



La Revue

Droit pénal et Procédure pénale

Le droit pénal et la presse

Léa DOS SANTOS, Adélie
JEANSON SOUCHON,
Valentine PIC, Marie
POUPIOT, Mathilde
SAUER, Juliette SUSSOT

L'étude : Droit pénal et presse, la perpétuelle recherche d'un équilibre

La citation : La presse est le « chien de garde de la démocratie » (CEDH, 26 novembre 1991, Observer et Guardian c. Royaume-Uni)

Le droit pénal général : La personnalité de la responsabilité

L'infraction : Diffamation vs injure (dont schéma récapitulatif)
Recel de violation de secret de l'enquête et de l'instruction

L'arrêt : CEDH, Grande Chambre, 7 février 2012, Axel Springer contre Allemagne, requête n°39954/08

Editorial

Adélie JEANSON-SOUCHON
Rédactrice en chef



En cette fin d'année universitaire, nous avons l'honneur de vous présenter la douzième revue de l'association, rédigée par les membres du bureau !

Pour cette revue entièrement thématisée, il nous a paru intéressant de proposer un panorama sur la question spécifique des rapports existants entre **le droit pénal et la presse**. L'étude que nous proposons va au-delà du simple droit pénal de la presse tel qu'il est classiquement enseigné. En effet, cette matière a traversé les siècles et a muté au gré des évolutions sociétales et juridiques pour se retrouver, une énième fois, au cœur des réflexions. L'étude que nous vous proposons tente donc d'apporter un éclairage juridique et une explication des enjeux que cette question peut poser à diverses échelles.

Cette étude est complétée par une **citation** commentée, tirée de l'abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, ainsi que d'un **arrêt** rendu par les juges de Strasbourg ; jurisprudence dont l'importance qualitative et quantitative en matière de liberté d'expression n'est plus à souligner. Elle est également suivie de l'analyse de **plusieurs infractions classiques** (diffamation et injure) **et spécifique** (recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction) ainsi que d'un rappel d'une **notion classique du droit pénal général** : le principe de personnalité de la responsabilité.

Pour cette revue, nous avons fait le choix de ne plus présenter les actualités du semestre. Vous pouvez toutefois retrouver les principales actualités pénales mensuelles sur notre compte instagram et notre page facebook chaque début de mois.

En vous souhaitant une agréable lecture !

Pénalement vôtre !

Sommaire



L'étude : Droit pénal et presse, la perpétuelle recherche d'un équilibre - page 1

Par Léa DOS SANTOS, Adélie JEANSON SOUCHON, Valentine PIC, Marie POUPIOT, Mathilde SAUER, Juliette SUSSOT

La citation : La presse est le « chien de garde de la démocratie » (CEDH, 26 novembre 1991, Observer et Guardian c. Royaume-Uni) - page 37

Par Mathilde SAUER

La notion de droit pénal général : La personnalité de la responsabilité - page 39

Par Juliette SUSSOT

L'infraction : Diffamation vs injure - page 44

Recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction - page 51

Par Léa DOS SANTOS

L'arrêt : CEDH, Grande Chambre, 7 février 2012, Axel Springer contre Allemagne - page 58

Par Marie POUPIOT





La Revue

Droit pénal et Procédure pénale

Étude : Droit pénal et presse, la perpétuelle recherche d'un équilibre

Léa DOS SANTOS, Adélie JEANSON SOUCHON, Valentine PIC, Marie POUPIOT, Mathilde SAUER, Juliette SUSSOT

INTRODUCTION – (p. 1)

PARTIE 1 - Le droit traditionnel (p. 4)

I - La liberté d'expression (p. 4)

II - Le droit de la presse (p. 8)

PARTIE 2 - L'adaptation aux nouveaux enjeux (p. 20)

III - Le renouveau du contentieux de presse lié aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (p. 20)

IV - L'adaptation du droit positif à l'ère numérique (p. 27)

INTRODUCTION

« *Un journal, c'est la conscience d'une Nation.* » Les mots d'Albert Camus sont forts et consacrent explicitement la puissance de la presse, et surtout, l'importance de la liberté d'expression, valeur fondamentale et indispensable de la démocratie.

Le droit de la presse trouve à s'exercer en matière civile, administrative et pénale. Ce dernier aspect fera l'objet de notre étude. À ce titre, le législateur français s'est borné à encadrer la liberté d'expression, à la recherche perpétuelle d'un équilibre entre garanties de la liberté d'expression et ses limites. C'est ainsi que la loi du 29 juillet 1881 a vu le jour, dont le premier article énonce fièrement que « *L'imprimerie et la librairie sont libres.* »

Ainsi, le droit pénal de la presse marque la limite de la liberté d'expression, il en détermine les abus et les sanctionne. En effet, le droit de la presse concerne tous les types de publications, qu'il s'agisse de messages, écrits ou oraux, voire numériques etc. Un spectacle humoristique comme un tweet peuvent tomber sous le coup de la loi de 1881, et par conséquent d'une censure de la liberté d'expression.

Initialement, la liberté d'expression est consacrée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, en son article 11 « *La libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'Homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.* ». En France, la liberté d'expression, bien que fondamentale, n'est pas absolue. Elle est encadrée par la loi. C'est cette vision de Sieyès et de La Rochefoucauld (Révolutionnaires) qui emporta les débats lors de la rédaction de la DDHC¹. Ainsi, la loi de 1881 vient non seulement réaffirmer le principe de liberté d'expression mais vient aussi poser ses limites, les sanctions de cet abus de droit. C'est toujours cette recherche d'équilibre entre la protection d'une liberté et de l'ordre public. L'abus d'une liberté ou d'un droit peut être une menace. Avec le développement des moyens de communication modernes, l'avènement d'internet et des réseaux sociaux, il faut faire face à une révolution du droit de la presse ; c'est l'ère du numérique.

Par ailleurs, des textes ont modifié la loi de 1881, notamment, la loi Pleven² qui punit la discrimination, l'injure ou la diffamation à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenant ou non à une ethnie, nation, race ou religion. La loi Gayssot du 13 juillet 1990 a également consacré la négation des crimes

¹ N. GUEDJ, "La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : un texte qui garantit et encadre la liberté d'expression", 28 avril 2021

² LOI n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme dite Pleven I

contre l'humanité opérés par le régime nazi. En droit européen, la Convention européenne des droits de l'homme (Conv.EDH.) consacre explicitement la liberté d'expression puisqu'il s'agit du titre de son article 10. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a statué sur de célèbres affaires françaises concernant la liberté d'expression, parmi elles, l'on peut citer l'affaire Éon contre France de 2013³. À ce titre, il faut aussi évoquer des affaires relatives à l'abus de ce droit, notamment avec l'affaire dite Dieudonné de 2015. (CEDH, 20 octobre 2015, M'bala M'bala contre France)

Par son caractère fondamental et de premier rang, la liberté d'expression fait l'objet d'un régime dérogatoire et spécial. En effet, il s'agit d'un régime autonome qui contrevient à certaines règles du droit pénal général : la responsabilité personnelle, les délais de prescription, le caractère limitatif des faits justificatifs, la qualification intangible, le formalisme rigoureux... Le contentieux étant tentaculaire, les acteurs répressifs du droit de la presse sont divers et variés. Ainsi, l'administration dispose d'un pouvoir de censure et de sanction.

En premier lieu, il faut citer l'Autorité publique française de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), anciennement Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui est une autorité administrative indépendante qui peut sanctionner et réguler le domaine de l'audiovisuel. Tel est le contentieux auquel est confrontée la chaîne C8, avec l'émission « Touche pas à mon poste ! » De même, le ministre de la Culture dispose d'un pouvoir de délivrance d'un visa d'exploitation concernant les œuvres cinématographiques. Il est ainsi détenteur d'une forme de contrôle. Les agents publics tels que les maires ou préfets peuvent interdire la diffusion de certaines œuvres ou de spectacles (Spectacle de Dieudonné en 2014, interdit par Manuel Valls). Pour finir, la loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) de 2004 énumère trois infractions⁴ pour lesquelles une autorité administrative compétente peut demander le retrait d'un certain contenu rapide (moins de 24h) aux hébergeurs. En effet, ces infractions ont été évincées de la loi de 1881 pour leur éviter tout avantage procédural. En la matière, le juge civil trouve aussi compétence, notamment grâce aux articles 9 et 9-1 du Code civil. Le champ de l'article 1240 du Code civil exclut le droit de la presse.

Le contentieux est aussi régulé par les personnes privées, les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft). La justice traditionnelle étant dépassée par ce contentieux, elle s'en remet aussi aux acteurs privés. Afin d'éviter un risque de sur-censure de la loi AVIA du 24 juin 2020, cette dernière fut censurée par le Conseil constitutionnel. En revanche, elle permettra la création d'un parquet spécialisé ainsi qu'un observatoire de la haine en ligne rattaché à l'ARCOM. Par la suite, la loi séparatisme du 24 août 2021 vient consacrer une

³ CEDH, 14 mars 2013, Eon c. France, req. 26118/10

⁴ Apologie ou provocation de terrorisme, ainsi que la pédopornographie.

obligation de transparence sur les modalités de modération de contenu, gérées par les acteurs privés, que l'ARCOM contrôle.

Il n'existe pas de Code de la presse, ni d'ordre de la presse et du journalisme qui pourraient encadrer et sanctionner ce droit. Il existe le Conseil déontologique journalistique et de médiation fondé en 2019 qui ne fait que rendre des avis (qui a notamment statué sur l'affaire Danièle Obono, l'opposant au journal Valeurs actuelles). De même, la charte mondiale d'éthique des journalistes ne dispose d'aucune valeur contraignante puisqu'aucune instance n'existe pour la faire respecter. La liberté d'expression étant une liberté publique de premier rang, toutes ces prérogatives, exceptions, acteurs sont essentiels à sa garantie.

Aujourd'hui, l'enjeu tient à l'avènement exponentiel des nouvelles technologies et des nouveaux moyens de communication. En effet, selon l'INSEE, les réseaux sociaux sont les premiers moyens d'information et de communication⁵. Ainsi, chaque profil existant sur tous les réseaux sociaux confondus est astreint à la loi du 29 juillet 1881 dès lors qu'il rend public une image, un texte, une vidéo... On compte 3,8 milliards d'actifs sur les réseaux sociaux, autrement dit, 47% de la population « est en ligne »⁶. Ainsi, la sauvegarde de la liberté d'expression est mise à mal dans cette immensité incontrôlable, elle est abusée et détournée au profit d'un quadriptyque traditionnel de diffamation, injure, provocation/apologie. Ces infractions composent à elles seules la quasi-totalité du droit pénal de la presse.

Ainsi, comment le droit pénal de la presse concilie-t-il la liberté d'expression avec la protection de l'ordre public au regard des intérêts privés, tels que la dignité ou la présomption d'innocence ?

En premier lieu, il conviendra d'envisager la liberté d'expression, comme fondement du droit de la presse (I) pour aboutir à un régime autonome régi par la loi de 1881 (II). En second lieu, il convient de déceler les enjeux auxquels la loi de 1881 peut faire face aujourd'hui (III), pour enfin envisager l'adaptation du droit positif à ces nouveaux enjeux colossaux. (IV).

Valentine PIC



⁵ N. PRADINES, H. GRENUIT, "Médias sociaux, sites web, places de marché : des vitrines pour les sociétés", INSEE, 2017

⁶ Orixa Média, Réseaux sociaux : les statistiques 2020

PARTIE 1 – Le droit traditionnel

Dans une première partie, il convient d'aborder le droit traditionnel de la presse, en lien avec le droit pénal. Il s'agit de s'intéresser aux règles historiques relatives à cette discipline, en commençant par évoquer la liberté au cœur des enjeux relatifs à la presse : la liberté d'expression (I), avant de s'intéresser au droit pénal de la presse, tel qu'on le connaît et qu'il est enseigné traditionnellement (II).

I - La liberté d'expression

La liberté d'expression et de communication englobe plusieurs termes comme la liberté de la presse ou encore la liberté de communication audiovisuelle, numérique et électronique.

Aussi, convient-il d'envisager dans un premier temps sa nécessaire protection (A) et dans un second temps la responsabilisation de cette liberté (B).

A - Les enjeux de la protection de la liberté d'expression

La liberté d'expression se matérialise par la manifestation d'une opinion en l'extériorisant. Il s'agit de l'expression libre de la pensée par n'importe quel moyen. Une liberté individuelle implique que chacun puisse de manière active choisir les termes qui lui semblent le plus appropriés pour exprimer sa pensée. La liberté d'expression se distingue de la liberté de communication dès lors qu'elle recouvre un cadre plus large, il s'agit de la diffusion d'un message sans public déterminé.

En droit européen, la liberté d'expression est garantie. Elle a été reconnue au titre des principes généraux du droit communautaire par l'arrêt du 17 janvier 1984 de la Cour de justice des Communautés européennes « VBVB ». Également, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît expressément la liberté d'expression en son article 11.

De plus, la CEDH a affirmé que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Société qui suppose le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture⁷. A travers cet arrêt, le juge européen insiste sur un autre point important : « *elle vaut non seulement pour les informations où les idées peuvent être accueillies avec faveur mais aussi pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent* ».

En droit français, la liberté d'expression est garantie par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. De plus, le Conseil constitutionnel l'érige au rang de liberté fondamentale. En effet, dans sa décision du 11 octobre 1984 « entreprise de presse », il considère que la communication des pensées et des opinions est « *une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* ».

Le Conseil constitutionnel consacre aussi cette liberté de manière indirecte puisqu'il lui reconnaît la valeur constitutionnelle dans certains de ses démembrements comme la liberté de la communication audiovisuelle ou encore la liberté de la presse.

La révision constitutionnelle de 2008 a modifié l'article 4 de la Constitution dont le troisième alinéa dispose désormais que « *la Loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des parties et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ».

Enfin, plus récemment, le Conseil d'État a reconnu au sens large la liberté d'expression comme une liberté fondamentale dans le cadre de la procédure du référé liberté⁸.

L'État doit garantir la liberté d'expression et permettre sa mise en œuvre effective. La dimension active de la liberté d'expression est considérée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme comme l'obligation positive. Elle offre donc trois types de garanties : une garantie d'exercice individuel et collectif, une garantie démocratique, une garantie d'exercice d'autres droits et libertés. La dimension passive, celle-ci étant considérée par la CEDH comme obligation négative, implique que l'État s'abstient de toute prise de position religieuse, politique, scientifique ou philosophique.

Par exemple, le droit d'accès à internet constitue un aspect de la dimension active de la liberté d'expression et de communication. Il est garanti par le Conseil constitutionnel⁹.

En l'état actuel des moyens de communication, et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer. Le Conseil

⁷ CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni (req. 5493/72)

⁸ CE, 26 février 2010, Commune d'Orvault

⁹ Cons. cons., 10 juin 2009, n°2009-580 DC dite HADOPI

constitutionnel intègre dans la libre communication des pensées et des opinions la possibilité de s'exprimer au moyen des services de communication au public en ligne¹⁰.

Enfin, le juge judiciaire est un acteur important et ce tout particulièrement pour assurer la protection de la liberté d'expression. **La 17ème chambre du tribunal correctionnel de Paris** examine les affaires qui touchent à la liberté de la presse et d'expression, elle est surnommée "chambre des libertés". Elle a pour but de sanctionner toute atteinte non nécessaire et proportionnée à la liberté d'expression mais se doit également de protéger l'ordre public et l'intérêt général qui pourraient être atteints par cette même liberté.

Dès lors, la liberté d'expression dont découle la liberté de la presse est un principe fondamental qui doit être protégé. Toutefois, elle doit être conciliée, tant avec l'ordre public qu'avec des intérêts privés et pour cela est parfois soumise à des restrictions (B).

B - La nécessaire responsabilisation

L'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que l'exercice de la liberté d'expression « *peut être soumis à certaines formes, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui* ».

Dès lors, l'État doit sanctionner les abus tels que l'atteinte à l'honneur privée, à la réputation ou à l'ordre public.

Afin d'être licites, les mesures de restriction de la liberté d'expression et de communication doivent répondre à trois conditions cumulatives : la nécessité, l'adaptabilité et la proportionnalité. Ainsi, les limitations à cette liberté doivent poursuivre la sauvegarde de l'ordre public ou l'intérêt général.

Plus spécialement, la loi 29 juillet 1881 relative à la presse précise quelles sont les limites de cette liberté.

Désormais, il existe certaines limites admises à la liberté d'expression notamment dans l'intérêt d'autrui.

