales propres au droit de la presse (C).

A. INCRIMINATIONS

1. Incriminations contenues dans la loi du 29 juillet 1881

a. Diffamation

3. Diffamation par insinuation. D'après le célèbre premier alinéa de l'article 29, « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ». Ces allégations ou imputations peuvent être parfaitement explicites. Mais la caractérisation de la diffamation ne l'exige pas. L'article 29, alinéa 1er de la loi sur la presse prévoit lui-même sa répression « même si elle est faite sous forme dubitative ». Au-delà, la jurisprudence retient au titre de la diffamation une possible « forme déguisée » ou « par insinuation ». Entrent donc dans le champ de l'incrimination des sous-entendus, des allusions, des propos ambigus ou encore des fausses interrogations ou naïvetés…

La forme déguisée ne semble pas faire l'objet d'une véritable construction jurisprudentielle. En tous les cas, la Cour ne la vise pas de manière autonome et spécifique. Elle se distingue assez mal, au demeurant, de la diffamation par insinuation qui, elle, est très régulièrement visée (V. par ex. : Crim., 17 déc. 1991, n° 90-83534, retenant une « diffamation commise par la voie d'une insinuation laquelle entre, au même titre que l'imputation ou l'allégation, dans les prévisions de l'article 29 de la loi du 29 juill. 1881 » ; Crim., 9 avr. 2019, n° 18-82753). La diffamation par insinuation a été une nouvelle fois visée et appliquée récemment **(Crim., 24 mars 2020, n° 19-83553).** En l'espèce, les propos poursuivis renfermaient l'allégation que, dans le cadre d'une

procédure, un faux a été utilisé, faux certes non commis par le diffamé, mais produit par lui devant la juridiction appelée à statuer. Il y a bien diffamation : « sans toutefois l'affirmer avec certitude, le propos incriminé insinue que ce pourrait être en toute connaissance de cause que la partie civile a produit un faux document devant une juridiction » (§ 8). Quelques mois plus tôt, la même chambre criminelle confirmait que de telles insinuations ou imputations déguisées pourront être caractérisées, le cas échéant, en contemplation d' « éléments extrinsèques » aux propos incriminés **(Crim., 15 oct. 2019, n° 18-85073)**. Il faut encore préciser, s'agissant de ces éléments extrinsèques, que seuls les juges du fond sont en mesure de les apprécier **(Cass. Ass. Plén., 25 oct. 2019, n° 17-86605)** – à l'exclusion de la Cour de cassation – et encore faut-il que ces éléments "aient été expressément invoqués devant eux » **(Crim., 15 oct. 2019, 18-85366).**

4. Exigence d'un « fait précis » : généralités. Le « fait » visé par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 doit être un « fait précis » ; c'est « sans difficulté » que le fait doit pouvoir être « l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire » (V. par ex. : **Crim., 13 nov. 2019, n° 18-84864 ; Crim., 7 janv. 2020, n° 19-80027**), de nature à ouvrir la possibilité de la preuve du vérité diffamatoire (**Crim., 7 janv. 2020, n° 19-80028)**. En sens inverse, une opinion ou un jugement de valeur ne tombe a priori pas sous le coup de la diffamation, faute de fait précis **(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 »). Ainsi, le fait pour un chroniqueur d'une émission télévisée de dire de quelqu'un que « "c'est un écrivain [...] assez antisémite", « relevait de l'expression d'une opinion et d'un jugement de valeur sur la personnalité de la partie civile, fussent-ils fondés sur des propos qui étaient prêtés à celle-ci, et non de l'imputation d'un fait précis » **(Crim., 7 janv. 2020, n° 19-82581).**

5. Exigence d'un « fait précis » : cas de l'imputation d'un état d'esprit ou d'opinions infamantes. Quid lorsque l'objet du reproche n'est pas un acte, mais une opinion ou un état d'esprit ? A priori, il ne s'agit nullement d'un « fait » : l'injure pourrait être retenue (V. ainsi pour les expressions de « khmers verts » et « écolos fachos » : Crim., 28 févr. 1995, n° 93-80572), mais pas la diffamation. Ainsi la chambre criminelle (Crim., 27 févr. 2018, n° 17-81990) a rejeté cette dernière qualification pour absence d'imputation d'un fait précis, au sujet d'un tract de la CGT accusant l'agent d'exploitation d'une entreprise d'être « comparable à cette engeance qui a massivement collaboré avec l'occupant Nazi en 1940 » et qui, « entre sauver les juifs ou les dénoncer, […] aurait choisi d'aider à remplir les trains en partance pour les camps ». Pour la Cour de cassation, « les propos poursuivis, pour outrageants qu'ils soient, ne renferment pas l'imputation d'un fait suffisamment précis pour faire l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire (…) » (adde Crim., 9 janv. 2018, n° 17-80502 : les « propos incriminés, (…) prêtaient seulement à [la partie civile] une opinion, et ne constituaient donc pas une articulation précise de faits (…) »).

Mais une subtilité peut survenir : quid lorsque l'état d'esprit est corroboré par un acte l'exprimant ou le manifestant ? En toute logique, cet acte devrait, en tant que tel, être considéré comme un fait précis. C'est ce qu'a confirmé la Cour de cassation début janvier **(Crim., 7 janv. 2020, n° 19-80374)**, au sujet d'une photographie d'un homme accomplissant le salut nazi. Si l'on peut évidemment en déduire ses sympathies pour « l'idéologie national-socialiste, réprouvée par la loi et par la morale », ce n'est pas seulement cette opinion néfaste qui lui fut imputée, mais bien l'accomplissement du salut qui, en lui-même, peut être considéré comme un acte déshonorant.

