



UNIVERSITÉ  
PANTHÉON-ASSAS  
- PARIS II -

**BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master 2 Droit pénal et sciences pénales**  
**Dirigé par le Professeur Yves MAYAUD**

**2014**

***Les débats d'intérêt général  
et le droit de la presse***

**Hugo CHEVRY**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves MAYAUD**

**Hugo CHEVRY**

# **Les débats d'intérêt général et le droit de la presse**

Mémoire réalisé sous la direction de  
Monsieur le Professeur Yves MAYAUD

**Université Panthéon-Assas Paris II**  
Master 2 recherche Droit pénal et Sciences pénales  
Année universitaire 2013-2014

# **SOMMAIRE**

## **PREMIERE PARTIE : UNE REFERENCE OMNIPRESENTE**

Chapitre 1 : Un instrument adapté au droit prétorien européen

Chapitre 2 : Un instrument adaptable au droit interne de la diffamation

## **DEUXIEME PARTIE : UNE REFERENCE NON MAITRISEE**

Chapitre 1 : Une portée incertaine

Chapitre 2 : Un contenu imprévisible

# Remerciements

Je tiens à remercier

Monsieur le Professeur Yves MAYAUD, pour ses encouragements, ses précieux conseils et sa grande disponibilité.

Ma famille, pour son soutien, sa confiance et son aide.

Anaïs, pour sa présence réconfortante et sa patience.

## Liste des principales abréviations

AJ Pénal : Actualité Juridique Pénal

Bull. crim : Bulletin criminel de la Cour de cassation

CA : Cour d'Appel

C. Cass : Cour de cassation

Cass. Crim : Chambre criminelle de la Cour de cassation

CCE : Communication commerce électronique

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

Cons. Const. : Conseil Constitutionnel

Convention EDH : Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

CP : Code Pénal

CPP : Code de Procédure Pénale

D. : Dalloz

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

JCP : JurisClasseur périodique

JO : Journal Officiel

JORF : Journal Officiel de la République Française

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RDP : Revue de droit public

RPDP : Revue pénitentiaire et de droit pénal

RSC : Revue de Sciences criminelles

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

*« La presse est un élément jadis ignoré,  
une force autrefois inconnue, introduite maintenant dans le monde;  
c'est la parole à l'état de foudre ; c'est l'électricité sociale.  
Pouvez-vous faire qu'elle n'existe pas ?  
Plus vous prétendrez la comprimer, plus l'explosion sera violente.  
Il faut donc vous résoudre à vivre avec elle »*

CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'Outre-Tombe* (XXXII,8), 1850

# Introduction

*« La liberté de la presse à côté du suffrage universel, c'est la pensée de tous éclairant le gouvernement de tous. Attenter à l'une c'est attenter à l'autre. »<sup>1</sup>*

De ces quelques mots de Victor Hugo, on perçoit immédiatement l'enjeu depuis toujours attaché au combat en faveur de la liberté de la presse. Sans elle, point de démocratie qui ne peut espérer un plein épanouissement qu'avec la libre circulation des informations permettant aux citoyens de jouir de leurs droits et d'accomplir leurs devoirs de manière éclairée. A l'évidence, « la liberté de la presse est la mère de toutes les libertés »<sup>2</sup>.

Mais dans une dimension plus contemporaine, on constate que les limites naturelles de la liberté d'expression s'effritent. L'information est partout et tout le temps, la technologie moderne permet à chacun de s'exprimer sur tout et à destination du monde entier. Il en résulte une aspiration de plus en plus grande au savoir, qui s'entend désormais comme un droit. Reste alors à déterminer si ce droit doit être limité, ou en d'autres termes « peut-on, faut-il tout savoir, a-t-on le droit de tout savoir ? »<sup>3</sup>. Faut-il céder à la tyrannie de la transparence ?

C'est ce dilemme que doit tenter de résoudre une notion nouvelle de notre ordre juridique : les débats d'intérêt général.

Certes, la question du droit à l'information se retrouve dans d'autres branches du droit, tel que le droit public, s'agissant de l'accès aux documents administratifs, ou encore le droit de la famille, à travers la question de l'accès aux origines. Mais le droit de la presse est au cœur de la problématique, en ce qu'il encadre le débat public.

La notion d'intérêt général est connue depuis plus de deux siècles, notamment par notre droit public, pour avoir supplanté progressivement la notion de bien commun, aux fortes connotations morales et religieuses<sup>4</sup>. Elle trouve désormais à s'appliquer dans le domaine du droit de la presse, où se retrouve la confrontation entre ses deux conceptions traditionnelles, l'une volontariste et l'autre utilitariste : pourrait ainsi relever d'un débat d'intérêt général ce que seuls les individus consentent à mettre sur la place publique, ou plus encore, tout ce que la société aurait un intérêt à connaître, serait-ce au détriment

<sup>1</sup> V. HUGO, Discours à l'assemblée nationale, 11 septembre 1848

<sup>2</sup> F.-R. De CHATEAUBRIAND, Mémoires d'Outre-Tombe, 1850

<sup>3</sup> A. LEPAGE, *Avant-propos ; étude sur le droit de savoir* - Rapport annuel de la Cour de cassation 2010

<sup>4</sup> Conseil d'Etat, *Réflexions sur l'intérêt général* - Rapport public 1999

d'intérêts particuliers.

Les débats d'intérêt général sont en tout état de cause garants de la légitimité de l'information.