¹⁰ Cons. cons., 18 juin 2020, n°2020-801 DC

Cette idée de protéger autrui se retrouve principalement dans la protection de l'honneur de la personne. La protection du droit à l'honneur justifiant de limiter la liberté d'expression s'exprime à travers les infractions pénales de diffamation et d'injure.

D'une part, la diffamation est toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel ce fait est imputé. Les allégations diffamatoires sont réputées avoir été faites avec intention de nuire. La conséquence de cette présomption est que c'est au prévenu d'établir et de prouver son innocence. La diffamation publique est punissable d'une peine d'amende de 12 000 euros¹¹.

D'autre part, l'injure se caractérise par toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. L'injure publique est punissable d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Enfin, il existe également des limites admises à la liberté d'expression dans l'intérêt général.

Traditionnellement, la protection de la dignité humaine ou des mineurs vient justifier des limitations à la liberté d'expression. Là, c'est un contrôle a priori qui va être mis en place, une forme de censure mise en place par la police administrative. Il y a un objectif de préservation de l'ordre public, voire de la moralité publique ou de protection de la dignité humaine.

Depuis une loi de 1949, il existe une police spéciale pour les publications destinées à la jeunesse. C'est un régime préventif qui s'étend aux publications qui présentent un danger du fait de leur caractère licencieux ou pornographique. Cela peut aussi être par rapport à la place faite aux crimes, à la violence, à la haine raciale dans ces publications. Au titre de l'article 227-22 du code pénal, est interdite la représentation pornographique de mineurs incitant aux délits d'atteinte sexuelle.

Enfin, la loi Gayssot du 13 juillet 1990¹² (article 24 bis loi 1881) pénalise et sanctionne d'un an d'emprisonnement et 45 000€ d'amende le délit de négationnisme. Cela renvoie au fait de contester les crimes contre de l'humanité au sens où ils ont été établis par le tribunal militaire international de Nuremberg. Elle a notamment été validée par le Conseil constitutionnel comme ne portant pas atteinte aux libertés et droits protégés par la Constitution. Dès lors, la liberté d'expression se voit limitée dans un but d'intérêt général.

Marie POUPIOT



¹¹ Cass. Crim., 28 février 2012 n° 08-83.926 et 03-83.978

¹² LOI n°90-615 du 13 juillet 1990 dite Gayssot insérant l'article 24 bis dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

II - Le droit de la presse

La liberté de la presse revêt effectivement une importance significative dans la société démocratique car elle constitue un moyen de communication des pensées et des opinions prévu par la l'article 11 de la DDHC. Elle permet de jouer un rôle crucial en informant le public sur les événements et en surveillant les actions du gouvernement et des autorités.

Cependant, certaines normes éthiques et droits des individus doivent demeurer protégés et les abus de la liberté de la presse, contrôlés. La liberté de la presse doit être garantie dans tous les cas mais cela ne doit pas servir d'excuse pour enfreindre la loi pénale. En ce sens, il convient de voir comment le droit met en place un équilibre entre la liberté de la presse et les droits individuels. D'un côté, il est essentiel de préserver la liberté de la presse en tant que pilier de la démocratie et de garantir l'accès à l'information pour tous les citoyens. D'un autre côté, il est tout aussi important de protéger les droits des individus et de maintenir l'ordre public.

Le droit pénal de la presse désigne l'ensemble des règles de droit pénal qui s'appliquent aux infractions commises dans le domaine de la presse et de la communication en général. En France, ces règles sont principalement prévues par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui définit les délits de presse et les sanctions qui y sont attachées. La loi définit les libertés et responsabilités de la presse française et impose un cadre légal.

Nous étudierons successivement les différents délits de presse prévus par la Loi de 1881 (A), les faits justificatifs dont l'*exceptio veritatis* et la bonne foi (B), les règles de responsabilité (C) et enfin, la procédure pénale en matière de presse (D).

A - Le droit pénal spécial

La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par délit de presse. Limites à la liberté d'expression, les délits de presse figurent dans le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 intitulé « *Des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication* ».

Elle divise les délits de presse en plusieurs catégories : les délits contre la chose publique (1), la provocation aux crimes et délits (2), les délits contre les personnes (3), les délits

contre les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers (4) enfin, la loi évoque aussi les publications interdites (5).

1. Les délits contre la chose publique

L'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que « La publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers lorsque, faite de mauvaise foi, elle aura troublé la paix publique, ou aura été susceptible de la troubler, sera punie d'une amende de 45 000 euros ».

Le délit contre la chose publique concerne principalement les infractions commises dans le but de troubler l'ordre public ou d'inciter à la violence ou à la discrimination envers certaines personnes ou groupes sociaux. Elles sont commises contre l'État ou les collectivités publiques, ou contre les citoyens en tant que membres de la société et portent atteinte à l'intérêt général, à la sécurité et à l'ordre public, ainsi qu'aux biens et services publics.

De la même manière, le Livre IV du Code pénal (Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique) prévoit des actes ayant troublé la paix publique ou susceptible de la troubler tels que la corruption, le détournement de fonds publics, la fraude, l'abus de pouvoir, l'espionnage, la trahison, la rébellion, la sédition, l'atteinte à la sûreté de l'État, le terrorisme, la destruction de biens publics, la falsification de documents publics, etc.

Les personnes reconnues coupables peuvent être passibles de peine d'amende ou de peine d'emprisonnement, ainsi que de sanctions complémentaires telles que la confiscation de leurs publications ou l'interdiction d'exercer une activité dans le domaine de la presse.

2. La provocation aux crimes et aux délits

La provocation aux crimes et aux délits est une infraction prévue par les articles 23 et 24 de la Loi sur la presse. La loi interdit toute provocation directe à la commission d'un crime ou d'un délit, ainsi que toute apologie de tels actes.

La publication d'un texte, d'une image, d'un discours ou de tout autre contenu visant à inciter à la commission d'un crime ou d'un délit est susceptible d'être sanctionnée par la justice. Il est important de noter que la simple critique ou la dénonciation d'un acte répréhensible ne constitue pas une provocation aux crimes et aux délits, à condition que cette critique ou cette dénonciation soit exprimée de manière responsable et sans incitation à la violence ou à la haine.

La provocation directe à commettre des crimes et des délits, quelle que soit leur nature, est punissable si elle est suivie d'effet lorsque le juge relève l'existence d'un lien de causalité étroit, précis et incontestable entre la ferme incitation à la commission de telle infraction déterminée et la concrétisation de ce fait pénalement répréhensible. La provocation directe non suivie d'effet n'est punissable que si son auteur appelle à la réalisation d'infractions limitativement énumérées par les deux premiers alinéas de l'article 24 de la loi précitée parmi lesquelles figurent le meurtre, le vol¹³, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles.

La provocation directe aux crimes et aux délits, si elle est suivie d'effet, est assimilée à une complicité de crime ou de délit. La provocation directe à commettre certains faits, si elle n'est pas suivie d'effet peut être punie de 1 à 5 ans d'emprisonnement et/ou 45 000 euros d'amende.

Les personnes reconnues coupables peuvent également faire l'objet de sanctions complémentaires telles que la confiscation de leurs publications ou l'interdiction d'exercer une activité dans le domaine de la presse.

3. Les délits contre les personnes

On retrouve ces délits aux articles 29 à 35 quater de la loi du 29 juillet 1881, ce sont la diffamation et l'injure. Pour mieux comprendre comment ils sont constitués, se reporter à **la rubrique infraction de la revue**.

4. Délits contre les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers

Afin d'assurer une protection particulière aux intérêts internationaux de la France, la loi du 29 juillet 1881, par ses articles 36 et 37, a édicté des infractions particulières permettant de réprimer les atteintes dont seraient victimes les personnes que les relations diplomatiques se doivent de protéger davantage que de simples particuliers. Ces dispositions visent à protéger la dignité et l'honneur des représentants étrangers en France, ainsi que les relations diplomatiques entre les États.

Avant 2004, l'article 36 de la loi sur la presse prévoyait qu'il était interdit de diffamer ou d'injurier publiquement un chef d'État étranger ou un agent diplomatique en fonction en France. Les personnes reconnues coupables de tels délits pouvaient être passibles de peines d'amende et/ou d'emprisonnement, ainsi que de sanctions complémentaires telles

¹³JO Sénat du 6 septembre 1990, Publication d'ouvrages incitant à enfreindre les lois de la République - page 1945

que la confiscation de leurs publications ou l'interdiction d'exercer une activité dans le domaine de la presse.

Bien que l'intitulé générique du paragraphe 4 du chapitre V de la Loi de 1881 demeure « *Délits contre les chefs d'état et agents diplomatiques étrangers* », la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 a abrogé l'article 36 de la Loi de 1881 incriminant l'offense envers les chefs d'État et chefs de gouvernements étrangers. Ce délit est supprimé à la suite d'une condamnation de la France par un arrêt du 25 juin 2002 de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴. La Cour avait jugé que ce délit d'offense « *tend à porter atteinte à la liberté d'expression et ne répond à aucun besoin social impérieux susceptible de justifier cette restriction* » et que l'absence de moyen de défense en raison de l'impossibilité de s'exonérer de sa responsabilité pénale en prouvant la vérité de ses allégations, constituait une mesure « *exorbitante* » en faveur des chefs d'États étrangers.

La Cour européenne des droits de l'homme poursuit son raisonnement dans un arrêt de 2013¹⁵ et juge que l'offense par répétition d'un propos présidentiel n'est pas susceptible de condamnation pénale lorsqu'il s'agit d'une critique politique qui concerne des questions d'intérêt général, caractéristiques d'une société démocratique.

S'agissant du chef de l'État français, l'article 26 prévoyait que l'offense au Président de la République par l'un des moyens énoncés dans l'article 23 (qui prohibe [la Provocation aux crimes et aux délits \(§2\)](#)) était punie d'une amende de 45 000 euros. Cependant, l'article 21 de la loi du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France supprime l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'on puisse désormais impunément offenser le chef de l'État. Les poursuites pour diffamation ou injure restent possibles. L'article 31 de la Loi de 1881 qui porte à 45 000 euros d'amende la peine encourue en cas de diffamation commise à l'encontre de certaines personnes a été complété pour qu'y figure le président de la République.

Par ailleurs, l'article 433-5-1 alinéa 1 du CP prévoit que « *Le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7 500 euros d'amende* ».

5. Les publications interdites

Les publications interdites sont encadrées au sein du paragraphe 5 de la loi sur la presse.

¹⁴ CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c. France (req. n°51279/99)

¹⁵ CEDH, 14 mars 2013, Eon c. France, n°26118/10

De nombreux articles viennent préciser les publications interdites par la loi :

- L'article 38 sanctionne toute personne publiant des actes d'accusation ou tout acte de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique.
- L'article 38 ter considère, que dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, il est interdit d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image.
- L'article 39, quant à lui, précise qu'il est prohibé de rendre compte des procès en diffamation, des débats et de publier des pièces concernant les questions de filiation, actions à fins de subsides, procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement.
- L'article 39 bis punit le fait de diffuser des informations relatives à l'identité ou permettant l'identification d'un mineur ayant quitté ses parents, son tuteur, la personne ou l'institution qui était chargée de sa garde ou à laquelle il était confié, délaissé, qui s'est suicidé ou victime d'une infraction.
- L'article 39 quater prévoit l'interdiction après la mort de l'adopté, de publier par le livre, la presse, la radiodiffusion, le cinématographe ou de quelque manière que ce soit, une information relative à la filiation d'origine d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière.
- De la même manière, l'article 39 quinquies interdit 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.
- L'article 39 sexies punit le fait de révéler, par quelque moyen d'expression que ce soit, l'identité des fonctionnaires de la police nationale, de militaires, de personnels civils du ministère de la défense ou d'agents des douanes appartenant à des services ou unités désignés par arrêté du ministre intéressé.
- L'article 40 considère qu'il est « *interdit d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, des amendes forfaitaires, des amendes de composition pénale [...] Le fait d'annoncer publiquement la prise en charge financière des amendes, frais, dommages-intérêts et autres somme [...]* ».

La loi sur la presse de 1881 encadre les abus à la liberté de la presse en créant les infractions que nous venons d'aborder. Néanmoins, parfois, certains éléments de défense vont permettre à une personne accusée d'une infraction de prouver que son acte était justifié ou excusé. Ces éléments sont ce que l'on appelle des faits justificatifs.

B - Les faits justificatifs légaux et prétoriens

En droit de la presse, le fait justificatif est un élément qui permet de considérer qu'une publication qui pourrait être caractérisée comme une infraction (par exemple, une diffamation) n'en est pas une en raison de l'existence d'une justification légale.

Les faits justificatifs sont prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et sont énumérés aux articles 35 à 42 de cette loi. Ils peuvent varier en fonction de la nature de l'infraction et des circonstances dans lesquelles elle a été commise.

Les principaux faits justificatifs en droit de la presse sont les suivants : l'exception de vérité (1) et la bonne foi (2).

1. L'exceptio veritatis (l'exception de vérité)

L'*exceptio veritatis* est une notion juridique qui permet de se défendre contre une accusation de diffamation en prouvant la véracité des propos tenus. Cette exception est prévue par l'article 35 de la loi sur la presse.

Selon cet article, la publication de propos diffamatoires n'est pas constitutive d'une infraction si elle est justifiée par l'exercice de la liberté d'expression et d'information et si elle repose sur une base factuelle sérieuse. En d'autres termes, si les propos diffamatoires sont véridiques, la personne qui les a tenus ne pourra pas être poursuivie pour diffamation.

Toutefois, pour se prévaloir de l'*exceptio veritatis*, il est nécessaire de prouver la véracité des propos diffamatoires. Cette preuve doit être apportée par celui qui a tenu les propos, qui doit démontrer que les faits sur lesquels il s'est fondé sont avérés. Il ne suffit donc pas de prétendre que les propos sont vrais, il faut être en mesure de le démontrer de manière factuelle.

Il est important de noter que l'exception de vérité ne peut être invoquée que si l'information diffusée est d'un intérêt général suffisant. Cela signifie que l'information doit être pertinente pour le public et ne doit pas être divulguée dans un but malveillant ou personnel. De plus, l'information doit être vérifiée et présentée de manière impartiale.

L'alinéa 3 de l'article 35 de la loi sur la presse prévoit, néanmoins, que l'*exceptio veritatis* est inapplicable quand l'imputation concerne la vie privée de la personne. Par exemple, un journal pourra utiliser l'exception de vérité s'il cite un personnage politique dans sa rubrique

“Balance ton porc” du journal après que celui-ci ait été condamné dans le cadre d'une affaire d'agressions sexuelles. Néanmoins, la preuve de l'*exceptio veritatis* doit être parfaite et antérieure à la publication diffusant l'allégation litigieuse.

Dans un arrêt du 25 février 2020¹⁶, la Cour de Cassation avait admis l'exception de vérité présentée par une chaîne de télévision nationale suite à un reportage diffusant des faits de mauvais traitements dans une maison de retraite. Les juges du fond s'étaient référés à des faits antérieurs à la diffusion litigieuse ont retenu la vérité de ceux-ci sans se fonder exclusivement sur les procédures disciplinaires dirigées contre certains salariés. L'exception de vérité a été admise dès lors qu'il est démontré qu'ils ne se sont pas uniquement fondés sur des éléments de preuve postérieurs à la diffusion.

Ce fait justificatif ne dispense pas les médias de leur obligation de respecter les règles de déontologie journalistique, telles que la vérification des sources et la protection de la vie privée des personnes concernées. C'est un principe important du droit de la presse, qui permet de protéger les journalistes qui ont diffusé une information véridique dans l'intérêt général. Cependant, il ne peut être invoqué que dans certaines circonstances spécifiques et ne peut être utilisé pour justifier des actes illégaux ou des diffamations malveillantes.

2. La bonne foi

La notion de bonne foi est un principe important en droit de la presse qui permet de se défendre contre certaines accusations de diffamation ou d'injure. La jurisprudence considère que la bonne foi suppose la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression ainsi que la fiabilité de l'enquête¹⁷.

Plus précisément, la bonne foi est prévue par l'article 35 de la loi sur la presse. Selon cet article, la publication de propos diffamatoires ou injurieux n'est pas constitutive d'une infraction si elle est justifiée par l'exercice de la liberté d'expression et d'information et si elle repose sur une base factuelle sérieuse. Cette exception s'applique également si la personne qui a publié les propos avait des raisons légitimes de croire en leur véracité, et si elle a fait preuve de diligence raisonnable pour vérifier leur exactitude.