b. Injures

6. Injure aggravée à raison de l'identité de genre. Dans la période de référence, l'injure doit surtout être signalée pour l'arrêt d'assemblée plénière du 25 octobre 2019 (V. infra n° 20 pour la justification). Un autre arrêt mérite d'être signalé, en ce qu'il applique l'aggravation de cette infraction lorsque l'injure est commise à raison de l'identité de genre **(Crim., 7 janv. 2020, n° 19-80796)**. Cette dernière consiste, pour une personne, en le sentiment – qu'il corresponde ou non à la réalité biologique – d'appartenir au genre masculin ou féminin, au deux à la fois ou à un troisième, mixte ou distinct (transsexualité, transgénérisme, etc.). Il ne s'agit pas d'orientation sexuelle, d'où l'utilité de cet ajout (adde Conseil constitutionnel, 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, § 102 : « la notion d'identité de genre est suffisamment claire et précise pour que soit respecté le principe de légalité des délits et des peines »). En l'espèce, l'injure aggravée a été logiquement appliquée à l'auteur du tweet suivant : "Transgenres. Les malheureux qui veulent changer de sexe sont des vicieux et des malades qui relèvent de la psychiatrie".

c. Contestation de crime contre l'humanité (article 24 bis)

7. Concept de contestation de crime contre l'humanité. Dans sa rédaction actuelle, l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 punit, en son premier alinéa, « ceux qui auront contesté [publiquement], l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité » commis durant la seconde guerre mondiale. Il s'agit donc bien d'un délit dit de négationnisme (comp. l'al. 2. : « Seront punis des mêmes peines ceux qui auront nié, minoré ou banalisé de façon outrancière (…) »). Il est pourtant constant que l'incrimination recouvre également la simple minoration ou banalisation des faits. Par exemple, le passage d'une interview, qui qualifie de "détail de l'histoire de la guerre", l'emploi des chambres à gaz pour mener une politique d'extermination de populations civiles, en particulier la communauté juive, par la minoration outrancière des crimes contre l'humanité commis pendant la seconde guerre mondiale qu'il opère, constitue une contestation de l'existence de ces derniers (Crim., 27 mars 2018, n° 17-82637). Le mystérieux homme politique français concerné l'avait déjà appris à ses dépens lorsqu'il avait été condamné pour avoir dit que l'occupation allemande n'avait pas été particulièrement inhumaine en dehors de bavures inévitables (Crim., 19 juin 2013, n° 12-81505 ; CEDH, 5ème sect., déc., 13 sept. 2016, Jean-Marie Le Pen c/ France, req. n° 52672/13). Les propos tenus dans l'affaire rapportée ne sont guère très différents, puisqu'il était reproché à une importante figure de l'ultra-droite d'avoir tweeté, notamment, que la rafle du Vel d'Hiv « est un épisode mineur de la déportation, qui est elle-même un épisode mineur de la seconde guerre mondiale » **(Crim., 24 mars 2020, n° 19-80783)** : il y a évidemment « minoration outrancière de tels crimes » contre l'humanité au sens de l'article 24 bis. En réalité, l'intérêt de cet arrêt est ailleurs, en ce qu'il confirme **(V. déjà Crim., 13 novembre 2019, n° 18-85263)**, soit dit en passant, que « la contestation de crimes contre l'humanité est caractérisée même si elle est présentée sous forme déguisée ou dubitative ou encore par voie d'insinuation ». La formule est calquée sur celle, classique et fréquente (V. encore, par ex. : **Crim., 24 mars 2020, n° 19-83553, § 8, rapporté supra n° 3)**, de la jurisprudence en matière de diffamation. Elle pourrait ouvrir encore plus largement le délit de négationnisme ; le cas échéant, cela pourrait reposer la question de sa légitimité (comp. CEDH, 24 juin 2003, req. n° 65831/01, Garaudy c/ France, excluant l'art. 10 au motif qu'il s'agirait d'un détournement de l'esprit de la Convention, au sens de son article 17).

8. Son champ d'application n'est pas pour autant infini. Même déguisée ou insinuée, il faut bien une contestation ou une minoration des crimes. Tel n'est pas le cas d'un site internet qui proposait à la vente, sous les formats d'affiche et d'autocollant, un dessin intitulé "Pornographie mémorielle", représentant une femme vêtue d'une guêpière, avec des étoiles de David apposées sur la poitrine, se tenant debout devant une représentation de l'entrée du camp de concentration d'Auschwitz-Birkenau, tenant des pièces de monnaie dans une main et un soutien-gorge dans l'autre. Ces propos qui visent « à dénoncer l'exploitation mercantile que la communauté juive ferait de la mémoire des victimes des camps d'extermination » ne relèvent pas de l'article 24 bis de la loi sur la presse **(Crim., 26 novembre 2019, n° 19-80782)** – ni d'une provocation à la haine.

d) Article 38 ter

9. Constitutionnalité. L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 interdit « l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image », lors des audiences judiciaires et administratives, ainsi que « la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu » illicitement (sauf prises de vues autorisées par le président avant les débats). D'habitude peu appliquée, cette disposition a donné lieu dans la période rapportée à deux décisions importantes.

La première est une décision du Conseil constitutionnel **(6 décembre 2019, n° 2019-817 QPC)**, saisi d'une QPC contestant la conformité de cet article à la liberté de communication (DDHC, art. 11). Ce grief est écarté, pour trois raisons (§ 7 à 9) qu'il est possible de résumer ainsi : l'article 38 ter poursuit l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice en garantissant la sérénité des débats vis-à-vis des risques de perturbations liées à l'utilisation de ces appareils, à plus forte raison si les images et enregistrements sont diffusés pendant ceux-ci. Il est par ailleurs impératif de prévenir les atteintes que la diffusion des images et enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée, voire à la présomption d'innocence, des parties au procès ou intervenants aux débats. Enfin – et c'est le point qui a le plus retenu l'attention – par une sorte de réserve d'interprétation qui ne dit pas son nom, le Conseil précise que l'article 38 ter « ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police du président de la formation de jugement ». Est ici sauvegardée, notamment, la pratique du « live-tweet ».

10. Conventionnalité. La seconde **(Crim., 24 mars 2020, n° 19-81769)** prolonge la première, en concluant que l'article 38 ter ne saurait constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par l'article 10 de la Convention EDH. Les cours d'appel et de cassation (§ 7-12) mettent de nouveau en avant l'impérative préservation de la sérénité des débats, en ajoutant que ces interdictions « conditionnent la manifestation de la vérité et contribuent ainsi à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire » (§ 11). Les juges précisent qu'en outre la liberté d'information n'est que partiellement atteinte : l'accès à la salle d'audience est libre et les comptes rendus d'audience sont largement autorisés (L. 29 juill. 1881, art. 41) – y compris durant celle-ci, par l'effet de la QPC précitée.

11. Champ d'application (rappel). La même décision du 24 mars permet à la Cour de cassation de rappeler le champ d'application de l'article 38 ter. En l'espèce, deux photographies ont été publiées par un hebdomadaire, sur lesquelles on voyait notamment l'accusé dans une célèbre

affaire de terrorisme, à l'audience de la cour d'assises spéciale de Paris, avant le verdict. De telles prises de vues, distinctes de celles autorisées par son alinéa 2, sont réprimées au titre de l'article 38 ter, car son interdiction « qui commence dès l'ouverture de l'audience et se prolonge jusqu'à ce que celle-ci soit levée, s'applique pendant les périodes de suspension de l'audience » (§ 15).

2. Incriminations contenues dans le Code pénal

a. Apologies publiques du terrorisme

12. Apologie d'actes de terrorisme. En application de l'art. 421-2-5 CP : « Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. (…) ».

La notion d' « apologie » a été précisée par la Cour de cassation, dans une formule récemment reprise : « le délit d'apologie d'actes de terrorisme, prévu et réprimé par l'article susvisé, consiste dans le fait d'inciter publiquement à porter sur ces infractions ou leurs auteurs un jugement favorable » **(Crim., 10 mars 2020, n° 19-81026 ;** adde Crim., 4 juin 2019, n° 18-85042 ; **Crim., 17 septembre 2019, n° 18-83472).** Caractérise par exemple le délit d'apologie d'actes de terrorisme le comportement consistant, lors d'un rassemblement public, à manifester une égale considération pour les victimes d'actes de terrorisme et l'un des auteurs desdits actes auquel l'on s'identifie (pancarte « Je suis Charlie – Je suis Kouachi » : Crim., 25 avril 2017, n° 16-83331).

Dans l'affaire commentée, le prévenu avait répété à cinq ou six reprises, lors de son transport au commissariat de police, "Allah Akbar" ; une cour d'appel crut y reconnaître le « cri de guerre des terroristes djihadistes qui, dans le contexte dans lesquels ces propos ont été tenus, permet de caractériser l'infraction », en ajoutant « que ces propos constituent une expression allégorique d'une action terroriste caractéristique du délit ». Elle est – heureusement – rappelée à l'ordre par la Cour de cassation : « ces mots, prononcés dans le contexte où ils ont été tenus, étaient susceptibles de plusieurs significations et ne caractérisaient pas, à eux seuls, une incitation à porter sur un acte terroriste ou l'un de ses auteurs un jugement favorable » (§ 10).

13. Recel d'apologie d'actes de terrorisme. Un arrêt important et remarqué **(Crim., 7 janvier 2020, n° 19-80136)** a 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 admet 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). En l'espèce, « le comportement de M. I... démontre une certaine adhésion aux propos apologétiques et que la multiplicité, la diversité et le caractère volontaire de la sélection des documents téléchargés excluent qu'il ait pu agir de bonne foi par simple curiosité, quête spirituelle ou parce qu'il se retrouvait dans une situation de détresse psychologique, matérielle et familiale ainsi qu'il le prétend » (§ 9).

Cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques (V. not. F. Safi, Le recel de l'apologie du terrorisme : du juge qui prononce la lettre de la loi au juge qui trahit l'esprit de la loi : Lexbase, La lettre juridique, n° 817, 19 mars 2020).

Surtout, sa solution fut assimilée à l'occasion d'une autre affaire **(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 : « il convient que le Conseil constitutionnel puisse apprécier, au regard de ses décisions n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 et n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 qui ont, pour incriminer la consultation de sites faisant l'apologie du terrorisme, exigé que soit caractérisée chez l'auteur de cette consultation une intention terroriste, si les dispositions susvisées, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, qui admet que le recel de fichiers ou de documents apologétiques notamment issus de la consultation de tels sites puisse être incriminé si est au moins caractérisée, en la personne du receleur, une adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers, ne sont pas susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication » (§ 4). Rappelons que le Conseil constitutionnel avait il y a deux ans déclaré constitutionnel le délit d'apologie du terrorisme (décision QPC n° 2018-706 du 18 mai 2018), mais c'est une autre question qui se pose cette fois à lui, dont il faudra lire la réponse avec la plus grande attention.

b. Vie privée

14. Concepts de vie privée et de consentement à l'enregistrement. Ce sont deux intérêts majeurs que présente l'arrêt de cassation (au visa unique de l'art. 226-1 CP) rendu par la chambre criminelle le **21 avril 2020 (n° 19-81507)**. Les faits peuvent être synthétisés ainsi : une instruction a été ouverte, après constitution de partie civile, pour atteinte à l'intimité de la vie privée d'une femme qui a pu être reconnue lors d'une émission télévisée. Celle-ci présentait notamment l'interpellation puis la garde à vue de cette personne, pour des faits de proxénétisme aggravé. Ces deux évènements ressortent-ils de l'intimité de la vie privée, au sens de l'art. 226-1 ? Alors que la cour d'appel s'y opposait, la Cour de cassation retient que « l'enregistrement de la parole ou de l'image d'une personne placée en garde à vue est susceptible de constituer une atteinte à l'intimité de sa vie privée ». La solution aurait mérité quelques explications… Plus intéressant encore est le point relatif au consentement de la gardée à vue quant à l'enregistrement litigieux. Rappelons que « Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé » (CP, art. 226-1, dernier al.). Or la cour d'appel relève que la caméra était visible, de sorte que l'enregistrement était connu, sans qu'il ait fait l'objet d'opposition de la part de la gardée à vue. La Cour de cassation refuse d'en tenir compte : « une personne faisant l'objet d'une garde à vue n'est pas en mesure de s'opposer à cet enregistrement ». En droit des contrats, en procédure pénale ou ailleurs, la liberté est indissociable du concept de consentement…