Ainsi, la bonne foi peut être invoquée pour se défendre contre une accusation de diffamation ou d'injure si la personne qui a publié les propos avait des motifs légitimes de croire en leur véracité, même si ces propos se révèlent ultérieurement faux. Par exemple, si un journaliste publie une information sur la base de sources fiables mais que cette information se révèle

¹⁶ Cass. Civ., 25 février 2010, n°09-12.64

¹⁷ Cass. Crim., 28 juin 2017, n°16-82.163

être inexacte, le journaliste peut se prévaloir de la bonne foi pour se défendre contre une accusation de diffamation ou d'injure.

Chaque affaire est examinée au cas par cas, les tribunaux tiennent compte de la diligence raisonnable dont a fait preuve la personne qui a publié les propos, ainsi que des circonstances dans lesquelles les propos ont été tenus. Si la personne qui a publié les propos a fait preuve d'une négligence flagrante ou a agi de manière malveillante, elle ne pourra pas se prévaloir de la bonne foi pour se défendre contre une accusation de diffamation ou d'injure.

Lorsqu'une personne a commis une infraction prévue par la loi sur la presse et qu'aucun fait justificatif ne peut être mis en avant, sa responsabilité pénale est engagée. Cela implique qu'elle réponde de ses actes et qu'elle puisse être punie en conséquence.

C - Les règles de responsabilité

Le régime de responsabilité en droit de la presse met en place un mécanisme fort particulier, celui de **la responsabilité pénale « en cascade »**.

L'article 42 sur la loi sur la presse est à l'origine de ce régime de responsabilité en cascade. Il indique que doivent être recherchés comme auteurs principaux des crimes et délits commis par la voie de la presse : les directeurs de publications ou éditeurs, « à leur défaut » les auteurs, ou à défaut de ces derniers les imprimeurs, ou à défaut les vendeurs, les distributeurs et afficheurs.

Le principe est le suivant : lorsqu'un directeur de publication commet une faute dans une publication de presse, seul ce directeur est responsable et peut être poursuivi. Si sa responsabilité ne peut être établie alors elle se reporte sur l'auteur ensuite l'imprimeur et enfin le vendeur, distributeur et afficheur.

Ce principe place le directeur de la publication et l'éditeur en première ligne en ce qu'ils assument la décision de publication. La Cour de cassation affirme notamment que le directeur de publication d'un journal a pour devoir de « *surveiller et de vérifier tout ce qui y est inséré* »¹⁸.

L'article 43 de la même loi précise que lorsque les directeurs ou codirecteurs de la publication ou les éditeurs sont en cause, les auteurs sont poursuivis comme complices. De

¹⁸ Cass. Crim., 9 févr. 1950, *Bull. crim.* n° 53

la même manière, peuvent être poursuivis comme complices toutes les personnes auxquelles l'article 121-7 du Code pénal pourrait s'appliquer à savoir, les personnes qui sciemment, par aide ou assistance, ont facilité la préparation ou la consommation du délit.

Les auteurs présumés d'infraction sont ensuite poursuivis. Intervient alors la procédure judiciaire régie essentiellement par le Code de procédure pénale.

D - La procédure pénale

En droit de la presse, la procédure pénale est régie essentiellement par les règles générales du Code de procédure pénale. Néanmoins, beaucoup de règles dérogatoires sont prévues dans la loi de 1881 et s'appliquent en priorité.

L'objectif est de concilier le droit à l'information et la liberté d'expression avec la protection de la réputation et de l'honneur des individus.

Nous verrons que le régime préventif initialement prévu en droit pénal de la presse a été abandonné au profit du régime répressif (1) puis, les règles mises en place en matière de prescription (2).

1. De l'abandon du régime préventif au régime répressif

Auparavant, le régime préventif régnait en droit de la presse. Il s'agissait d'un ensemble de mesures législatives et réglementaires qui visait à empêcher la publication de certaines informations avant leur diffusion au public. Il permettait à l'autorité en charge de la censure de décider si une information ou un contenu doit être diffusé ou non, et d'empêcher la publication de contenus considérés comme sensibles ou critiques à l'égard du gouvernement.

Le régime préventif du droit de la presse remonte à l'époque de l'Ancien Régime en Europe. Les gouvernements étaient en mesure d'exercer un contrôle strict sur la presse en ayant le pouvoir de censurer les publications avant leur diffusion. En France, par exemple, la censure préventive était en vigueur sous l'Ancien Régime, ainsi que sous le Premier Empire de Napoléon Bonaparte. Cette censure a été abolie en 1822 sous la Restauration, mais elle a été réintroduite en 1852 sous le Second Empire. Plus récemment, la censure préventive a été utilisée dans certains pays pendant la Première et la Seconde Guerre mondiale pour contrôler la diffusion de la propagande ennemie.

Ce régime posait un problème en matière de droit pénal en raison de son caractère préventif et de sa potentielle violation du principe de présomption d'innocence. En effet, le régime préventif permettait de prendre des mesures préventives avant que les faits incriminés n'aient été commis sans que les personnes concernées n'aient eu la possibilité de se défendre ou de faire valoir leurs droits.

De nos jours, la censure préventive est considérée comme une violation de la liberté d'expression et des droits de la presse. Dans la plupart des pays démocratiques, les gouvernements ne peuvent pas interdire la publication de contenus avant leur diffusion. Avec l'évolution des lois et des pratiques démocratiques, le régime préventif en droit de la presse a été abandonné dans la majorité des pays occidentaux.

Aujourd'hui, la plupart des États se concentrent sur la répression des délits de presse après leur diffusion, plutôt que sur leur prévention. Le régime répressif est plus libéral car il ne nécessite pas d'autorisation, l'État n'intervient qu'après la commission des faits. Le régime répressif vise à protéger les victimes de ces atteintes et à dissuader les auteurs de les commettre.

Cependant, il doit être utilisé de manière proportionnée et respecter la liberté de la presse. Il s'agit d'un droit fondamental dans la plupart des démocraties modernes, et les médias sont considérés comme des acteurs importants du débat public et de la diffusion d'informations à la population. L'État a pour rôle de protéger la liberté de la presse, plutôt que de la restreindre. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a plus de restrictions sur la liberté de la presse. En effet, les médias doivent respecter certaines règles et certains principes, tels que le respect de la vie privée, la protection des données personnelles, la lutte contre la diffamation et la calomnie, et la prévention de la propagande haineuse. Les médias sont également soumis à des règles de déontologie et peuvent être tenus responsables en cas de violation de ces règles.

Parfois, l'État ne peut pas engager de poursuites pénales contre une personne après un certain laps de temps écoulé depuis la commission présumée de l'infraction. Cette période de temps est déterminée par la loi et varie en fonction de la gravité de l'infraction et du pays dans lequel elle a été commise. En ce sens, nous étudierons par la suite la prescription en matière de droit de la presse.

2. La prescription

Comme pour tous les délits, l'action publique pour les infractions prévues par la loi sur la presse est soumise à la prescription. La prescription est un délai au-delà duquel le Procureur ne peut plus exercer l'action publique pour poursuivre un délit.

Le délai de prescription varie en fonction de l'intérêt protégé par le délit prévu par la loi sur la presse. Cela signifie que lorsque l'intérêt général est atteint alors le délai de prescription est plus long que lorsqu'il s'agit seulement d'un intérêt privé afin de faciliter la poursuite. En ce sens, les délits plus graves, telles que les atteintes à la sûreté de l'État, ont un délai de prescription plus long que ceux qui sont moins graves, comme l'injure ou la provocation à la commission de délits.

Le délai de droit commun pour les délits est de 6 ans à compter du jour où l'infraction a été commise ou du jour où elle a été portée à la connaissance de la victime. En droit de la presse, l'article 65 de la Loi de 1881 prévoit un délai extrêmement court de trois mois. Toutefois, il existe des exceptions à cette règle en fonction de la gravité de l'infraction. L'article 65-3 de cette loi a porté à un an le délai de prescription de droit commun pour certains délits. Cet allongement du délai de prescription concerne le délit de provocation à la discrimination ou 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 (article 24 alinéa 8 de la Loi de 1881), les délits de diffamation et d'injure publiques (article 32 alinéa 2 et article 33 alinéa 3 de la Loi de 1881) et le délit de contestation des crimes contre l'humanité (article 24 bis de la Loi de 1881).

« En portant de trois mois à un an le délai de la prescription pour les délits qu'il désigne, l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 a pour objet de faciliter la poursuite et la condamnation, dans les conditions prévues par cette loi, des auteurs de propos ou d'écrits provoquant à la discrimination, à la haine ou à la violence, diffamatoires ou injurieux, à caractère ethnique, national, racial, ou religieux ou contestant l'existence d'un crime contre l'humanité¹⁹ ».

Certaines infractions telles que la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme étaient auparavant incriminées par la Loi de 1881. Seulement, cela réduisait l'efficacité de la répression de ces comportements car le délai de prescription pour ces infractions n'était que d'un an. La loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a fait le choix d'intégrer cette infraction dans le Code pénal afin que celle-ci puisse être soumise au délai de droit commun.

S'agissant de la suspension de la prescription, l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que seules les réquisitions aux fins d'enquête sont interruptives de prescription.

Les infractions de presse sont sanctionnées mais pas trop lourdement afin de préserver la Liberté d'expression. Pour ce faire, la loi sur la Liberté de la presse tente d'empêcher les poursuites et pose des règles très rigoureuses. Ces limites procédurales renvoient par

¹⁹ Cons. cons., 12 avril 2013, n°2013-302 QPC, cons. 5 et 6

exemple, au fait que dans beaucoup de cas visés par la Loi, le Ministère public ne peut pas exercer d'office les poursuites. Il faut une plainte préalable de la victime²⁰. Également, on va exclure certains modes de saisine. On ne peut pas recourir à la comparution immédiate et à la convocation par procès-verbal²¹. Il reste l'instruction et la citation directe. On exclut les autres modes de saisine pour éviter les procédures accélérées et les sanctions. De la même manière, les pouvoirs du juge en matière d'infractions de presse sont limités. Le juge est lié par la qualification pénale qui a été donnée aux faits dans l'acte de poursuite et n'a pas de pouvoir en matière de requalification.

Pour conclure, le droit pénal de la presse est donc un domaine important pour protéger les droits des individus et garantir la liberté d'expression, tout en maintenant un équilibre entre ces deux objectifs. Les journalistes et les médias peuvent être poursuivis pour des infractions pénales liées à leurs activités professionnelles, mais ils peuvent également invoquer des défenses spécifiques, telles que l'exception de vérité et la bonne foi.

En somme, l'équilibre entre le droit pénal et la liberté de la presse est un sujet complexe qui nécessite une approche équilibrée et nuancée pour protéger les intérêts de toutes les parties concernées.

Léa DOS SANTOS



²⁰ Article 48 de la loi sur la Liberté de la presse de 1881

²¹ Article 397-6 du Code de procédure pénale

PARTIE 2 – L’adaptation aux nouveaux enjeux

Dans une seconde partie, il apparaît nécessaire de s’intéresser aux enjeux contemporains en matière de presse. En effet, l’ère numérique rebat les cartes en raison des nouveaux enjeux qu’elle suscite. Ainsi, les nouvelles technologies de l’information et de la communication (NTIC) renouvellent le contentieux de presse, en posant de nouvelles difficultés que le droit n’avait encore jamais rencontré (III). Le droit, notamment pénal, a donc dû s’adapter pour faire face à ces nouveaux enjeux de l’ère numérique (IV).

III - Le renouveau du contentieux de presse lié aux nouvelles technologies de l’information et de la communication (NTIC)

A l’origine, la loi de 1881 fut érigée face à des problématiques rencontrées dans le cadre de l’imprimerie, la librairie et la presse périodique. Ainsi, l’émergence de la radio et de la télévision a constitué un premier enjeu pour la loi 1881. Cette nouvelle forme de presse, concurrençant la presse préexistante, s’est vue soumise au régime de la loi sur la presse. Néanmoins, des aménagements ont dû survenir pour assurer une véritable prise en charge de cette nouvelle presse. En effet, la jurisprudence et la loi du 13 décembre 1985 ont aménagé le droit de la presse aux spécificités de ces médias. Ce fut la loi du 29 juillet 1982 qui fut le véritable apport en la matière, en ce qu’elle a permis de poser les principes généraux de la communication audiovisuelle.

Force est de constater que l’avènement des radios et télévisions représente, de nos jours, une époque révolue. Les enjeux contemporains sont concentrés sur les nouvelles technologies d’information et de communication.

A cet égard, le rapporteur WARSMANN, lors des travaux préparatoires de la loi du 9 mars 2004, précisait devant l’Assemblée nationale : « *J’estime tout à fait sage de faire évoluer notre droit en fonction des circonstances et de l’état d’avancement des techniques. Or, les messages qui peuvent être transmis par l’intermédiaire des nouveaux modes de diffusion posent un réel problème, et je pense bien entendu à internet [...] La masse d’informations*

est tellement dense, tellement diffuse, que la garantie offerte par la loi de 1881 perd beaucoup de sa consistance ».

Par conséquent, face aux problématiques amenées par l'avènement d'internet et son omniprésence dans notre quotidien ; comment « l'un des droits les plus précieux de l'Homme » comme le nommait Mirabeau, est-il encore assuré et protégé ?

Le législateur, dans un objectif de préservation de la liberté de la presse, a dû adapter la notion de publication, afin qu'elle réponde au mieux à ses nouvelles formes liées à internet (A), mais a également dû garantir une prescription en adéquation avec ce type de délinquance (B). Malgré ces efforts, la liberté de la presse reste confrontée à de nombreux défis pour assurer sa protection, notamment les difficultés probatoires induites par internet (C).

A - L'aménagement de la notion de publication

La publication, au sens commun du terme, renvoie à une action de porter à la connaissance de tout le monde, un acte, une information, une opinion, etc. Du point de vue de la loi de 1881, la publication s'entend sous n'importe quelle forme. D'après l'article 23 de cette loi, il peut s'agir d'écrits, d'imprimés, de dessins, de gravures, de peintures, d'emblèmes, d'images, ou de tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

Ainsi, à l'origine, la publicité était assimilée sous un aspect « matériel », en ce que l'information était divulguée dans un "espace réel", auprès d'un public anonyme et imprévisible²².

Suite à des apports en droit pénal de la presse, il peut être constaté que la loi de 1881 précise désormais « *la communication au public par voie électronique* », ce qui permet d'inclure les publications par le biais de ces nouvelles technologies ; les informations publiées dans un espace virtuel.

Cette communication fut définie par la loi du 30 septembre 1986, en son article 2, « *On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public*

²² Expression de Basile Ader dans "Légipresse"

ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée. [...] ».

Dès lors, la publication en ligne s'assimile à la communication au public par voie électronique. La LCEN de 2004 viendra préciser cette notion par l'emploi de la *"communication au public en ligne"*. Cet apport permet de faire évoluer la terminologie, et ainsi d'intégrer plus concrètement ces publications en ligne.

Dans le cadre de la loi sur la presse, *« c'est la publication qui fait le délit »* selon Barbier dans son *Code expliqué de la Presse* de 1911. Cette célèbre formule fut rappelée par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire Yahoo du 26 février 2002 en affirmant que *« en matière de presse la publicité est un des éléments constitutifs et même la caractéristique essentielle des infractions prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881 »*.

Compte tenu du caractère primordial de la publication dans le droit pénal de la presse, il semble d'autant plus nécessaire de préciser ce qu'est une publication par le biais d'internet. En déterminant ce qui est constitutif, ou non, d'une publication, il est possible de déterminer le point de départ du délai de prescription de l'action publique.

A cet égard, la Cour de cassation a énoncé que *« lorsque des poursuites pour diffamation et injures publiques sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixée à la date du premier acte de publication »* et *« cette date est celle à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau »* (Crim 16 octobre 2001²³).

A la première mise à disposition des utilisateurs de la publication en ligne, le délai de prescription commence à courir. Toutefois, la jurisprudence est venue consacrer des exceptions à ce principe, en raison des difficultés pouvant survenir dans la détermination de la date de cette première mise à disposition. En étendant la notion de publication, le point de départ du délai de prescription peut être repoussé, et ainsi ce délai ne constitue plus un obstacle à la répression. Dès un arrêt du 19 septembre 2006 la Cour d'appel de Nancy avait fait état de cette volonté d'assurer l'impunité des infractions de presse par le biais d'internet. Elle énonçait que *« chaque mise à jour d'un site internet constitue une réédition en ce qu'elle participe d'un nouveau point de départ de la prescription »*.