c. Violation du secret de l'enquête ou de l'instruction

15. Concept d'information à caractère secret. Dans la période rapportée, un arrêt mérite particulièrement d'être relevé **(Crim., 24 mars 2020, n° 19-80909)**. Une information avait été ouverte pour violation du secret de l'enquête et recel de ce délit ; était en cause le commandant de police en charge d'une importante enquête, dont les propos avaient été rapportés par deux quotidiens nationaux (« Ce sont les plus gros tageurs de ces dernières années (...) En trois ans, on peut estimer que la remise en état des rames de métro qu'ils ont dégradées se monte à près de 600 000 euros. Un record. », « Nous savions qu'ils étaient très bien renseignés sur les dépôts de la RATP, ils connaissaient toutes les mesures de sécurité qu'il fallait respecter pour éviter tout

accident. Nous voulions surtout les prendre en flagrant délit. C'était la seule façon pour nous de nous assurer qu'ils étaient les bons tageurs » ; « Ils opèrent en toute connaissance de cause avec un but : obtenir la plus grande notoriété possible en multipliant les signatures, si possible dans des sites difficiles d'accès » (...) « Le policier parle de « drogués du tag », capables de passer leurs nuits dans les dépôts ou les tunnels du métro »). La question essentielle de cette affaire consistait à savoir si, parmi ces propos, figuraient des informations à caractère secret au sens de l'art. 226-13 CP. Les juges d'appel considérèrent que non, y voyant davantage des commentaires généraux. Cassation est prononcée, au visa de cet article ainsi que de l'art. 11 CPP : « seul le ministère public est investi du droit de communiquer sur une enquête en cours, dans les conditions restrictives énoncées par le troisième alinéa de l'article 11 du code de procédure pénale, de sorte que la communication de renseignements connus des seuls enquêteurs par un officier de police judiciaire à des journalistes est susceptible de constituer, le cas échéant, la violation du secret professionnel par une personne qui concourt à la procédure. » (§ 17). En creux, l'arrêt ne nie pas que des commentaires dépourvus de toute information précise puissent être faits par les enquêteurs…

3. Incriminations contenues dans le Code de la santé publique

16. Constitutionnalité du délit de provocation à l'usage de stupéfiants. Alors qu'il existe dans le Code pénal l'incrimination du « fait de provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants » (CP, art. 227-18), un texte plus général est édicté dans le Code de la santé publique : « La provocation au délit prévu par l'article L. 3421-1 [usage de stupéfiants] ou à l'une des infractions prévues par les articles 222-34 à 222-39 du code pénal, alors même que cette provocation n'a pas été suivie d'effet, ou le fait de présenter ces infractions sous un jour favorable est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende » (CSP, art. L. 3421-4, al. 1er). C'est ce texte qui fut contesté par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, transmise à la Cour de cassation : « est-il contraire à la liberté d'expression et de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et aux principes de nécessité des incriminations et de proportionnalité des peines garantis par l'article 8 de cette même déclaration ? ». Cette question ne fut pas renvoyée au Conseil, pour défaut de caractère sérieux **(Crim., 25 mars 2020, n° 19-86572).** D'une part, le délit prévu par l'article L. 3421-4 du code de la santé publique suppose « une intention corruptrice de sorte que les idées et opinions exprimées, à propos du seul usage du cannabis, dans le cadre d'un débat de fond ou dans le cadre de recherches médicales ne sont pas susceptibles de tomber sous le coup de la loi » (§ 5). D'autre part, l'atteinte qui serait portée à la liberté d'expression et de communication par les dispositions contestées est « justifiée par les impératifs de protection de la santé et de la sécurité publiques et est nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi en la matière par le législateur » (§ 6).

B. JUSTIFICATION

1. Liberté d'expression

17. Champ d'application de la justification. Depuis plusieurs années, la liberté d'expression (via le contrôle dit de proportionnalité) est une cause autonome de justification. Elle suppose que soient réunis les deux critères établis par la Cour européenne des droits de l'homme : la base factuelle suffisante et, surtout, le débat d'intérêt général (V. par ex. : T. Besse, Le débat d'intérêt

général : un fait justificatif conventionnel : Archives de politique criminelle 2018/1, n° 40, p. 87). Il est certain que ces critères ne servent qu'à la justification de l'infraction et n'influent nullement sur sa constitution, ce que la Cour de cassation a confirmé explicitement, en rappelant qu'une cour d'appel « ne devait, pour déterminer le caractère diffamatoire des propos poursuivis, prendre en considération ni le sujet d'intérêt général dont ils pouvaient traiter, ni leur éventuelle base factuelle » **(Crim., 15 oct. 2019, n° 18-83255).**

Cette cause justificative qu'est la liberté d'expression connaît de multiples applications, englobant d'ailleurs les matières civile (V. pour une action en dénigrement : Cass. 1ère civ., 11 juill. 2018, n° 17-21457) et pénale.

18. Cas de la dénonciation calomnieuse. Cependant l'ensemble des infractions de presse n'est pas concerné par cette cause justificative. Si cela peut se comprendre pour certaines infractions, insusceptibles par leur nature d'intégrer un débat d'intérêt général, d'autres exclusions sont plus surprenantes. Ainsi de l'outrage de l'art. 433-5 CP, très proche de la diffamation, qui pourtant « n'entre pas dans le champ de l'article 10, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme » (Crim., 19 juin 2018, n° 17-84153). Ainsi encore de la dénonciation calomnieuse (Crim., 12 avr. 2016, n° 14-87124 : des juges ayant été saisis « de faits de dénonciation calomnieuse et non de diffamation publique, [ils] n'avaient pas à répondre à l'argumentation du prévenu tendant à justifier les faits qui lui sont reprochés par la libre expression d'un homme politique vis-à-vis d'un projet d'intérêt général ; qu'en effet, des faits de dénonciation calomnieuse ne sauraient être justifiés par le droit d'informer le public défini par l'article 10, § 1, de la Convention européenne »). Mais précisément, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu récemment une décision **(CEDH, 5ème sect., 26 mars 2020, n° 59636/16, Tête c/ France, § 57 s.)** dans laquelle elle contredit explicitement et directement cette position, condamnant pour cette raison la France pour violation de l'article 10. Il est plus que probable que la position des juridictions françaises évoluera à l'avenir, et que la dénonciation calomnieuse puisse être justifiée par elles au nom de la liberté d'expression.

19. Cas de l'exhibitionnisme. Au-delà des abus de la liberté d'expression, certaines infractions contre les biens sont concernées. Ainsi de l'escroquerie (Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83774). Par ailleurs, l'exhibitionnisme est récemment devenu une infraction justifiable au nom de la liberté d'expression. Certes, la Cour de cassation a initialement adopté une position inverse (Crim., 10 janv. 2018, n° 17-80816) : les motivations politiques invoquées par une « Femen » sont « sans effet sur les éléments constitutifs de l'infraction ». Cependant un an plus tard (Crim., 9 janv. 2019, n° 17-81618), cette position fut moins ferme. La liberté d'expression n'est plus exclue par principe, elle l'est simplement parce qu'en l'espèce (une femme a dénudé sa poitrine dans une église, avant de procéder, sur l'autel, à un simulacre d'avortement, à l'aide de morceaux d'abats, censés représenter le fœtus de Jésus) la décision de condamnation pour exhibition sexuelle « n'a pas apporté une atteinte excessive à la liberté d'expression de l'intéressée, laquelle doit se concilier avec le droit pour autrui, reconnu par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, de ne pas être troublé dans la pratique de sa religion ». Le pas fut franchi début 2020 **(Crim., 26 févr. 2020, n° 19-81827)**, à propos des mêmes faits que ceux ayant été jugés en janv. 2018. La Cour de cassation confirme que la seule exhibition de la poitrine d'une femme suffit à caractériser le délit (ce qui n'est pas indiscutable…), mais refuse pour autant son application au cas d'espèce, aux motifs que « le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de

protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ».

20. Liberté d'expression, droit au respect de la vie privée et dignité de la personne. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu un arrêt très important le **25 octobre 2019 (n° 17-86605)**, appliquant la liberté d'expression, tout en précisant son articulation avec la vie privée et la dignité des personnes. Il y fut rappelé que l'exigence de proportionnalité implique de rechercher si, au regard des circonstances particulières de l'affaire, la publication litigieuse dépasse les limites admissibles de la liberté d'expression. En l'absence de dépassement de ces limites, et alors même que l'injure est caractérisée en tous ses éléments constitutifs, les faits objet de la poursuite ne peuvent donner lieu à des réparations civiles. En l'espèce, la cour d'appel, qui a exactement apprécié le sens et la portée d'une affiche à la lumière des éléments extrinsèques qu'elle a souverainement analysés, en a déduit, à bon droit, que la publication litigieuse ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression. Le caractère humoristique de la publication litigieuse, notamment, a permis de faire prévaloir la liberté d'expression sur le droit au respect de la vie privée, les deux ayant la même valeur normative (§ 11 – V. déjà : CEDH, gd ch., 10 novembre 2015, n° 40454/07, Couderc et Hachette Filipacchi associés c/ France). Quant à la dignité humaine, elle ne figure pas, en tant que telle, au nombre des buts légitimes énumérés à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne saurait donc être érigée en fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression (§ 12-13).

21. La liberté d'expression et la caractérisation des faits justificatifs spéciaux. La lecture de certains arrêts témoigne que la liberté d'expression est parfois utilisée comme soutien aux faits justificatifs spéciaux (parfois, la liberté d'expression, plus radicalement, s'y substitue : **Crim., 7 janv. 2020, n° 19-80374**), les deux étant appliqués simultanément, engendrant une confusion de ces causes justificatives. Alors, la liberté d'expression y gagne ce que la cohérence et la lisibilité du droit y perdent, puisque les critères habituels des faits justificatifs spéciaux – spécialement la bonne foi – sont altérés, quand ils ne sont pas simplement évincés.

Dans les arrêts concernés, la bonne foi est discutée, mais seuls certains de ses quatre critères classiques d'application (légitimité du but poursuivi, absence d'animosité personnelle, prudence dans l'expression, sérieux de l'enquête, V. par ex., explicitement : **Crim., 21 avr. 2020, n° 19-81172, § 16)** sont retenus, quand par ailleurs les critères propres à la liberté d'expression viennent au soutien du raisonnement des juges – spécialement le sujet d'intérêt général et l'existence d'une base factuelle suffisante. Dans un arrêt appliquant par ailleurs la bonne foi, un arrêt d'appel fut même cassé au visa de l'article 593 CPP, pour ne pas s'être prononcé, « comme l'y invitaient les parties, sur l'existence ou la non-existence, en la circonstance, d'un débat d'intérêt général » (Crim., 8 nov. 2011, n° 10-85666 ; dans le même sens : **Crim., 21 avr. 2020, n° 19-81172, § 23** : la cour d'appel ne pouvait « se prononcer sur la bonne foi de ce prévenu, en qualifiant ses propos d'attaques personnelles dénuées de prudence, sans examiner si ceux-ci reposaient sur une base factuelle suffisante »).