Cette mouvance fut suivie par la Cour de cassation qui a affirmé que la modification d'un message résultant de la volonté de son auteur constitue une nouvelle publication. A contrario, la modification réalisée par un internaute ne constitue pas une nouvelle

²³ Cass. Crim., 16 octobre 2001 n°00-85.728

publication. De plus, des précisions concernant les sites internes ont été apportées. En effet, la modification du site, s'il ne s'agit que de sa forme, ne constitue pas une nouvelle publication, et a contrario, la modification de fond du site s'assimile à une réédition-refonte, et ainsi à une nouvelle publication. Enfin, dans le cas où des contenus identiques sont maintenus sur un même support, même s'ils sont déplacés au sein de ce dernier, il n'y a pas nouvelle publication. Tandis qu'une nouvelle reproduction, d'un écrit rendu public, pour un texte déjà publié est une nouvelle publication (Crim 10 avril 2018²⁴).

Fort de ces apports jurisprudentiels, il est possible de constater que les cas de nouvelles publications sont conditionnés à une véritable action volontaire de nouvelle publication de la part de l'auteur. Ce critère de volonté de l'auteur fut reprécisé dans une jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, dans un arrêt du 10 janvier 2017 les juges de cassation se sont prononcés sur l'épineuse question des suggestions des moteurs de recherche en ligne. Ils ont précisé que n'est pas une nouvelle publication, un contenu déjà diffusé, résultant de la juxtaposition de mots provenant d'un processus purement automatique et aléatoire issu d'une fonction intégrée dans ce moteur. Ce mécanisme excluant toute volonté de son exploitant de publier, de nouveau, le contenu litigieux.

Enfin, des situations spécifiques sont à préciser. Notamment, les publications de messages sur les réseaux sociaux. Sur ce point, la jurisprudence européenne est venue préciser la nature de ces messages. Dans son arrêt *Melike contre Turquie* du 15 juin 2021, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que le partage d'un message ou le « retweet » constitue une publication litigieuse pouvant entraîner la responsabilité pénale de son auteur, en ce qu'elle constitue une nouvelle publication, contrairement à l'action d'un « like » sur un message préexistant, qui n'est pas une nouvelle publication.

De plus, le cas des liens hypertextes peut également être précisé. La première chambre civile de la cour de cassation, dans un arrêt du 2 novembre 2016 considérait que « *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 ; que l'insertion, sur internet, par l'auteur d'un écrit, d'un lien hypertexte renvoyant directement audit écrit, précédemment publié, caractérise une telle reproduction.* ». Ainsi, un lien hypertexte, même pour un texte déjà publié, constitue une nouvelle publication.

Ces éléments sur les publications en ligne apportées, le point de départ du délai de prescription de l'action publique est précisé et déterminé. Néanmoins, la prescription n'a pas fait exception, en ce que les NTIC ont modifié sa détermination première issue de la loi de 1881.

²⁴ Cass. Crim., 10 avril 2018 n°17-82.814

B - Une prescription unique aux applications distinctes

Rappelons que le délai de prescription de l'action publique en matière de droit de la presse est de 3 mois révolus à compter du jour où les faits infractionnels auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuites s'il en a été fait, selon l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Une exception est érigée à l'article 65-3 de cette même loi, allongeant le délai à un an pour les infractions limitativement énumérées.

Dans un premier temps la Cour de cassation, dans un arrêt fondamental en la matière, de la chambre criminelle en date du 16 octobre 2001, a refusé de consacrer le principe de l'infraction continue pour la publication sur internet. Comme précisé dans le paragraphe précédent, les juges de cassation ont fixé le point de départ du délai de prescription pour les diffusions sur internet à la date du premier acte de publication, soit la date à laquelle le message a été mis, pour la première fois, à la disposition des utilisateurs. Ainsi, les infractions de presse commises sur internet sont des infractions instantanées.

Dans un second temps, la LCEN du 21 juin 2004 sur la liberté de communication en ligne, en son article 6 V, a tenté de modifier les dispositions concernant la prescription de l'action publique pour les infractions commises sur internet. Elle prévoyait que, dans le cas d'une publication sur un seul support électronique, l'action civile et l'action publique des crimes et délits de la loi de 1881 se prescriront dans le délai de 3 mois de l'article 65 de cette loi, et à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du message litigieux au public.

Toutefois, le Conseil constitutionnel dans une décision du 10 juin 2004 n°2004-496 a censuré ces dispositions en estimant que la différence de régime dépassait manifestement ce qui était nécessaire à la situation particulière de ces messages exclusivement disponibles sur un support informatique. Ainsi, le Conseil a permis le maintien d'un régime unifié pour le délai de prescription.

Force est de constater que la prescription est de 3 mois révolus en matière d'infractions de presse, que celles-ci soient commises dans le « monde physique », ou dans le « monde virtuel ». Cependant, l'aménagement de la notion de publication en ligne permet de reconduire ce court délai de 3 mois autant de fois qu'une nouvelle publication est constituée. Ainsi, la « republication » d'un message en ligne, assimilable à une réitération²⁵, permet de faire courir un nouveau délai de 3 mois de prescription.

²⁵ Au sens du droit commun, selon Le Petit Robert, "faire de nouveau".

Cette extension permet que la prescription de l'action publique ne soit pas un obstacle à la répression en droit pénal de la presse. Le droit à l'oubli motivant ce principe de prescription ne saurait empêcher la répression des infractions commises en ligne, d'autant plus compte tenu de leur massification.

Néanmoins, malgré ces aménagements en faveur d'une meilleure répression, les infractions de presse commises par le biais d'internet restent un véritable enjeu pour la loi de 1881. De nouveaux débats se sont présentés avec les propos à caractère raciste ou le harcèlement en ligne, faisant état d'une nécessaire et constante adaptation du droit pénal de la presse.

C - De 1881 à aujourd'hui, de nouvelles réalités probatoires posées par Internet

L'avènement d'internet a apporté des complications dans la gestion des infractions commises par son biais. La difficulté avec les publications sur internet relève de leur permanence et de leur interactivité. Il n'y a aucune rupture de stock, aucune obsolescence. De plus, internet n'ayant aucune limite territoriale, à la différence d'un journal papier, sa diffusion peut s'avérer bien plus large, mais aussi bien plus rapide. Le système répressif habituel a montré ses failles face à ce nouveau type de délinquance.

Il est possible de citer deux difficultés majeures dans le cadre des infractions de presse commises par internet : l'identification des auteurs, et le contentieux de masse, la viralité de masse.

D'une part, concernant l'identification des auteurs: Internet, cette agora mondiale, porteuse d'une société virtuelle réunissant les individus de tous les horizons, a aussi été porteuse d'une délinquance internationale et anonyme. En effet, l'identification des auteurs d'infractions de presse sur internet peut s'avérer difficile, voire impossible. Les publications, souvent couvertes d'anonymat, peuvent résulter d'internautes étrangers. Ainsi, la possibilité d'anonymisation des profils sur internet constitue une véritable difficulté pour imputer un délit à un individu, puisqu'en l'absence d'auteur, l'action publique ne peut être mise en mouvement. A préciser que pour les crimes, le juge d'instruction peut être saisi par le procureur de la République pour l'ouverture d'une information judiciaire contre X, ce qui palie à cette difficulté, mais les crimes restent l'exception dans le cadre des infractions de presse. A cela s'ajoute la dimension internationale. Internet n'ayant pas de frontière comme un pays, il est courant que les internautes puissent interagir avec des individus étrangers. Cet

obstacle probatoire peut endiguer toute possibilité de répression. Dans le cas où l'individu est identifié, il faudra que la loi pénale française lui soit applicable au regard de l'article 113-2-1 du Code pénal énonçant « *Tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République* ». Dès lors, cette première difficulté majeure est constituée de divers obstacles à surmonter pour aboutir à une condamnation, et laisse d'ores et déjà entrevoir l'enjeu répressif d'internet.

D'autre part concernant le contentieux de masse et sa viralité: Internet est actuellement un outil de la vie courante de très nombreux individus à l'échelle mondiale, et d'autant plus dans les pays développés comme la France, ou les États-Unis. C'est un outil du quotidien. Cette incursion d'internet dans la vie des individus induit son utilisation massive, et ainsi la viralité de son contenu. Il est possible de parler de contentieux de masse si ces publications en ligne sont constitutives d'infractions. Le message circule vite, sans frontière et peut se démultiplier de manière exponentielle. Cet amas incontrôlable de messages induit un amas incontrôlable d'infractions potentielles. Ce flux est difficilement contenu et contrôlé par les juridictions, en ce qu'il représente un travail titanesque pour une justice d'ores et déjà engorgée. De plus, il reviendra aux enquêteurs et magistrats d'identifier un auteur pour une infraction, dans le respect de la responsabilité pénale personnelle. Cette difficulté peut s'illustrer dans le cadre de « l'affaire Mila » où cette dernière a subi des menaces de mort et un harcèlement massif en ligne, et seulement 13 protagonistes furent jugés pour ces faits.

La justice semble en inadéquation avec cette délinquance émergente. Face à ce constat, une adaptation de la justice peut s'avérer complexe, voire ineffective, compte tenu de l'enjeu. Dès lors, pour répondre à ces besoins le législateur a adopté plusieurs lois afin d'encadrer la prolifération des messages constituant une infraction à la loi pénale sur internet. Ces apports sont abordés dans la revue au sein des développements suivants (IV, 3).

Il y a un véritable effort de réflexion pour armer au mieux le droit pénal de la presse face à ces nouvelles technologies. Il semblerait que cet effort soit encore nécessaire, et ce, pour encore une longue période au regard de l'évolution permanente et rapide d'internet et de ses supports.

Mathilde SAUER

IV - L'adaptation du droit positif à l'ère numérique

Face aux insoupçonnés enjeux posés par le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, le droit positif a dû s'adapter à l'ère numérique, en créant de nouveaux délits (A) et en prévoyant des procédures en cas d'inobservation d'une quelconque règle en matière de publication. C'est ainsi que la procédure de signalement sur PHAROS (B) et celle de retrait des contenus illicites (C) ont été mises en place. Pour lutter contre la haine en ligne, ont été mises en place des règles particulières en matière de responsabilité des acteurs d'internet (D). Enfin, compte tenu de la permanence des contenus publiés en ligne, il a paru opportun de mettre en place un droit à l'oubli numérique (E).

A - Les nouveaux délits

Depuis une dizaine d'années, le droit a commencé à s'adapter aux nouveaux enjeux pratiques tels qu'apparus depuis le développement d'Internet d'abord et des réseaux sociaux ensuite. Pour ce faire, le législateur est intervenu ponctuellement pour faire évoluer les règles relatives aux infractions de presse en prenant en compte le support de l'expression (Internet) et en créant de nouvelles incriminations. Ces dernières appréhendent alors des comportements inenvisagés et inenvisageables au début du siècle.

S'agissant du délit de fake news, il s'agit d'incriminer la diffusion de fausses informations dans le but de désinformer le public notamment en période de campagne électorale. Ce comportement a notamment été observé à l'occasion des dernières élections présidentielles aux États-Unis et en France.

Il convient d'abord de rappeler que, depuis 2002, est réprimée la diffusion de fausses nouvelles d'une amende de 45 000€²⁶. Cette infraction n'étant pas adaptée aux fake-news en période pré-électorale, la législation a été modifiée en 2018 par l'insertion de l'article L.163-2 dans le Code électoral²⁷. Si le Code électoral²⁸ sanctionnait d'un an

²⁶ Art. L.27, LOI du 29 juillet 1881, modif. O. 19 septembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002

²⁷ LO, 22 décembre 2018 relatives à la lutte contre la manipulation de l'information ; Cons. const. 20 déc. 2018, n^{os} 2018-773 DC et 2018-774 DC pour une déclaration de constitutionnalité assortie de réserves portant sur le caractère "manifeste" du risque d'altération de la sincérité du scrutin

²⁸ Art. L.97, issu de l'O. 19 septembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002

d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende le fait, par des fausses nouvelles, de détourner des suffrages, la loi de 2018 incrimine quant à elle le fait de diffuser, de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive, sur Internet, des fausses informations. Elle permet, dans les trois mois précédant une élection, de saisir le juge judiciaire en référé afin qu'il soit mis fin à la diffusion des messages litigieux. S'agissant de l'application de ce texte, en l'absence de preuve quant à l'utilisation de « bots²⁹ » permettant une diffusion massive et automatisée d'un tweet, le comportement litigieux ne peut être sanctionné sur ce fondement³⁰.

L'objectif de cette nouvelle incrimination réside dans le fait d'empêcher que des informations « *inexactes ou trompeuses* [portant sur] *un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin* » se répandent. Il s'agit de protéger la vie démocratique en restreignant la liberté d'expression sur Internet, tout en protégeant cette dernière, c'est-à-dire en la restreignant de manière proportionnée.

S'agissant du cyber-harcèlement, il est incriminé depuis 2014³¹. Il convient toutefois de souligner que l'élément matériel de cette infraction peut être réalisé sur une page internet ouverte au public (ex, sur un blog ou sur un compte Facebook). En raison de la publicité du comportement, il semble alors intéressant de rattacher l'étude de cette nouvelle infraction au droit pénal de la presse. Si l'élément matériel est réalisé sans publicité (ex, par message privé sur un réseau social), alors l'étude de cette infraction demeure inchangée et tout aussi intéressante mais ne semble pas pouvoir être rattachée au droit pénal de la presse.

L'article 222-33-2-2 du Code pénal incrimine le harcèlement moral, aggravé par la circonstance que les faits aient été commis sur Internet. Modifiée en 2018³², cette incrimination est également constituée lorsque plusieurs personnes imposent chacune un seul propos ou un seul comportement (et donc ne commettent pas d'actes répétés). La répétition se caractérise alors par la multitude de messages publiés par les auteurs du harcèlement. Cette nouvelle rédaction permet donc de lutter contre les « harcèlements de meute » ou « raids numériques ». Aussi, l'article 222-33 du Code pénal, réprimant le harcèlement sexuel, a été modifié en 2018 dans le cadre de la lutte contre les raids numériques. La même précision quant à la caractérisation de la répétition a été apportée et la circonstance aggravante liée à l'utilisation d'internet a été ajoutée.

Ces deux infractions ne sont que des exemples, néanmoins symptomatiques, d'un phénomène plus large : la nécessaire prise en compte des comportements inédits se développant sur internet. En réalité, il s'agit d'incriminer des comportements qui, existant

²⁹ Abréviation de « robot » : logiciel exécutant des tâches automatisées, répétitives et prédéfinies.

³⁰ TGI Paris, 17 mai 2019, *Marie-Pierre Vieu et Pierre Ouzoulias c. Twitter et Christophe Castaner*.

³¹ LOI n°2014-873 du 4 août 2014, relative à l'égalité entre les femmes et les hommes

³² LOI n°2018-703 du 3 août 2018 relative à la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

dans la vie “physique”, n’étaient pas réprimés en raison de leurs faibles conséquences. Il semble possible de conclure que le législateur a choisi de réprimer ces comportements en raison du seul média par lequel les propos sont véhiculés et donc, en raison de l’ampleur prise par les comportements incriminés lors qu’ils se répandent à grande échelle sur internet. En sus des deux infractions détaillées, d’autres délits ont été édictés par le législateur. Tel est par exemple le cas du délit de consultation habituelle de sites apologétiques, qui n’est mentionné ici que pour mémoire en raison de son abrogation par le Conseil constitutionnel en 2017³³.

Ainsi, ces nouveaux délits viennent restreindre l’exercice de la liberté d’expression sur internet et tracer les nouveaux contours d’un droit de la presse modernisé, adapté aux enjeux numériques du XXI^{ème} siècle.

Même si le droit régit ce qui peut, ou non, être dit sur internet, cela n’empêche pas certaines personnes de publier toutes sortes de contenus illégaux. C’est pourquoi différents mécanismes ont été mis en place pour le cas où de tels messages contraires au droit seraient diffusés. Le premier et sans doute le plus célèbre est le signalement sur PHAROS.

B - Le signalement sur PHAROS

Il arrive que malgré les lois, **des contenus inappropriés se retrouvent sur internet**. Dans la plupart des cas, ils constituent des infractions. C’est le cas notamment des propos qui incitent à la discrimination et à la haine (en raison de l’orientation sexuelle, du genre, de l’origine par exemple), des propos qui incitent à la commission de certaines infractions, ou des propos qui font l’apologie de crime contre l’humanité.