Pour constater cette confusion des critères de la bonne foi et de la liberté d'expression, il suffit de lire la motivation de certains arrêts. C'est ainsi qu'une cour d'appel a justement écarté « l'admission (…) du bénéfice de la bonne foi », dans la mesure où « la circonstance qu'un article

de presse traite d'un sujet d'intérêt général concernant une personnalité politique ne le dispense pas de fonder les allégations ou imputations diffamatoires qu'il est susceptible de comporter à l'endroit de cette personne sur une base factuelle suffisante, en rapport avec la gravité des accusations portées, et de faire preuve de prudence et de mesure dans l'expression, ce dernier critère ne s'appréciant moins strictement que lorsque les deux autres sont réunis » (Crim., 8 janv. 2019, n° 17-83470 ; **Crim., 26 nov. 2019, n° 18-86335).** Plus récemment, il fut reproché à une cour d'appel d'avoir refusé au prévenu le bénéfice de la bonne foi aux motifs d'un défaut de prudence dans l'expression et d'une animosité personnelle de l'auteur de l'article, « alors qu'elle devait apprécier ces critères d'autant moins strictement que, d'une part, elle constatait, en application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour européenne, que les propos s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général, d'autre part, il résulte de ce qui précède que son appréciation sur la suffisance de leur base factuelle n'était pas complète » **(Crim., 7 janv. 2020, n° 18-85620 ; Crim., 7 janv. 2020, n° 18-85159 ; Crim., 21 avr. 2020, n° 19-81172, § 16).**

2. Bonne foi

22. Absence d'animosité personnelle. Parmi les quatre critères de la bonne foi qui viennent d'être cités figure l'absence d'animosité personnelle, qui a été l'occasion de plusieurs précisions récentes.

Rappelons que n'est pas de bonne foi celui qui, imputant à autrui des faits, sous le prétexte de la diffusion d'informations, se livrerait à de véritables attaques personnelles ou à un règlement de comptes. C'est cette finalité, ce dévoiement de l'expression qui en constitue le critère essentiel. De la sorte, il faut comprendre que la seule virulence des propos ne suffit pas à caractériser l'animosité personnelle (Cass. Ass. Plén., 16 déc. 2016, n° 08-86295, pour de sévères critiques de magistrats instructeurs par l'avocat de la veuve du juge Borrel) – mais elle constituera souvent une absence de prudence et de mesure dans l'expression. De même, des relations exécrables entre deux personnes ne peut être systématiquement déduite l'animosité personnelle : il faut que celle-ci transparaisse des propos litigieux **(Crim. 21 avr. 2020, n° 19-81172, § 24).**

Une animosité personnelle est par exemple caractérisée lorsqu'une femme, sur le modèle du #metoo américain, créa sur les réseaux sociaux le #balancetonporc en visant nommément celui qu'elle décrivait comme son agresseur ou harceleur sexuel. L'identification d'un « porc » identifié à « balancer » fut jugée excessive, justifiant le rejet de la bonne foi au vu des attaques personnelles réalisées **(TGI Paris, 17ème ch. Civ., 25 sept. 2019**, E. Brion c./ S. Muller et SARL Audiovisual business system media : Légipresse oct. 2019 (n° 375), p. 519). En revanche, d'autres imputations, même graves, furent jugées comme ne caractérisant aucune animosité personnelle. Ainsi est-il possible de mentionner la cassation, pour des raisons différentes, de deux arrêts d'appel.

Dans la première affaire, une cour d'appel avait déduit l'animosité personnelle du journaliste de sa seule analyse selon laquelle les propos seraient privés de base factuelle et exprimés sans prudence, « alors qu'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 » **(Crim., 7 janv. 2020, n° 18-85620).**

La solution peut paraître logique : une animosité personnelle semble supposer un contentieux préexistant, voire ancien. Mais une autre affaire, légèrement antérieure, apprend qu'une telle rancœur, qu'une inimitié passée n'est pas pour autant suffisante, de sorte que tout ne semble encore relever que d'une appréciation au cas par cas. Dans cette affaire, une cour d'appel avait déduit l'existence d'une animosité personnelle de la seule circonstance que l'auteur de l'article ou d'autres journalistes du même quotidien avaient précédemment publié dans les colonnes de celui-ci des articles critiques à l'égard de la partie civile, lesquels firent d'ailleurs l'objet de poursuites judiciaires. Pour la Cour de cassation, « cette circonstance, qui n'était pas dissimulée aux lecteurs de l'article dont le titre était incriminé, n'étant pas de nature à faire disparaître le but légitime d'information du public poursuivi par la publication de celui-ci » **(Crim., 26 nov. 2019, n° 18-85046, § 20)**.

Enfin, et tout aussi récemment, 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 » **(Crim., 7 janv. 2020, n° 18-85159).**

C. PROCEDURE

1. Responsabilité en cascade

23. Complicité. Si aucun arrêt n'a bouleversé les solutions existantes en matière de responsabilité en cascade, celui du 7 janvier 2020 (**Crim., 7 janvier 2020, n° 18-85159)** mérite d'être cité, mettant en lumière toute la complexité du système retenu. Il confirme, d'abord, que cette responsabilité en cascade vaut non seulement en droit de la presse au sens strict (art. 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881), mais également au-delà (V. J. Bossan, Responsabilité pénale en cascade dans la communication audiovisuelle et l'internet, J.-Cl. Communication, fasc. 142, 2015). Il en confirme surtout la subtilité. Le mécanisme est destiné à concilier liberté et efficacité : liberté en évitant que la responsabilité de chaque intervenant soit recherchée ; efficacité en permettant (presque) toujours d'aboutir à la désignation d'un responsable. Il reste que l'ensemble est souvent critiqué pour son manque de simplicité, mais aussi de cohérence : ainsi l'auteur des propos pourra, au titre de la même infraction, être poursuivi soit comme auteur principal, soit comme complice, selon qu'il est ou non possible de poursuivre le directeur de la publication… C'est exactement ce qu'il s'est passé dans l'arrêt rapporté, donnant à la chambre criminelle l'occasion de confirmer que « l'auteur du propos poursuivi, non pas comme complice de droit commun au sens de l'alinéa 4 de l'article 93-3 [de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle] et des articles 121-6 et 121-7 du code pénal, mais en qualité de complice au sens de l'alinéa 3 du premier de ces articles, aux côtés du directeur de la publication poursuivi en qualité d'auteur principal, est, en cas de relaxe de ce dernier, susceptible d'être condamné en qualité d'auteur principal de l'infraction ». Une éventuelle erreur sur la qualité de la personne poursuivie n'est toutefois pas une cause de nullité de l'acte initiant les poursuites, ce que confirme le même arrêt du 7 janvier dernier (V. auparavant : Crim., 14 juin 1994, n° 94-81360 ; Crim., 20 janvier 1987, n° 84-94444).