Internet est un espace sans limite, et en constante évolution. Dès lors, il serait radicalement **impossible de scanner tout ce qui est publié à chaque seconde** pour identifier des contenus problématiques. De plus, la difficulté tient à l’ambiguïté de certains contenus, qui nécessite une intervention humaine pour juger de leur légalité.

³³ Cons. cons., 15 décembre 2017, n°2017-682, QPC : inconstitutionnalité de l’art. 421-2-5-2 C.pén. malgré sa réécriture par la LOI n°2017-258 du 28 février 2017 après une première décision d’inconstitutionnalité : Cons. cons., 10 février 2017, n°2016-611, QPC

Ainsi, il est apparu indispensable de mettre en place des modalités de signalement des contenus haineux ou, plus largement, inappropriés. Ainsi, la **plateforme PHAROS**³⁴ (Plateforme d'Harmonisation, d'Analyse, de Recoupement et d'Orientation des Signalements) a été mise en place pour centraliser les signalements : peuvent y être signalés tous les contenus (site, vidéo, photo, blog, message diffusé sur un réseau social, etc.), dès lors qu'ils sont contraires à la loi. La seule véritable limite tient au fait que les contenus doivent être publics (par exemple, il n'est pas possible de signaler un email qui nous est personnellement destiné).

La procédure de blocage des sites internet : En parallèle, dans le cas spécifique de l'apologie, de la provocation à un acte terroriste, ou de la diffusion de contenu pédopornographique, l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) peut demander au site et/ou à l'hébergeur de retirer le contenu et en informer la personnalité qualifiée de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Si le site ou l'hébergeur n'accepte pas de retirer le contenu sous 24 heures, l'OCLCTIC demande au FAI ou au moteur de recherches de supprimer ou déréférencer le contenu.

La personne qualifiée de la CNIL vérifiera alors si la demande est justifiée et si elle considère que ce n'est pas justifié, elle recommandera à l'OCLCTIC de mettre fin à l'irrégularité. Si ce dernier organisme poursuit la procédure, la CNIL pourra saisir un juge administratif³⁵.

Outre le signalement sur PHAROS, les plateformes ont aussi un rôle à jouer dans la suppression des contenus inappropriés sur internet.

C - Le retrait des contenus illicites

La loi du 24 juin 2020, dite AVIA visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, tend à renforcer la contribution des opérateurs de plateforme en ligne. Elle les obligeait à retirer les contenus haineux ou racistes, dans un délai de 24 heures et les contenus terroristes ou pédopornographiques, dans un délai d'une heure, après le signalement réalisé par les internautes. Si l'opérateur n'examine pas tous les contenus signalés, peu important

³⁴ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31979>

³⁵ <https://www.cnil.fr/fr/infographie-la-procedure-de-blocage-des-sites-internet>

leur nombre, il engage sa responsabilité pénale. Toutefois, le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions³⁶. Il considère que la loi porte une atteinte à la liberté d'expression qui n'est ni nécessaire³⁷, ni adaptée³⁸, ni proportionnée³⁹ au but poursuivi. Pour autant, si le législateur peut intervenir pour faire cesser les abus commis dans l'exercice de la liberté d'expression et qu'alors, la loi AVIA est légitime dans sa finalité, ses modalités sont excessives et partant, censurées par le Conseil.

La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, dite séparatisme⁴⁰ reprend certaines des mesures censurées dans la loi AVIA. Elle impose de nouvelles obligations aux opérateurs pour lutter contre la haine en ligne. Ces derniers sont débiteurs d'obligations d'information ou de transparence notamment⁴¹. Un nouveau régime de modération des contenus illicites leur est imposé. Aussi, cette loi crée des procédures de traitement des demandes judiciaires et des obligations de coopération avec les services répressifs... L'ARCOM est alors chargée de superviser la modération mise en place par les plateformes et peut prononcer des sanctions financières en cas de manquement, allant jusqu'à 20 millions d'euros ou 6% du chiffre d'affaires mondial. Par la mise en place de ce dispositif, immédiatement après une première tentative relativement infructueuse, il est possible de relever la volonté du législateur d'imposer aux opérateurs de plateforme en ligne un réel contrôle de la licéité des contenus qui y sont publiés.

Pour lutter contre la pratique des sites miroirs, qui consiste à reproduire sur un autre site des contenus illicites bloqués ou déréférencés (cf. infra) par la Justice, une nouvelle procédure est mise en place par la loi du 24 août 2021, dite séparatisme. Certaines dispositions étaient prévues par un article de la loi Avia du 24 juin 2020 mais cette loi avait été en grande partie censurée par le Conseil constitutionnel⁴².

Par ailleurs, la loi du 16 août 2022 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère

³⁶ Cons. cons., 18 juin 2020, n°2020-801 DC

³⁷ Il existe un maillage suffisant d'infractions puisque, par exemple, la diffusion d'images pornographiques représentant des mineurs et la provocation à des actes de terrorisme sont des abus de la liberté d'expression et en tant que telles, des infractions pénales.

³⁸ Les délais imposés par la loi AVIA aux plateformes pour retirer les contenus signalés sont trop courts selon le Conseil. Alors, l'appréciation de l'illicéité des contenus signalés dépendra davantage de la volonté de l'administration que de leur caractère manifeste. Aussi, le Conseil considère que les opérateurs de plateforme risquent de retirer tous les contenus signalés, quant bien même ils seraient licites, dans le but de ne pas être sanctionné d'un an d'emprisonnement et 250 000€ d'amende en cas de manquement.

³⁹ Les peines encourues par les opérateurs de plateformes sont très (trop?) élevées, d'autant que n'a pas été résolue la question de savoir si chacun manquement fait encourir une nouvelle sanction ou si l'amende de 250 000€ peut être encourue en raison de multiples manquements.

⁴⁰ LOI n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, anticipant la transposition du futur Digital Services Act (DSA) européen.

⁴¹ Nouv. Art. 6-4, LOI n°2004-575 du 21 juin 2004, LCEN

⁴² <https://www.vie-publique.fr/loi/277621-loi-separatisme-respect-des-principes-de-la-republique-24-aout-2021>

terroriste en ligne à imposer aux éditeurs et hébergeurs du web un délai d'une heure pour supprimer les contenus terroristes d'internet, sous peine de sanctions⁴³.

On voit donc là poindre l'idée d'une responsabilité des acteurs d'internet relativement à ce qui y est publié.

D - Lutte contre la haine en ligne : la responsabilité des acteurs d'Internet

Les acteurs d'internet sont aussi nombreux que divers. Au vu de l'évolution de la législation en matière de lutte contre la haine en ligne, il semble possible d'affirmer que le droit positif tend, de plus en plus, à responsabiliser les acteurs d'internet, à renforcer leurs obligations et par là, à permettre la mise en oeuvre leur responsabilité dans des cas de plus en plus nombreux.

S'agissant des forums de discussion, la loi parle d' « *espace de contributions personnelles* ». En droit commun de la presse, le directeur de publication est responsable si le contenu publié est illicite. Sur internet, sa responsabilité pénale est conditionnée à sa maîtrise éditoriale du site. Soit il a la maîtrise éditoriale du site c'est-à-dire qu'il prend la décision de publier le contenu, alors il est responsable de plein droit. Soit il ne l'a pas, alors il n'est responsable que s'il a une connaissance effective du contenu illicite et qu'il le retire tardivement⁴⁴. Cette règle découle du devoir de surveillance qui s'impose au directeur de publication sur le commentaire litigieux et s'illustre par exemple lorsqu'un internaute publie un commentaire illicite sur un site internet. Soit le commentaire doit être approuvé avant d'être publié, alors le directeur de publication engagera sa responsabilité pénale. Soit le commentaire est directement publié (sans contrôle préalable) et alors, le directeur de publication n'engagera sa responsabilité que s'il a effectivement connaissance du commentaire et qu'il ne l'a pas retiré promptement. Ce dispositif est toutefois source de difficultés quant à la preuve de la connaissance effective mais les juges considèrent que le signalement d'un contenu suffit⁴⁵.

⁴³ <https://www.vie-publique.fr/loi/285972-loi-16-aout-2022-retrait-contenus-terroristes-sur-internet-dans-lheure>

⁴⁴ Art. 93-3, LOI n°82-652 du 29 juillet 1982, tel qu'issu de la LOI n°2009-669 du 12 juin 2009, dite HADOPI

⁴⁵ Cass. Crim., 3 novembre 2015, n°13-82.645

S'agissant des opérateurs de plateforme en ligne, ils sont définis comme toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, rémunéré ou non, un service de communication au public en ligne⁴⁶. Il s'agit des moteurs de recherche (Google, Yahoo ou Bing), des places de marché (Amazon, eBay, Airbnb, Leboncoin ou Blablacar), voire des sites de partage de contenus comme les réseaux sociaux (Facebook ou Instagram). En outre, les intermédiaires techniques sont soumis à un régime spécial de responsabilité, depuis 2004⁴⁷. D'une part, les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) offrent un accès à des services de communication au public en ligne (Free, Bouygues ou Orange). Ils ne pourront pas voir leur responsabilité engagée sauf exceptions. D'autre part, les hébergeurs assurent, pour mise à disposition du public sur un site, le stockage des écrits et messages fournis par les destinataires du service (Twitter, Facebook, LeBonCoin, etc). Ils ne produisent pas le contenu ni ne l'éditent et bénéficiaient donc d'une responsabilité allégée notamment parce qu'ils n'ont pas d'obligation générale de surveillance des contenus⁴⁸.

Enfin, l'année 2022 a été porteuse de nombreuses modifications du droit applicable en matière de responsabilité des opérateurs de plateforme. En particulier, le règlement européen sur les services numérique⁴⁹ vise une responsabilisation des plateformes. Ce règlement, dont il convient de rappeler l'effet direct, impose notamment aux plateformes de proposer un outil de signalement des contenus illicites. En cas de non-respect, des astreintes et des sanctions pourront être infligées aux plateformes, dont des amendes pouvant aller jusqu'à 6% de leur chiffre d'affaires mondial.

Ainsi, les acteurs d'internet peuvent voir leur responsabilité engagée. Mais cela ne permet pas de résoudre la situation dans laquelle des personnes voient des informations les concernant demeurer publiques sur internet. C'est pour cela qu'a été mis en place le droit à l'oubli numérique.

⁴⁶ LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

⁴⁷ LOI n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

⁴⁸ S'agissant des fournisseurs d'accès à Internet : CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10 ; S'agissant d'un hébergeur : CJUE, 16 février 2012, *SABAM c/ Netlog*, C-360/10

⁴⁹ Le Digital Services Act du 19 octobre 2022, sera applicable en février 2024 voire dès 2023 pour les très grandes plateformes et moteurs de recherches.

E - Le droit à l'oubli numérique

Il arrive que des informations soient publiées sur internet à propos d'une personne, que ces informations aient été diffusées par la personne concernée ou par un tiers. Cependant, on sait bien que tout ce que nous postons sur internet peut nous échapper, et que même une suppression de l'information ne suffit pas à la faire disparaître complètement⁵⁰.

Ainsi, le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016⁵¹, plus couramment appelé RGPD (Règlement général sur la protection des données) prévoit dans son article 17 un « Droit à l'effacement («droit à l'oubli») ».

On distingue classiquement le droit au déréférencement et le droit à l'effacement comme composante du droit à l'oubli, même si le RGPD ne reprend pas cette distinction. Lorsque l'information est diffusée ou reprise par un tiers et accessible publiquement, ce droit à l'oubli peut être rattaché au droit de la presse.

1. Droit au déréférencement

Définition : Ainsi a été mis en place le droit au déréférencement, qui consiste à solliciter d'un moteur de recherche qu'il supprime certains résultats de recherche associés à nos nom et prénom lorsque les contenus accessibles *via* une recherche internet nous portent préjudice. Le moteur de recherche va ainsi supprimer le lien existant entre une information et la requête « nom prénom » que nous pouvons effectuer, sans toutefois supprimer l'information en elle-même sur le site internet. Par exemple, si un article de journal parle de nous, l'article ne disparaîtra pas du web mais il ne ressortira pas en recherchant avec notre nom.

Limites : Ainsi, l'information peut toujours être consultée, soit en allant directement sur le site concerné, soit en effectuant une recherche dans un moteur de recherche autre que par la requête « nom prénom » qui fera apparaître le site internet concerné. Seule la recherche par nom ne pourra pas aboutir⁵².

⁵⁰ <https://www.courrierinternational.com/article/1998/12/17/sur-la-toile-rien-ne-se-perd-rien-ne-s-oublie>

⁵¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE

⁵² <https://www.cnil.fr/fr/le-dereferencement-dun-contenu-dans-un-moteur-de-recherche>

De plus, en France, la loi ne prévoit pas un déréférencement au-delà du territoire européen, les informations sont donc toujours accessibles depuis d'autres territoires, y compris en passant par un VPN (Virtual Private Network). Autrement dit, l'utilisation d'un VPN peut permettre à quelqu'un en France d'avoir accès aux informations via une recherche « nom prénom » car il permet à l'auteur de la recherche en France de simuler sa présence dans un autre pays du globe.

Le moteur de recherche apprécie l'opportunité du déréférencement et recherche un équilibre entre la protection de la vie privée et des données du demandeur, et le droit à l'information des internautes⁵³. Certains éléments peuvent être pris en compte tels que la notoriété et la fonction de la personne concernée, l'âge au moment de la publication, la nature des contenus et notamment leur caractère dit « sensible », leur source, les conditions et la date de mise en ligne, les répercussions négatives de leur référencement pour la personne concernée, etc⁵⁴.

Recours en cas de refus : En cas de refus du déréférencement par le moteur de recherche, il est possible de contester la décision devant la CNIL ou le tribunal judiciaire. Ils apprécieront de nouveau l'opportunité du déréférencement.

2. Droit à l'effacement

En complément du droit au déréférencement, il existe un droit à l'effacement. Il s'agit de demander le retrait d'informations ou contenus nous concernant qui sont présents sur internet. Il peut encore une fois s'agir de tout type de données, mais ces données peuvent être soit disponibles sur internet (par exemple une photo sur un réseau social), soit conservées par un organisme quelconque, qu'il soit privé ou public (par exemple un article sur un blog qui serait ouvert au public). Là encore, la CNIL peut être saisie en cas de refus.

Adélie JEANSON-SOUCHON et Juliette SUSSOT



⁵³ <https://www.cnil.fr/le-droit-au-dereferencement-en-questions>

⁵⁴ <https://www.cnil.fr/le-droit-au-dereferencement-en-questions>

CONCLUSION – L'insuffisante malgré le maillage

Au regard de la place qu'occupe la liberté d'expression en droit français, et du régime spécial et autonome dont elle bénéficie par le biais de la loi de 1881, il paraît que l'ère numérique dépasse largement le législateur. Le maillage en vigueur semble insuffisant pour prévenir et réprimer toutes les atteintes manifestes à la liberté d'expression.

À titre d'exemple, les intelligences artificielles fondées sur des algorithmes qui censurent certains mots sont elles-mêmes impuissantes. C'est l'avènement des mots « caviardés » (= supprimer un passage, par exemple, écrire \$exe au lieu de sexe), rendant impossible la détection de certains mots interdits par les plateformes. A ce titre, ce système algorithmique peut même se voir contre-productif puisqu'avec cette censure automatique ; certaines personnes se voient censurées dans leur liberté d'expression alors qu'elles ont une vocation éducative. C'est le cas de l'éducation sexuelle, et c'est ce que déplore l'autrice/auteure Charline Vermont, qui a vocation à ouvrir les esprits et les éduquer au sujet de l'éducation sexuelle. Son contenu est systématiquement censuré. Il est de même pour de nombreux psychologues qui souhaitent échanger sur des thèmes spécifiques, tels que la mort, le suicide, même pour des victimes de viol qui souhaitent raconter leur histoire et qui s'expriment seules ou via des associations. L'algorithme est si rigide qu'il devient une sur-censure contre-productive et inefficace. Bien que certains mots prennent des ampleurs plus importantes (Cf Affaire Mila), les prétoires ne sont pas prêts et conçus pour accueillir ce contentieux qui dépasse le législateur. Malgré le maillage des différentes disciplines, des acteurs privés et publics, malgré le régime dérogatoire, et la consécration prééminente de la liberté d'expression, les textes actuels ne suffisent pas à canaliser le flux important d'atteintes.

Valentine PIC

LA CITATION

La presse est le “*chien de garde de la démocratie*”

CEDH, 26 novembre 1991, Observer et Guardian c. Royaume-Uni

Il est courant d’entendre la Cour européenne des droits de l’homme utiliser cette expression de « chien de garde de la démocratie » pour évoquer le rôle et la place de la presse au sein de la société contemporaine. Mais dès lors, en quoi la presse est-elle garante de la démocratie ?