2. Prescription

24. Dénonciation calomnieuse. La prescription, qui est l'une des particularités essentielles du régime de faveur institué par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, n'a curieusement pas donné lieu à d'importants arrêts dans la période rapportée. Le seul méritant d'être signalé a en réalité été rendu en dehors du champ d'application de cette loi, relatif à la prescription de la

dénonciation calomnieuse **(Crim., 21 avril 2020, n° 19-81089)**. La Cour de cassation y rappelle que le point de départ de la prescription de l'action publique de ce délit se place au jour où la dénonciation est parvenue à l'autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, étant précisé que lorsque le fait dénoncé a donné lieu à des poursuites, la suspension de la prescription de l'action publique cesse au jour où la décision concernant le fait dénoncé est devenue définitive (§ 10-11). Quid en cas de relaxe du délit dénoncé, et de poursuite de la seule action civile, par la voie de l'appel ? En l'espèce, la cour d'appel avait déclaré l'action publique prescrite, en retenant pour point de départ le jour où le jugement de relaxe fut définitif. La Cour de cassation est d'un avis inverse. Elle rappelle qu'en application de l'interprétation constante de l'art. 497 CPP, « le dommage dont la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, peut obtenir réparation de la personne relaxée résulte de la faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite » (§ 12), ce dont il résulte que, « lorsqu'une relaxe du chef du délit dénoncé a été prononcée par un jugement dont seule la partie civile a relevé appel, la prescription de l'action publique du chef de dénonciation calomnieuse reste suspendue tant que la procédure se poursuit sur les intérêts civils » (§ 13). Ici, « cette suspension n'a pris fin qu'au jour de la signification de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2012 qui a définitivement mis fin à cette procédure, qui s'était poursuivie sur les seuls intérêts civils » (§ 15).

3. Formalisme de la loi du 29 juillet 1881

25. Originalités des plaintes en droit de la presse. L'article 47 de la loi du 29 juillet 1881 rappelle le droit commun de l'opportunité des poursuites, permettant au ministère public de déclencher, d'office, le procès pénal. Mais ce même article admet qu'en cette matière, cette règle ne vaut que sous réserve des modifications contenues dans les dispositions suivantes. À titre principal, l'article 48 est institué comme listant un certain nombre de cas, dans lesquels, par exception, le procureur de la République qui souhaite poursuivre doit recueillir une plainte en ce sens de la victime de la diffamation (ou d'un tiers). Ceci sans préjudice que les poursuites soient exercées à la requête de la partie lésée (article 48, dernier alinéa). Il faut bien comprendre que l'exigence d'une plainte préalable au déclenchement de l'action publique par le ministère public, n'exclut nullement que cette action soit par ailleurs déclenchée par la victime, le cas échéant par une plainte avec constitution de partie civile (pour une application expresse de l'article 2 CPP à une association agissant en diffamation, V. **Crim., 21 janv. 2020, n° 19-81567).**

Le (long) article 48 liste huit cas dans lesquels une plainte préalable est requise. En premier lieu, « 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 » (article 48, 1°).

26. Plainte avec constitution de partie civile d'une commune. Cette exigence est classiquement (et légalement…) liée aux seules plaintes préalables, à l'exclusion des plaintes avec constitution de partie civile. C'est ainsi que très logiquement, l'agent public n'aura nullement « besoin d'une délibération ou d'un mandat du corps auquel elle appartient pour agir » (Crim., 1er déc. 2015, n° 14-86516). Mais sur ce point précis, un arrêt récent a rendu une solution des plus curieuses : au visa notamment de l'article 48, 1° de la loi de 1881, il fut retenu « que la plainte avec constitution de partie civile déposée par une commune n'est régulière que si elle est précédée d'une délibération du conseil municipal » **(Crim., 7 janv. 2020, n° 18-87048, § 13).** Peut-être est-

ce dû à la spécificité des communes ; il reste que la référence expresse à l'article 48, 1° en matière de constitution de partie civile, et non de plainte préalable, porte à confusion.

27. Plainte préalable au nom de la police municipale. En tous les cas, l'article 48, 1° est très clair sur le fait que c'est seulement « si le corps n'a pas d'assemblée générale » que son chef ou son ministre peut porter plainte à sa place. Sont notamment concernées les administrations publiques (y compris les services publics) ainsi que les armées de terre, air et mer, aucune n'ayant à proprement parler d'assemblée générale. De même, les polices municipales sont des services administratifs qui n'ont pas d'assemblée générale. Parce qu'elles sont placées officiellement (CGCT, art. L. 2212-1 ; CSI, art. L. 511-2) sous l'autorité du maire, qui nomme les agents et décide de leurs tâches, c'est ce dernier qui « doit être regardé comme le chef de corps de la police municipale, au sens de l'article 48, 1°, précité. C'est donc à lui, et non à la commune, qu'il appartenait de porter plainte et de se constituer partie civile » **(Crim., 7 janv. 2020, 18-87048, § 25).**

28. Plainte des associations. En droit de la presse, sept articles (articles 48-1 à 48-6) de la loi du 29 juill. 1881 envisagent que des associations puissent représenter un intérêt collectif (comp. art. 2-1 s. CPP). Les associations pourront demander à cette occasion ce qu'aurait pu demander la victime directe de l'infraction, notamment des dommages et intérêts, ce qui leur sera accordé si effectivement les propos et illustrations objet de la prévention portent directement atteinte aux intérêts moraux et aux valeurs défendues par ces associations. À cette fin, elles n'auront nullement à justifier un quelconque dommage personnel causé directement par l'infraction, puisque tel n'est pas ici l'objet de leur demande.