Cette expression fut utilisée pour la première fois dans l’arrêt Observer et Guardian contre Royaume-Uni, puis réemployée à de nombreuses occasions, notamment dans les arrêts Goodwin contre Royaume-Uni du 27 mars 1996, Von Hannover contre Allemagne du 24 juin 2004, ou encore, Depuis et autres contre France du 7 juin 2007.

La Convention européenne des droits de l’homme en son article 10 consacre la liberté d’expression. Elle est un droit reconnu à toute personne résidant dans un État partie ou signataire de la Convention. Ainsi l’État ne peut causer une ingérence dans la liberté d’expression de ses ressortissants ; sauf à ce qu’elle soit légitime et justifiée.

C’est dans le contrôle du respect de cette liberté par les États parties que la jurisprudence européenne va consacrer la place capitale de la presse. En effet, les journalistes ont une mission de « chien[s] de garde de la démocratie ».

La presse doit communiquer et transmettre les idées et informations participant au débat d’intérêt général, dans le respect de l’éthique journalistique. Pour assurer ce rôle, la Cour se doit d’assurer une protection des sources journalistiques. En protégeant l’informateur, la Cour protège le droit du public de recevoir l’information. Ainsi, protéger les sources c’est protéger la liberté d’expression, et dès lors la liberté d’information.

La Cour considère que la protection des sources journalistiques est “l’une des pierres angulaires de la liberté de la presse”. En l’absence de protection des sources, des répressions ont déjà pu survenir à l’encontre de certains États, puisque de telles atteintes nuisent gravement à la fonction sociale de la presse, notamment l’ouverture à la multiplicité des avis et des débats. Ce droit au pluralisme et à la transparence laissant l’opportunité à chaque individu d’user pleinement de sa liberté de conscience, de pensée.

La protection des sources n’est pas un privilège mais une condition indispensable à l’exercice de la liberté de la presse, composante fondamentale de la liberté d’expression.

Cette position prise par la Cour fut renouvelée et déclinée. En effet, dans une décision Lingens contre Autriche de 1986 la Cour expose que plus la liberté d'expression est grande au sein d'un pays, plus sa démocratie se portera bien.

Face aux nouvelles technologies, ce statut privilégié de la presse peut être remis en question. En effet, dans une déclaration le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, en date du 7 décembre 2011, évoquait un nouvel « écosystème » dans lequel l'internaute apparaît comme un « *chien de garde social* » en ce qu'il a pu avoir un impact positif sur la liberté d'expression par les moyens de communication de masse. Notamment l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2012 soulevait cet impact en précisant qu'il s'agissait de « *nouvelles possibilités offertes aux particuliers de partager publiquement, grâce à l'internet et aux médias en ligne, des informations d'intérêt général* ».

Mathilde SAUER



LA NOTION DE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

La personnalité de la responsabilité

« *Tous les délits sont personnels. En crime, il n'y a point de garant.* » **Loysel**

Le principe selon lequel la responsabilité pénale est personnelle c'est-à-dire que nul ne doit être déclaré coupable pour l'infraction commise par autrui n'a été inscrit ni dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789 ni dans le Code pénal de 1810. Sans doute, ce principe paraissait trop évident aux yeux des rédacteurs⁵⁵. D'ailleurs, l'exposé des motifs du projet de loi réformant le Code pénal présente le principe comme une évidence qui ne prête pas à discussion⁵⁶.

Ce principe a pour corollaire celui de la personnalité des peines. Ce dernier est, quant à lui, acquis depuis longtemps ; précisément, depuis que la vengeance collective a été abolie et que la sanction de l'infraction ne se répercute que sur l'auteur de celle-ci et son patrimoine, non plus sur ses proches et/ou sur son groupe.

Ainsi, il convient d'étudier le contenu du principe de la personnalité de la responsabilité (I) et de souligner qu'il existe des exceptions (II) et tempéraments (III) à ce principe. Par ailleurs, il convient de souligner que le régime de responsabilité en cascade propre au droit de la presse a été traité dans l'étude et qu'il n'est pas à proprement parler une exception au principe de la personnalité de la responsabilité.

I. Le principe de la personnalité de la responsabilité

L'article 121-1 du Code pénal est le siège du principe de la personnalité de la responsabilité pénale. Il dispose : « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ».

Champ d'application : Il importe peu que l'auteur de l'infraction, personne physique, soit une personne mineure ou une personne majeure. En effet, en droit pénal, l'auteur mineur

⁵⁵ J.-H. ROBERT, Jurisclasseur Pénal Code, Fasc. 20, 23 nov. 2020, §1

⁵⁶ *ibid.*

sera responsable, conformément aux dispositions prescrites par le Code de la Justice Pénale des Mineurs (CJPM). En raison du principe de personnalité de la responsabilité pénale, le responsable légal du mineur auteur d'une infraction ne pourra pas être poursuivi devant le juge répressif. Tel n'est pas le cas en droit civil puisque la faute du mineur qui cause un dommage, peut, à certaines conditions, permettre à la victime d'engager la responsabilité civile extra-contractuelle du mineur mais également celle de son représentant légal. Néanmoins, les fonctions respectives de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale ne doivent pas être confondues. Si la première a pour objet de réparer le dommage causé à autrui, la seconde a essentiellement une fonction punitive.

Une précision doit néanmoins être apportée : la raison d'être de la responsabilité civile du parent du fait de l'enfant mineur se trouve notamment dans l'idée que l'auteur de la faute est insolvable et qu'alors il revient aux représentants légaux de s'acquitter des sommes visant à réparer le préjudice de la victime. Or, cette justification pourrait justement être opposée en droit pénal. Pour autant, cette solution n'a pas été retenue en raison de l'application inconditionnée du principe de la personnalité de la responsabilité pénale. Plus encore, le CJPM⁵⁷ prévoit que l'amende infligée au mineur auteur (et non à ses parents) est plafonnée à 7 500€, pour tenir compte de l'insolvabilité ou, à tout le moins, du peu de ressources du mineur. Il s'agit là d'une application du principe de la personnalité des peines, corollaire du principe de la personnalité de la responsabilité.

Valeur du principe : Dans une décision portant sur l'obligation du titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule, de payer l'amende contraventionnelle, le Conseil constitutionnel⁵⁸ estime que ce principe, selon lequel « *Nul n'est punissable que de son propre fait* » découle des articles 8 (principe de légalité) et 9 (présomption d'innocence) de la DDHC. Donc, l'article 121-1 du Code pénal est une règle constitutionnelle qui interdit qu'une déclaration de culpabilité soit rendue à l'encontre d'un prévenu en raison de l'infraction commise par autrui.

Par ailleurs, ce principe est une concrétisation de l'idée que la responsabilité pénale nécessite que le fait infractionnel soit rattachable et reprochable à une personne déterminée c'est-à-dire que l'infraction commise lui soit imputable⁵⁹. Alors, si l'infraction n'est pas imputable au prévenu mais est imputable à un tiers, ledit prévenu ne peut être déclaré coupable. En sus, ce principe a pour principale conséquence l'extinction de l'action publique en raison du décès du délinquant ou du criminel (art. 6 C.proc.pén.).

⁵⁷ Art. L.121-6 CJPM : « *Il ne peut être prononcé à l'encontre d'un mineur une peine d'amende supérieure à la moitié de la peine encourue ni une peine d'amende excédant 7 500 euros.* »

⁵⁸ Cons. cons., 16 juin 1999, n°99-411 DC, Sécurité routière, cons. 7

⁵⁹ G. BEAUSSONIE, L'infraction, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Juill. 2021

Ainsi, si le principe de la personnalité de la responsabilité pénale ne souffre d'aucune discussion, il supporte tout de même une exception : la responsabilité pénale des personnes morales.

II. Les exceptions au principe de la personnalité de la responsabilité

S'agissant des personnes morales, l'application du principe de la personnalité de la responsabilité pénale et de la peine est complexifiée en ce qu'elles n'ont pas d'existence matérielle propre. Si la personne morale peut subir une peine pécuniaire car elle dispose d'un patrimoine, elle ne peut pas commettre d'infraction, concrètement. En raison de ce particularisme, l'article 121-2 du Code pénal pose une exception au principe de la personnalité de la responsabilité pénale s'agissant des personnes morales : elles « *sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Alors, la responsabilité de la personne morale pourra être engagée en raison de l'infraction commise par autrui. En effet, il s'agit d'une véritable exception au principe puisque depuis l'entrée en vigueur de cet article, la Cour de cassation a de nombreuses fois rappelé que les personnes morales ne sont pas responsables en raison d'une faute propre, distincte de celle de leurs organes ou représentants⁶⁰. Elles sont responsables en raison de la faute commise par leurs organes ou représentants.

Alors, l'on pourrait penser que la réforme du Code pénal, entrée en vigueur en 1994, est venue inscrire dans la loi le principe de la personnalité dans l'objectif de lui apporter des exceptions. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel des QPC portant sur l'article 121-2 du Code pénal⁶¹. Les auteurs de ces questions arguaient qu'il était contraire au principe de la personnalité de la responsabilité pénale ainsi qu'aux principes de légalité et d'égalité devant la loi. La Cour de cassation refuse de transmettre mais reste silencieuse quant au principe de personnalité.

Les trois fausses exceptions : Certaines situations ont laissé penser que la jurisprudence consacrait de nouvelles exceptions au principe de la personnalité de la responsabilité.

⁶⁰ Cass. Crim., 2 décembre 1997, n°96-85.484 ; Cass. Crim., 26 juin 2001, n°00-83.466 ; Cass. Crim., 30 janvier 2018, n°17-81.595

⁶¹ Cass. Crim., 29 mars 2011, n°11-90.007 ; Crim., 27 avr. 2011, n°11-90.013

D'une part, il y a **le cas des chefs d'entreprise responsables en raison de l'infraction commise par leur salarié**. La Cour de cassation ne présente plus la responsabilité pénale des commettants en pareil cas comme une exception au principe de la personnalité de la responsabilité pénale⁶². Soit le chef d'entreprise a participé à l'infraction et alors, il en est l'auteur. Soit il n'a pas participé à l'infraction et alors il est responsable en raison de sa faute résidant dans le fait de n'avoir pas organisé son entreprise de manière à ce que des unités assez petites puissent être efficacement surveillées par un salarié qu'il aurait délégué à cet effet. Cette faute justifie sa responsabilité pénale selon la jurisprudence.

D'autre part, il y a **le cas de la fusion-absorption**. La Cour de cassation a admis que la société absorbante est responsable des infractions commises par la société absorbée, avant l'opération de fusion-acquisition⁶³. Cette solution a été rendue au visa de l'article 121-1 du Code pénal. Alors, l'interprétation de cet article, telle que développée par la Cour dans cet arrêt, rend possible la condamnation pénale d'une personne morale pour des faits commis par une autre. Pour autant, il ne s'agit pas d'une exception au principe de la personnalité. En effet, la société absorbée est continuée par la société absorbante, notamment parce que le patrimoine de la première est transmis à la seconde.

Enfin, il y a **le cas de la scène unique de violences**. Les membres d'un groupe se livrant à la violence, volontairement et simultanément, sont responsables pénalement. Il n'y a pas lieu de préciser la nature des violences commises par chacun des membres⁶⁴. Toutefois, ceux-ci ne sont pas responsables pénalement en raison des violences commises par les autres membres du groupe mais en raison de leur propre comportement (soit la commission de violences, soit la présence au moment de la commission de l'infraction ; comportement qui apporte un soutien aux auteurs de l'infraction ou qui traduit une faute en l'absence d'action pour faire cesser l'infraction). La Cour de cassation a d'ailleurs refusé de transmettre une QPC portant sur cette solution⁶⁵.

Ainsi, il n'existe qu'une seule exception au principe de la personnalité de la responsabilité. Néanmoins, ce principe connaît un certain nombre de nuances.

⁶² Cass. Crim., 11 mars 1993, n°90-84.931, n°91-80.958, n°91-80.598, n°92-80.773, quatre arrêts de principe : « *sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* »

⁶³ Cass. Crim., 25 novembre 2020, n°18-86.955 V. à ce propos, la revue n°9 publiée sur le site, rubrique "L'arrêt", p. 66, s'agissant de la responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion-absorption

⁶⁴ Cass. Crim., 23 mars 2022, n°21-82.958

⁶⁵ Cass. Crim., 16 février 2022, n°21-90.043, QPC

III. Tempéraments au principe de la personnalité de la responsabilité

Ce principe n'interdit pas que certaines conséquences de la déclaration de culpabilité soient supportées par une autre personne que l'auteur de l'infraction. Alors, des personnes non condamnées peuvent être obligées de supporter les conséquences de la condamnation pénale d'autrui, à la condition, néanmoins, que celles-ci soit patrimoniales.

Tel est par exemple le cas, lorsque le débiteur de l'amende infligée en raison de la commission d'une infraction qu'il a commise, décède. Alors, ses héritiers peuvent être obligés de supporter le paiement de l'amende au Trésor public⁶⁶, à condition qu'ils acceptent la succession.

Tel est également le cas du propriétaire non condamné mais de mauvaise foi, car connaissant l'origine délictueuse du bien, qui subit la confiscation sanctionnant l'infraction commise par un tiers⁶⁷.

Juliette SUSSOT



⁶⁶ Art. 133-1, al. 1 *in fine*, C.pén.

⁶⁷ Art. 131-21, al. 2 et 3, C.pén. Néanmoins, si le propriétaire est de bonne foi, les biens confisqués doivent lui être restitués, quand bien même ils seraient le produit d'un délit. V. Cass. Crim., 7 novembre 2018, n°17-87.424

L'INFRACTION

Diffamation vs injure

Les infractions qui protègent l'honneur figurent dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Parmi ces atteintes à l'honneur, on retrouve la diffamation (I) et l'injure (II) à l'article 29 de cette même loi.

Pour mieux comprendre comment ces infractions sont constituées et en quoi elles se différencient, on les étudiera successivement.

Afin de pouvoir plus facilement comparer les infractions, se trouve un schéma récapitulatif à la suite des développements.

I. La diffamation

Il convient d'analyser les éléments constitutifs de la diffamation (A) puis les faits justificatifs (B) qui, s'ils existent, vont venir supprimer toute responsabilité pénale et permettre quelquefois d'éviter les sanctions prévues pour cette infraction (C).

A. Les éléments constitutifs de la diffamation

L'article 29 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme « *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. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés* ».

Les conditions préalables de la diffamation sont la publicité et la victime identifiable.

La diffamation est caractérisée par un élément matériel (1) et un élément moral (2).

1. L'élément matériel de la diffamation

L'élément matériel de l'infraction requiert l'expression d'un fait diffamatoire précis. La diffamation peut être exprimée de diverses manières, à savoir, par allégation, imputation, publication ou reproduction.

L'allégation est le fait d'affirmer mais de manière mal fondée voire mensongère. L'imputation, quant à elle, désigne le fait d'affirmer l'existence d'un fait en se basant sur des contestations personnelles. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 23 novembre 1993⁶⁸, considère que « des faits d'indélicatesse ou d'improbité » peuvent être considérés comme une allégation constitutive d'une diffamation.

Le fait exprimé doit être un fait attentatoire à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel il est imputé.

Par exemple, dire que Madame X a eu une promotion car elle a eu des relations intimes avec son supérieur constitue une diffamation.

2. L'élément moral de la diffamation

L'élément moral de la diffamation est l'intention de nuire ou de porter préjudice à la personne visée. En d'autres termes, pour qu'il y ait diffamation, il faut que l'auteur des propos ou des écrits ait agi avec l'intention de causer du tort à la personne en question.

L'intention est caractérisée par un dol général c'est-à-dire qu'il faut que l'auteur ait conscience de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne.

La particularité de l'élément moral de la diffamation est qu'il y a une présomption simple de mauvaise foi à partir de l'élément matériel. En effet, la jurisprudence considère, de manière constante, que l'intention délictuelle résulte de l'imputation diffamatoire elle-même⁶⁹.

B. Les faits justificatifs de la diffamation

L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 pose un fait justificatif, à savoir, la vérité du fait diffamatoire. L'exception de vérité ne joue pas sur un élément de la vie privée. Par exemple, la personne qui raconte que son voisin trompe sa femme ne peut s'en prévaloir même si cela s'avère être vrai.

⁶⁸ Cass. Crim., 23 novembre 1993, n°92-85.771

⁶⁹ Cass. Crim., 22 mars 1966, n°65-90.914

Ce fait doit être invoqué en respectant une procédure particulière posée par les articles 55 et suivants de la loi.

Parfois, la jurisprudence admet que la diffamation soit justifiée par la bonne foi du prévenu. Il arrive que l'imputation d'un fait précis diffamatoire ne cherche pas nécessairement à porter atteinte à la considération ou à l'honneur mais par le souhait d'informer le public. Le renversement de la charge de la preuve est compliqué mais la Cour de cassation a déjà admis la preuve de bonne foi lorsque les propos font partis d'un débat d'intérêt général et que l'auteur peut opter pour un ton polémique⁷⁰.

C. La répression de la diffamation

La diffamation peut consister en un délit ou une contravention. L'article R. 621-1 du Code pénal sanctionne la diffamation non-publique envers une personne d'une amende prévue pour les contraventions de première classe (à savoir 38 euros d'après l'article 131-13 du Code pénal). La diffamation est non-publique dès lors que les propos diffamatoires sont proférés dans un cadre strictement privé et qu'aucun public étranger n'est susceptible de les avoir entendus ou lus. Par exemple, par sms, par lettre ou par email.

La diffamation commise contre un particulier est punie par l'article 32 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 d'une amende de 12 000 euros. Les alinéas 2 et 3 prévoient des peines à un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, ou l'une de ces deux peines, lorsque l'infraction est commise contre 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 ou à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap.

L'article 30 de la loi du 29 juillet 1881 sanctionne la diffamation commise envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l'air et de l'espace, les corps constitués et les administrations publiques d'une amende de 45 000 euros.

L'article 31 de la même loi prévoit les mêmes peines pour la diffamation commise à raison de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou un agent de l'autorité publique, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition.

⁷⁰ Cass. Crim., 28 juin 2017, n°16-80.066

L'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 sanctionne la diffamation dirigée contre la mémoire des morts lorsque son auteur a eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers.

II. L'injure

Il convient d'analyser les éléments constitutifs de l'injure (A) puis les faits justificatifs (B) qui, s'ils existent, vont venir supprimer toute responsabilité pénale et enfin, de voir comment l'infraction est sanctionnée (C).

A. Les éléments constitutifs de l'injure

L'injure est caractérisée par un élément matériel (1) et un élément moral (2).

1. L'élément matériel de l'injure

L'article 29 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 définit l'injure comme « Toute expression outrageante (α), termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait (β). ».

α) Une expression outrageante

Alors même que le texte ne le précise pas, l'expression outrageante, les termes de mépris ou d'invective portent nécessairement atteinte à l'honneur ou à la considération. On ne peut pas considérer que des mots en raison de leur seule nature constituent une atteinte.

L'expression outrageante est une offense grave de fait ou de parole. Le terme de mépris est un propos par lequel on considère quelque chose ou quelqu'un comme indigne d'estime ou d'intérêt. L'invective renvoie à l'insulte, le discours violent et insultant contre quelqu'un.

Le contexte est très important pour qualifier ou pas l'injure. Par exemple, dans un arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 25 octobre 2019⁷¹, les juges du fond ont considéré que les propos n'avaient pas dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression car ils avaient été publiés dans un journal revendiquant le droit à l'humour et à la satire. Les juges

⁷¹ Cass. Crim., 25 octobre 2019, n°17-86.605

raisonnent de manière à faire la balance entre la protection de l'honneur des personnes et la protection de la liberté d'expression.

Il convient de préciser que la contextualisation ne doit pas tenir compte de l'appréciation subjective par la partie civile. La Cour de cassation affirme qu'il appartient aux tribunaux de relever toutes les circonstances de fait extrinsèques qui donnent une portée injurieuse à ces écrits ou imprimés qui ne présentent pas par eux-mêmes de caractère injurieux et qui sont de nature à révéler au public leur véritable sens.

Dans le même arrêt du 25 octobre 2019⁷², l'Assemblée plénière précise que si la dignité est de « *l'essence de la Convention européenne des droits de l'homme* », elle ne peut pour autant être érigée en fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression. En effet, comme la notion de dignité n'est pas précise, on pourrait considérer que l'injure porte nécessairement atteinte à la dignité et donc doit être réprimée.

β) L'absence d'imputation d'un fait précis

Cet élément constitue toute la différence avec l'infraction de diffamation. En effet, contrairement à la diffamation, l'injure ne requiert pas l'imputation d'un fait précis. L'injure ne peut se justifier par la vérité du fait diffamatoire.

2. L'élément moral de l'injure

L'injure est une infraction intentionnelle et implique la volonté de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne. La personne qui emploie des expressions outrageantes ou des termes de mépris ne peut ignorer blesser l'honneur ou la considération de la personne. L'auteur veut inévitablement parvenir à ce résultat et contrairement à la diffamation, il n'est pas possible de prouver la bonne foi de l'auteur.

B. Les faits justificatifs de l'injure

Contrairement à la diffamation, la preuve de la vérité du fait diffamatoire n'est pas admise comme fait justificatif de l'injure. En outre, même si les propos sont véridiques, la personne qui les a tenus peut être condamnée si elle a commis une faute dans la manière de les exprimer (par exemple, en utilisant un ton excessivement violent). Ce refus de *l'exceptio veritatis* est logique car il est compliqué de prouver que Monsieur X est effectivement un salaud.

⁷² *Ibid.*

Néanmoins, l'article 33 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 précise que l'injure précédée de provocations ne peut être punie. La jurisprudence précise que, pour être considéré comme une excuse de provocation, il faut une relation directe, matérielle et temporelle, entre l'injure et la provocation⁷³. Par exemple, la Cour a considéré que les propos injurieux d'une personne émis en réponse à une question d'une journaliste animée d'aucune intention malveillante ne peuvent être justifiés par une excuse de provocation alors même que celle-ci soutenait avoir réagi comme ça suite à un raisonnement alléguant son antisémitisme. Il ne s'agissait pas d'une riposte immédiate et irréfléchie aux propos de la partie civile. En effet, les propos doivent constituer une riposte immédiate et irréfléchie⁷⁴.

Également, dans un arrêt du 13 avril 1999⁷⁵, elle exige la condition de proportionnalité entre la provocation et l'injure en réponse.

C. La répression de l'injure

L'injure non publique est incriminée par l'article R. 621-2 du Code pénal, elle est sanctionnée par une amende des contraventions de première classe à savoir 38 euros au plus.

Lorsque l'injure est publique, elle constitue un délit sanctionné par l'article 33 qui retient les mêmes distinctions quant à la qualité de la victime que celles pour la diffamation.

L'injure contre les particuliers est punie d'une amende de 12 000 euros. L'infraction est aggravée et les peines sont portées à un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende lorsqu'elle est commise à raison de l'origine de la victime, de son appartenance ou de sa non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ou à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap.

L'injure contre les personnes visées aux articles 30 et 31 de la loi du 29 juillet 1881 est punie d'une amende de 12 000 euros.

L'injure contre la mémoire des morts est sanctionnée à l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881. L'injure contre la mémoire des morts n'est punissable que lorsqu'elle est employée comme moyen indirect de porter atteinte à l'honneur des vivants.

Léa DOS SANTOS



⁷³ Cass. Crim. 10 mai 2006, n°05-82.971

⁷⁴ Cass. Crim., 24 novembre 2009, n°09-83.256

⁷⁵ Cass. Crim., 13 avril 1999, n°98-81.625

Schéma récapitulatif

DIFFAMATION VS INJURE

Article 29 de la Loi de la presse du 29 juillet 1881

Alinéa 1

« 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. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés »

DIFFAMATION

Exemple : Monsieur X est un salaud car il trompe sa femme avec sa voisine

Expression d'un fait diffamatoire par allégation, imputation, publication ou reproduction

Élément moral : Présomption simple de la mauvaise foi de l'auteur dès la caractérisation de l'élément matériel

- Peut se justifier par :
- La vérité du fait diffamatoire
 - La bonne foi du prévenu
 - Lorsque les propos font partis d'un débat d'intérêt général

Alinéa 2

« Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure »

INJURE

Exemple : Monsieur X est un salaud

Une expression outrageante, termes de mépris ou d'invective

Pas d'imputation d'un fait précis

Élément moral caractérisé dès lors que l'élément matériel est constitué → L'auteur ne pouvait ignorer blesser la personne

Peut se justifier lorsqu'elle a été précédée de provocations

L'INFRACTION

Le recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction

Le recel de la violation du secret de l'enquête et de l'instruction se fonde sur l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'enquête et de l'instruction (I) et l'article 321-1 du Code pénal s'agissant du recel (II). Il convient de les étudier successivement afin de mieux comprendre comment est constitué le recel de la violation du secret de l'enquête et de l'instruction (III).

I. La violation du secret de l'enquête et de l'instruction

En France, le secret de l'enquête et de l'instruction (A) est prévu par l'article 11 du Code de procédure pénale et est applicable à toutes les procédures judiciaires, y compris celles concernant les délits de presse.

La violation du secret de l'enquête et de l'instruction (B) peut entraîner des sanctions pénales pour les personnes impliquées, pouvant aller jusqu'à une peine d'emprisonnement et une amende.

A. Le principe du secret de l'enquête et de l'instruction

Le secret de l'enquête et de l'instruction est un principe fondateur de la procédure pénale française visant à garantir l'efficacité et l'équité de la procédure judiciaire en protégeant la présomption d'innocence des personnes mises en cause et la vie privée des victimes.

Le premier alinéa énonce « *Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète* ». Il formule de façon générale le principe du secret de l'enquête et de l'instruction.

Le secret tient essentiellement à la non-divulgence, de quelque manière que ce soit, des éléments de la procédure à des tiers.

Le deuxième alinéa de l'article astreint au secret les personnes qui concourent à la procédure « *Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 434-7-2 du Code pénal* ».

Les parties privées, qu'il s'agisse de la personne mise en examen ou de la partie civile, ne concourent pas à la procédure, car elles ne seraient pas astreintes à l'objectivité caractérisant les organes de poursuite et d'instruction. Le témoin n'est pas davantage tenu au secret.

Il convient de noter que le secret de l'enquête et de l'instruction ne doit pas être confondu avec le secret professionnel, qui protège les informations confidentielles échangées entre un professionnel et son client ou son patient. Le secret professionnel est régi par des règles spécifiques qui varient selon les professions et les situations.

Le secret de l'enquête et de l'instruction permet aux enquêteurs de mener leurs investigations sans être gênés par l'information faite au public. Seulement, pour la protection des droits de la défense, les éléments de l'enquête doivent être portés à la connaissance de la défense de sorte que le mis en cause ou le mis en examen puissent avoir accès à leur dossier.

B. La violation du secret de l'enquête et de l'instruction

L'article 11, alinéa 2, du Code de procédure pénale dispose que : « *Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 434-7-2 du Code pénal* ». L'article 434-7-2 du Code pénal prévoit que la violation du secret de l'enquête et de l'instruction est punie de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Les personnes qui concourent à la procédure sont tenues au secret professionnel, à savoir les magistrats, greffiers, policiers, gendarmes et experts judiciaires. Le secret de l'enquête et de l'instruction pénale ne concerne donc pas la personne mise en examen, la victime d'une infraction pénale et les journalistes.

L'avocat ne concourt pas à la procédure et n'est pas soumis au secret de l'enquête et de l'instruction tel que prévu par l'article 11 du Code de procédure pénale. Néanmoins, les règles déontologiques de la profession mettent en place le secret de l'enquête et de l'instruction par l'intermédiaire de leur secret professionnel. Également, le décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat prévoit notamment que l'avocat doit

« *respecter le secret de l’instruction en matière pénale* ». Il est interdit à un avocat de divulguer des informations issues de la procédure sauf à son client pour que ce dernier puisse préparer sa défense.

La fin de l’instruction est obtenue dès l’ordonnance de non-lieu ou de renvoi devant une juridiction de jugement.

II. Le recel

L’article 321-1 du Code pénal prévoit que « *Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d’intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d’un crime ou d’un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d’un crime ou d’un délit* ».

Pour qu’il y ait recel, il faut d’abord qu’il y ait une infraction d’origine, il s’agit d’une infraction de conséquence. En ce sens, le recel est dépendant d’une autre infraction. Néanmoins, le recel demeure une infraction « autonome » c’est-à-dire une infraction à part entière.

Le recel est caractérisé par un élément matériel (A) et un élément moral (B).

A. L’élément matériel du recel

Pour qu’il y ait recel, il faut un objet (1) et un acte (2) particulier.

1. L’objet

L’article 321-1 du Code pénal vise la chose provenant d’un crime ou d’un délit et le produit d’un crime ou d’un délit. Entrent dans ces catégories tous les biens meubles corporels tels que l’argent, les bijoux, véhicules, tableaux. La « chose » permet d’exclure les immeubles.

Généralement, le recel porte sur un bien corporel. Seulement, s’est posée la question des biens incorporels et plus précisément de savoir si le recel pouvait porter sur une information. La jurisprudence dominante considère que le recel ne peut porter sur une information mais

sur le support matériel de cette information⁷⁶. En ce sens, on pourrait conclure que le recel ne peut pas porter sur un bien incorporel.

En réalité, la jurisprudence semble suivre sur cette question la ligne de conduite qu'elle s'est fixée en matière de vol et n'admettre pour l'instant que le recel du support de l'information. Néanmoins, les solutions de la jurisprudence ne sont pas forcément claires et constantes et la Cour a déjà pu considérer que le détournement pouvait « *porter sur un bien incorporel* »⁷⁷ et ce, indépendamment du support matériel. Elle a reconnu le vol des données comptables et commerciales pour « *des biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise* »⁷⁸. De la même manière pour le recel, la jurisprudence a admis le recel d'images conservées dans un fichier enregistré sur le disque d'un ordinateur⁷⁹ ou encore, le recel d'un logiciel⁸⁰.

Si le recel détention peut paraître difficile à réaliser sur un bien incorporel, il n'en est pas de même du recel profit (voir la distinction dans le paragraphe suivant sur l'acte du recel). Pour Mme M.-L. Rassat, l'acte de recel consiste à bénéficier du profit d'une infraction alors il n'y a pas de détention et donc, pas besoin de chose. Il n'est donc pas absurde de considérer que l'infraction puisse porter sur un bien incorporel car elle peut être toutes formes d'avantages tirées de l'infraction d'origine.

Mme V. Malabat raisonne de la même manière et considère que cette disparité des solutions s'explique également par la dualité d'actes permettant de commettre le recel.

2. L'acte

Il faut que le receleur détienne la chose ou en tire profit.

Le recel détention consiste en la dissimulation de la chose et en sa détention ou sa transmission. Il n'est donc même pas nécessaire d'avoir eu la chose recelée entre ses mains.

De la même manière, le simple fait d'avoir tiré profit de la chose permet la qualification de recel, il s'agit du recel profit.

Le recel du secret de l'enquête et de l'instruction est un délit qui consiste à détenir ou à divulguer des informations relatives à une instruction judiciaire alors que ces informations sont couvertes par le secret de l'enquête et de l'instruction.

⁷⁶ Cass. Crim., 3 avril 1995, n°93-81.569

⁷⁷ Cass. Crim., 14 novembre 2000, *Bull. crim.* n°338

⁷⁸ Cass. Crim. 12 janvier 1989, *Bull. crim.* n°14

⁷⁹ Cass. Crim., 28 septembre 2005, *Bull. crim.* n°248

⁸⁰ Cass. Crim., 2 octobre 2012, n°11-84.107

B. L'élément moral du recel

L'article 321-1 du Code pénal donne des indications sur le contenu de l'élément moral. L'auteur doit avoir agi en connaissance de cause, en connaissant l'origine frauduleuse de la chose.

Afin de caractériser l'élément moral, les juges doivent relever la mauvaise foi du receleur⁸¹. Il faut que l'auteur sache que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Si l'auteur du recel connaît les circonstances de réalisation de l'infraction, on pourra tenir compte des conséquences sur le terrain de l'infraction. Le juge va déduire cette intention de la nature des actes accomplis, des circonstances de fait qui entourent ces actes. Par exemple, le fait que la chose ait été achetée à un prix anormalement bas montre que l'auteur savait qu'elle avait une origine frauduleuse.

La jurisprudence fait preuve d'une grande sévérité envers le professionnel pour la preuve de l'élément moral. Elle considère que les professionnels peuvent difficilement prétendre avoir ignoré l'origine frauduleuse du bien. Par exemple, un garagiste ne peut se méprendre sur la provenance frauduleuse d'un véhicule dont les numéros d'identification ont été maquillés⁸².