De nombreuses conditions sont alors posées ; notamment, il est systématiquement imposé que l'association soit « régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits » (c'est-à-dire, celle de la publication délictueuse). L'idée est d'éviter la création d'associations de circonstances, qui permettraient spécialement de contourner les règles de l'article 48. Mais celles-ci ne sont applicables que dans le cadre de ces actions au nom d'autrui. Partant, les associations ne respectant pas les conditions des art. 48-1 et suivants peuvent tout à fait se constituer partie civile en leur nom personnel, sans qu'il puisse leur être opposé, notamment, une existence de moins de cinq années **(Crim., 21 janv. 2020, n° 19-81567).** En effet, une association (à l'instar de toute personne morale), dotée en tant que telle d'une personnalité juridique, peut exercer une action civile (ou déposer une plainte préalable au sens de l'article 48) si elle est personnellement victime d'une infraction de presse.

4. Contrôle de la Cour de cassation

29. Nature du contrôle. Avant même l'adoption de la loi du 29 juill. 1881, puis par la suite (V. Crim., 16 févr. 1893 : D., 1894, I, p. 25), la Cour de cassation s'est accordée un pouvoir particulièrement important, d'ailleurs dérogatoire au droit commun, qui vient d'être ainsi rappelé **(Crim., 7 janv. 2020, n° 18-86480) :** « 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. antérieurement : Crim., 16 sept. 2003, n° 02-85113 ; ou Crim., 10 sept. 2013, n° 11-86311).

Partant, la Cour de cassation dont le « contrôle approfondi […] confine, parfois, à l'appréciation de pur fait » (N. BONNAL, in Traité de droit la presse et des médias, LexisNexis, 2009, n° 1213.

Sur la question, v. l'étude de référence de P. GUERDER, Le contrôle de la Cour de cassation en matière de délits de presse : Gaz. Pal., 1995, doctrine p. 589) n'est alors pas éloignée d'être un troisième degré de juridiction…

30. Etendue du contrôle. 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 » (Crim., 8 sept. 2015, n° 14-83580). Sont concernés les propos en eux-mêmes **(Crim., 7 janv. 2020, n° 19-80029)** – ainsi, éventuellement, que les rapports de l'image avec le propos illustré lorsqu'il s'agit d'en déterminer le sens - , ainsi que les moyens de défense (par exemple l'exceptio veritatis : Crim., 22 mai 1990, n° 87-85399), et encore l'identification (Crim., 7 déc. 1993, n° 92-81094) et la qualité (Crim., 5 mars 2002, n° 01-82785) des personnes visées par les propos.

En revanche, 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.

5. Action civile

31. Action civile séparée de l'action publique : compétence du tribunal judiciaire. Dans le cas où l'action civile est exercée séparément de l'action publique, rappelons que les actions en diffamations et injures engagées (en cessation du trouble ou en réparation de l'atteinte subie) depuis le 1er janv. 2010 ont été regroupées au TGI (V. par ex. : Cass. 1re civ., 7 mars 2018, n° 17-12027), y compris lorsqu'il s'agit de simples contraventions, ou lorsqu'elles sont commises à raison de l'appartenance à une race ou à une religion. Cette compétence exclusive du TGI pour connaître des « actions civiles pour diffamation ou pour injures publiques ou non publiques, verbales ou écrites » a été confirmée par un décret pris en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, et est désormais inscrite à l'article R. 211-3-26, 13°, du code l'organisation judiciaire (Décr. n° 2019-912 du 30 août 2019). Cette compétence est confiée depuis le 1er janv. 2020 au « tribunal judiciaire » (Décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019).

32. Cas des agents publics. Lorsqu'un membre de l'Administration ou un élu local commet une infraction de presse, il engage sa propre responsabilité pénale, le cas échéant devant les tribunaux de l'ordre judiciaire : ainsi pour un arrêté diffamatoire (Crim., 19 mars 1885 : D. 1885, I, p. 426) ou une diffamation commise par un maire lors d'un conseil municipal (Crim., 3 août 1901 : D. 1903, I, p. 133).

En revanche, pour qu'il engage également sa responsabilité civile, il faudra démontrer que son infraction a présenté le caractère d'une faute personnelle détachable du service (V. en droit commun : T. confl., 30 juill. 1873, Pelletier : Recueil Lebon p. 117). Si la faute de l'agent public est considérée comme étant de service, la compétence de la juridiction civile est exclue, seule la juridiction administrative sera compétente pour condamner l'Administration à la réparation des préjudices éventuellement subis. La solution a été rappelée il y a quelques années (Crim., 15 mars 2016, n° 14-87237), au visa de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III. Peu importe que l'exception n'ait pas été opposée devant les juges du fond, l'incompétence des juridictions étant en pareil cas d'ordre public : c'est ce que vient de rappeler un arrêt rendu par la

chambre criminelle de la Cour de cassation (**Crim., 24 mars 2020, n° 19-83553,** § 15 ; V. déjà : Crim., 20 juin 2006, n° 05-87415).

Un auteur a remarqué qu'une définition large de la faute de service était retenue, afin de protéger à la fois les agents publics et les victimes, assurées de trouver auprès de l'Administration un débiteur solvable (E. DREYER, Droit de la communication, LexisNexis, coll. Manuel, 2018, n° 1427). Mais cette tendance n'est pas univoque. Ainsi s'agissant de l'adjoint d'un maire poursuivi pour diffamation publique envers un particulier, en sa double qualité de directeur de la publication du périodique municipal et d'auteur d'un texte qu'il avait lui-même rédigé, en réponse à une tribune de l'opposition municipale, texte qui imputait par insinuation à une personne désignée un fait gravement attentatoire à sa probité. C'est « à bon droit » que la cour d'appel a retenu sa compétence pour statuer sur l'action civile, « en l'état d'agissements fautifs du prévenu détachables du service qui lui incombait en qualité d'adjoint à la communication » **(Crim., 15 oct. 2019, n° 18-85073).** La solution peut surprendre ; les motifs de la cour d'appel à son soutien ne convainquent pas davantage. Le caractère détachable du service semble déduit du seul fait que la phrase incriminée « contient une imputation fausse, ce qu'il ne pouvait ignorer, de sorte qu'il a agi avec une volonté de nuire ». Le critère essentiel est donc la fausseté (consciente) de l'imputation… qui n'est pas même un élément constitutif de la diffamation.