Les juges, pour caractériser l'élément intentionnel, s'appuient parfois sur des circonstances telles que le prévenu ne pouvait ignorer ou n'a pu avoir le moindre doute sur l'origine frauduleuse⁸³. Lorsque la personne est de bonne foi à la réception de la chose et qu'elle apprend plus tard son origine délictuelle et qu'elle restitue la chose alors il n'y a pas de recel car les éléments constitutifs de l'infraction n'ont pas été simultanément réunis. Dans le cas où la personne conserve une chose acquise de bonne foi, un arrêt intervenu le 24 novembre 1977 indique que celui qui conserve la chose après avoir découvert son origine frauduleuse ne présente pas la même criminalité que le receleur qui décide, en toute connaissance de cause, d'acquérir cette chose malgré son origine frauduleuse⁸⁴.

C. La répression du recel

L'article 321-1 alinéa 3 du Code pénal sanctionne le recel de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Ce sont les peines principales ordinaires qui peuvent être aggravées dans les circonstances prévues aux articles suivants. C'est ainsi que l'article 321-2 porte les peines du recel à 10 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende.

⁸¹ Cass. Crim., 20 juin 2007, n°07-80.069

⁸² Cass. Crim., 13 juin 1996, n° 95-85.007

⁸³ Cass. Crim., 4 juin 1998, n°96-85.871

⁸⁴ Cass. Crim., 24 novembre 1977, n°76-91.866

III. Le recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction

La Cour considère qu'« *entre dans les prévisions de l'article 321-1 du code pénal, qui n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881, le recel d'un document reproduisant une pièce de l'instruction dès lors qu'il est établi qu'il provient d'une violation du secret de l'instruction* »⁸⁵. Les sanctions encourues pour ce délit peuvent aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. De plus, les peines sont susceptibles d'être aggravées à dix ans et 750 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ou lorsqu'elle est commise en bande organisée.

Dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 9 juin 2015⁸⁶, un journal publia un article relatif aux investigations menées par la police pour retrouver l'auteur de viols en série commis avec arme, article accompagné d'un portrait-robot d'un homme présenté comme étant le suspect recherché par les enquêteurs. L'officier de police judiciaire en charge des investigations signala à sa hiérarchie que le portrait-robot était une pièce de la procédure d'information en cours. Une enquête fut ouverte et le journaliste finalement renvoyé devant le tribunal correctionnel pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction. Sa condamnation fut confirmée en appel, aux motifs qu'il avait manqué aux devoirs et responsabilités que comporte l'exercice de sa liberté d'expression de journaliste. En effet, la cour d'appel relève que le droit d'informer le public sur le déroulement de la procédure pénale en cours doit être confronté aux exigences de confidentialité de l'enquête portant sur des faits de nature criminelle d'une exceptionnelle gravité et se trouvant dans sa phase la plus délicate, celle de l'identification et de l'interpellation de l'auteur présumé et que la publication du portrait-robot du suspect, à la seule initiative du journaliste a entravé le déroulement normal des investigations.

L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que « *Le prévenu peut produire pour les nécessités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires* ». Seulement, la chambre criminelle considère que « *les dispositions de l'article 35, dernier alinéa, de la loi du 29 juillet 1881, dans sa rédaction issue de la loi n°*

⁸⁵ Cass. Crim. 12 juin 2007, *Bull. crim.* n° 157

⁸⁶ Cass. Crim., 9 juin 2015, n°14-80.713

2010-1 du 4 janvier 2010 [...] ont pour seul objet de faire obstacle à la poursuite, du chef de recel d'éléments provenant d'une violation du secret de l'instruction, contre **une personne qui les produit exclusivement pour les besoins de sa défense dans l'action en diffamation dirigée contre elle** ». Cette solution a été confirmée par la CEDH dans un arrêt du 17 décembre 2020⁸⁷.

Si la production de pièces de procédure ou d'écrits provenant d'une information judiciaire couverte par le secret de l'enquête et de l'instruction implique, en principe, que celui qui en est à l'origine soit poursuivi pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction, de telles poursuites ne peuvent être engagées lorsque cette production est employée pour faire usage des droits de la défense dans un procès pénal.

Léa DOS SANTOS



⁸⁷ CEDH, 5e section, 17 décembre 2020, Sellami c. France, (req. n°61470/15)

L'ARRÊT

**CEDH, Grande Chambre, 7 février 2012, Axel Springer
contre Allemagne, requête n°39954/08**

**La liberté d'expression de la presse à l'épreuve du droit
au respect de la vie privée**

La Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt du 7 février 2012 Axel Springer AG contre Allemagne a tranché en faveur du requérant dans une affaire opposant un journal allemand à un acteur arrêté pour possession de cocaïne. Le journal avait reçu une amende et avait été empêché de publier des articles sur l'arrestation de l'acteur, ce dernier alléguant une violation de son droit au respect de la vie privée. La Cour a estimé que les articles publiés portaient sur des faits judiciaires publics obtenus de sources officielles et que les sanctions infligées étaient disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi, même s'il s'agissait d'un délit mineur.

I. Les faits de l'affaire

Le 23 septembre 2004, un acteur a été arrêté au festival de l'Oktoberfest pour avoir été en possession de 0,23 gramme de cocaïne. Un journaliste a recueilli les détails de l'arrestation en interrogeant les policiers présents sur les lieux et un procureur du parquet du tribunal régional de Munich. En Allemagne, cet acteur avait déjà été condamné en juillet 2000 pour importation de stupéfiants, ce qui lui avait valu une peine de cinq mois de prison avec sursis, deux ans de mise à l'épreuve, et une amende de 5 000 euros.

Le 29 septembre 2004, l'arrestation de cet acteur a été publiée dans le quotidien Bild, avec le titre « *Cocaïne! Le commissaire arrêté à la fête de la bière de Munich* ». L'article comprenait des détails sur son arrestation, ainsi que sur sa carrière d'acteur et sa condamnation antérieure pour des infractions liées à la drogue. Le même jour, d'autres

médias ont relaté cette information en s'appuyant sur l'article de ce quotidien. Le procureur chargé de l'affaire a également confirmé les faits relatés dans l'article à d'autres médias.

À la suite de cette publication, l'acteur a intenté une action en justice contre Axel Springer AG, la société mère du journal Bild. Le tribunal régional de Hambourg a interdit la publication de l'article dès le 29 septembre, confirmée par un jugement du 12 novembre 2004 et par la Cour d'appel le 28 juin 2005. Le 11 novembre 2005, le tribunal régional a interdit toute nouvelle publication de la totalité du premier article sous peine d'une amende convenue, et a condamné Axel Springer AG à une amende de 5 000 euros ainsi qu'au remboursement des frais de procédure.

Le tribunal régional a conclu que la publication de l'article par Bild avait gravement porté atteinte aux droits de la personnalité de cet acteur en le diffamant auprès du public. Le tribunal a jugé que, même si les faits étaient avérés, les droits de la personne en question prévalaient sur l'intérêt du public à être informé. Le tribunal a également pris en compte plusieurs facteurs, notamment le fait que l'infraction commise n'était que d'une gravité moyenne, et qu'il n'avait qu'une condamnation antérieure mineure, enfin que l'intérêt public se concentrait plus sur le personnage qu'il incarne dans la série, du commissaire de police, que sur l'acteur lui-même.

La Cour d'appel a confirmé cette décision, mais a réduit la sanction infligée à Axel Springer AG à 1 000 euros en raison de la divulgation illégale des informations par le ministère public.

La Cour fédérale a refusé l'autorisation de se pourvoir en cassation au motif que l'affaire ne revêtait pas une importance fondamentale et n'était pas nécessaire pour l'évolution du droit ou pour garantir une jurisprudence uniforme. Axel Springer AG a tenté de former un nouveau recours, mais l'autorisation d'interjeter appel lui a été refusée.

Le 7 juillet 2005, le journal Bild a publié un article intitulé « *Le commissaire de la série télévisée avoue devant le tribunal avoir pris de la cocaïne. Il est condamné à une amende de 18 000 euros.* ». L'article a partiellement transcrit les aveux de l'acteur devant le tribunal et comprenait une photo de lui. Il a alors intenté une action contre Axel Springer AG pour la publication de cet article.

Le 15 août 2005, le tribunal régional de Hambourg a accordé une injonction interdisant toute nouvelle publication de cet article. Dans un jugement rendu le 22 septembre, la société a été condamnée à payer 449,96 euros de frais si l'article était publié à nouveau. Le raisonnement du tribunal était similaire à celui de la décision précédente concernant le premier article. Le recours d'Axel Springer AG contre cette décision a été rejeté par la Cour d'appel, et l'autorisation de former un nouveau recours devant la Cour fédérale de justice a également été refusée.

Axel Springer AG a ensuite tenté de faire appel des deux décisions devant la Cour constitutionnelle fédérale, mais le 5 mars 2008, un panel de trois juges a refusé d'examiner ce recours. Le 12 septembre 2006 et le 29 janvier 2008, le tribunal régional de Hambourg a condamné la société à payer deux astreintes de 5 000 euros chacune à cet acteur pour avoir enfreint l'ordonnance du 15 août 2005.

La société avait publié le 7 juillet 2006 et en ligne le 22 mars 2007, une déclaration de l'un de ses rédacteurs qui affirmait que « *Nous n'avons absolument pas le droit de rendre compte du procès de l'acteur populaire pour possession de cocaïne, bien qu'il s'agisse d'un récidiviste très connu et que le délit ait été commis lors de la fête de la bière à Munich* ».

Axel Springer a déposé une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, alléguant que l'Allemagne avait violé sa liberté d'expression. Initialement attribuée à la cinquième section, l'affaire a été transférée à la Grande Chambre le 30 mars 2010, qui a finalement rendu sa décision le 7 février 2012.

II. L'analyse de la décision

La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme avait pour tâche de déterminer si l'Allemagne avait violé la liberté d'expression d'Axel Springer en ordonnant le retrait des articles de Bild sur l'arrestation et la condamnation de l'acteur, ainsi qu'en imposant des amendes à Axel Springer AG, le requérant, en raison de la publication de ces articles. Le gouvernement allemand a admis que les décisions de ses juridictions internes avaient porté atteinte à la liberté d'expression du requérant, mais a fait valoir que cette ingérence était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, à savoir la protection de la vie privée. Le requérant, quant à lui, a défendu la publication des articles en faisant valoir plusieurs arguments, notamment que l'acteur était une personnalité publique bien connue, que l'information avait déjà été rendue publique par le ministère public, que les faits rapportés étaient véridiques et que la presse avait le droit de corriger l'image publique de personnes qui cherchent à attirer l'attention des médias.

La Cour a examiné sa jurisprudence sur la liberté d'expression et la marge d'appréciation, puis a résumé les critères jurisprudentiels de mise en balance de la liberté d'expression et de la vie privée :

- 1) la contribution de la publication à un débat d'intérêt général
- 2) la notoriété de la personne concernée par la violation du droit au respect de la vie privée et l'objet du reportage

- 3) le comportement antérieur de la personne concernée par la violation du droit au respect de la vie privée
- 4) le mode d'obtention des informations et leur véracité
- 5) le contenu, la forme et les conséquences de la publication
- 6) la sévérité de la sanction infligée

Après avoir examiné les critères pertinents, la Cour a appliqué ces critères à l'affaire en question. Elle a reconnu qu'étant donné qu'il s'agissait de faits judiciaires publics, les articles en question pouvaient être considérés comme présentant un certain degré d'intérêt général, tout en notant que cet intérêt varierait en fonction de facteurs tels que le degré de notoriété de la personne concernée, les circonstances de l'affaire et les développements éventuels survenus au cours de la procédure.

Concernant le degré de notoriété de la personne en question, la Cour n'a pas partagé l'avis des juridictions internes et a estimé que cette personne était suffisamment connue pour être qualifiée de personnalité publique. La Cour a également souligné que cette personne était principalement connue pour son rôle de commissaire de police au sein d'une série réputée, dont la mission était de faire respecter la loi et de prévenir la criminalité, ce qui accroissait l'intérêt du public à être informé de son arrestation pour une infraction pénale.

En ce qui concerne le contenu des articles, la Cour a reconnu que l'infraction commise était relativement mineure et courante, étant donné la faible quantité de drogue trouvée en possession de cette personne. Elle a également convenu avec les juridictions internes que cette infraction n'aurait pas été signalée si elle avait été commise par un inconnu. Toutefois, la Cour a souligné que l'arrestation avait eu lieu en public pendant la fête de la bière, ce qui constituait une question d'intérêt public importante, comme l'avait reconnu la cour d'appel nationale.

La Cour a jugé qu'il avait délibérément cherché à attirer l'attention sur lui, ce qui avait réduit son droit légitime à la vie privée. En ce qui concerne l'obtention des informations, la partie plaignante a affirmé avoir obtenu les informations avant la publication à partir d'une conférence de presse officielle, mais la Cour a estimé que cette affirmation était peu plausible car la seule conférence de presse vérifiable avait eu lieu après la publication du premier article. Cependant, la Cour a noté que même si les informations n'avaient pas été obtenues lors d'une conférence de presse, elles avaient été obtenues de sources officielles telles que la police et le procureur, ce qui excluait toute notion de mauvaise foi. La Cour a également souligné que les faits du premier article avaient été confirmés par le bureau du procureur lors d'une conférence de presse le lendemain de la publication, tandis que les faits contenus dans le second article étaient déjà connus du public avant sa publication.

La Cour a évalué le contenu, la forme et les conséquences des articles et a conclu qu'ils étaient basés sur des faits et ne contenaient pas d'expression désobligeante ou d'allégation non fondée. Bien que le premier article contenait des expressions destinées à attirer l'attention du public, cela ne soulevait pas de question selon la jurisprudence de la Cour. La Cour a également estimé que les sanctions étaient légères mais pouvaient avoir un effet dissuasif.

En examinant chaque critère, la Cour a conclu que l'ingérence de l'Allemagne dans la liberté d'expression du requérant n'était pas nécessaire dans une société démocratique et qu'il n'existait aucun rapport raisonnable de proportionnalité entre les restrictions imposées par les juridictions nationales au droit à la liberté d'expression et le but légitime poursuivi. Ainsi, la majorité a jugé que l'Allemagne avait violé le droit à la liberté d'expression du requérant.

Cependant, quatre juges de la Grande Chambre ont émis une opinion dissidente. Bien qu'ils aient approuvé l'appréciation des faits par la majorité, ils ont estimé que celle-ci avait agi comme une « *quatrième instance* » et avait accordé plus de poids à la liberté d'expression qu'à la vie privée, alors qu'elle n'était pas censée répéter les évaluations dûment effectuées par les juridictions internes. Ils ont considéré que les juridictions internes avaient bien évalué les intérêts concurrents de la liberté d'expression et de la vie privée et qu'elles avaient motivé largement leurs jugements.

III. Le sens de la décision

Cette décision renforce la liberté d'expression. En reconnaissant le droit de la presse à couvrir des sujets d'intérêt public impliquant des personnalités publiques autres que les politiciens, la décision élargit le champ de la liberté d'expression. En outre, la décision adopte une position libérale quant au pouvoir de la Cour européenne des droits de l'homme à examiner les décisions des tribunaux nationaux dans des affaires portant sur l'équilibre entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée.

Marie POUPIOT



Remerciements

L'équipe des Pénalistes en Herbe tient tout d'abord à remercier notre marraine Madame CLAVERIE-ROUSSET pour sa patience et son implication dans la relecture et la correction de notre revue, et pour son soutien constant dans notre projet.

Nous tenons aussi à témoigner toute notre gratitude envers les adhérents, les rédacteurs occasionnels et les donateurs, sans qui l'association ne pourrait fonctionner. Grâce à eux, de nouveaux projets voient le jour et l'association grandit... Cette marque de soutien nous motive et nous conforte dans l'idée que notre initiative trouve un intérêt auprès du public.

Cette revue vous a plu et vous désirez nous encourager dans notre projet ? N'hésitez pas à adhérer en cliquant sur [ce lien](#) !

Si l'achat de notre revue en version papier vous intéresse, nous pouvons vous la faire parvenir. Contactez-nous par mail à cette adresse ou bien sur l'un de nos réseaux sociaux pour de plus amples informations.

Et si vous n'avez pas encore consulté notre site web ... [C'est ici](#) !

Retrouvez-nous sur [LinkedIn](#) et avec du contenu exclusif sur [Facebook](#) et [Instagram](#),

*A très bientôt ...
Pénalement vôtre !*

L'ÉQUIPE DES PÉNALISTES EN HERBE