Le droit de la presse doit quant à lui être appréhendé dans son sens large, c'est-à-dire non seulement comme le droit de la presse écrite, désignant l'ensemble des publications imprimées et publiées, périodiques ou non<sup>5</sup>, mais plus généralement comme celui régissant toutes les formes d'expression, quel qu'en soit le support. On parle parfois de « droit de la communication ».

Il se compose principalement de la loi du 29 juillet 1881, imprégnée d'une volonté d'unification de ce droit, dans ce qui devait être un « code de la presse ». Mais il s'est depuis enrichi de nombreux autres textes, qui trouvent à s'appliquer dans l'exercice du droit d'expression, tels les articles 9 et 9-1 du Code civil, relatifs à la vie privée et à la présomption d'innocence, ainsi que certaines incriminations qui se retrouvent dans différentes lois non codifiées<sup>6</sup>, ou dans le Code pénal. Ces dernières, qualifiées à ce titre d'infractions de droit commun, doivent également être envisagées, tant il serait surprenant qu'elles demeurent encore longtemps en dehors de l'influence des débats d'intérêt général. Pour exemple, citons les articles 226-1 et 226-2 du Code pénal, incriminant les atteintes à l'intimité de la vie privée, ou encore les articles 226-13 du même code, et 11 du Code de procédure pénale, protégeant le secret professionnel et celui de l'enquête et de l'instruction.

La loi du 29 juillet 1881, ou loi sur la liberté de la presse, s'inscrit dans une série de réformes libérales<sup>7</sup>. Elle est la traduction de l'idéal révolutionnaire, exprimé à travers l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen<sup>8</sup>. D'emblée, par son intitulé, elle se veut garante d'une liberté jusqu'alors largement théorique ; car bien qu'affirmée dans son principe dès 1789, sa mise en œuvre concrète n'avait jamais été réalisée.

Ainsi proclame-t-elle, dès son article premier, que « l'imprimerie et la librairie sont libres ».

Après trois premiers chapitres consacrés à la police de la presse, respectivement à l'égard de l'imprimerie et de la librairie, puis de la presse périodique et enfin de l'affichage, du colportage et de la vente sur la voie publique, son chapitre IV révèle son aspect répressif.

<sup>5</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005

<sup>6</sup> Citons par exemple la loi du 2 juillet 1931

<sup>7</sup> Lois scolaires, du 16 juin 1881 et du 28 mars 1882, loi sur la liberté de réunion de 30 juin 1881, ou encore loi de création des syndicats professionnels, du 21 mars 1884.

<sup>8</sup> La libre communication des pensées et des opinions est 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

L'un des principaux apports de cette loi consiste en effet dans l'interdiction de toutes restrictions préventives à la liberté d'expression, qu'il s'agisse de la censure, de l'autorisation ou du cautionnement préalable à la publication. Elle met également fin aux délits d'opinion, tels les attaques contre la Constitution, le respect dû aux lois ou la liberté des cultes, ou encore l'outrage à la morale publique ou religieuse, lesquels donnaient trop facilement lieu à des procès de tendance<sup>9</sup>. Il apparaissait à l'époque que le régime républicain était suffisamment ancré dans la société contemporaine pour que ses institutions n'aient « à redouter ni la discussion ni l'attaque »<sup>10</sup>.

Néanmoins, elle consacre ce chapitre IV à l'énumération d'un certain nombre d'infractions de presse, plus exactement les « crimes et délits commis par voie de presse ou tout autre moyen de communication ».

La diffamation et l'injure, définies à l'article 29, font figure depuis l'origine d'infractions de référence, notamment parce qu'elles trouvent le plus fréquemment à s'appliquer. Elles sont cependant accompagnées des divers délits de provocation des articles 23 et 24, ou encore de celui de publication de fausses nouvelles, à l'article 27. Le chapitre a depuis été enrichi à plusieurs reprises, mais a également subi quelques abrogations, certaines très récentes<sup>11</sup>.

L'ensemble du régime procédural de ces infractions, défini cette fois au chapitre V, est orienté dans un sens très protecteur de la liberté d'expression. C'est tout d'abord le cas du délai de prescription, particulièrement bref. L'article 65 le fixe en effet ce délai à trois mois à compter du dernier acte d'enquête ou d'instruction, ou à défaut de la commission de l'infraction<sup>12</sup>, contre trois ans pour les délits de droit commun. Les poursuites sont également soumises aux règles particulièrement contraignantes des articles 50 et 53, notamment à travers le formalisme rigoureux de la citation. L'instauration de circonstances atténuantes, la disparition des circonstances aggravantes, ainsi que le non cumul des peines sont encore des signes de bienveillance à l'égard des auteurs d'infractions de presse. Seule la détermination des personnes responsables atténue quelque peu l'impression d'un régime

<sup>9</sup> P. AUVRET, *Histoire et objet du droit de la Communication* : Jurisclasseur, fasc.1100, n°12

<sup>10</sup> Rapport général accompagnant la loi de 1881 (cité par B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000, n°391, note 179). Il nous faut d'ailleurs souligner « la propension contemporaine à multiplier les délits d'opinion » (D. DE. BELLESCIZE, *délits d'opinion et liberté d'expression* : D. 2006, p.1476), souvent dans le souci de répondre aux demandes de l'opinion publique.

<sup>11</sup> On pense notamment au délit d'offense aux chefs d'Etats et agents diplomatiques étrangers, abrogé par la loi du 9 mars 2004, en réaction à une condamnation européenne, ou à celui d'offense au Président de la République, qui a subi le même sort et pour les mêmes raisons avec la loi du 5 août dernier. Le Président de la République figure cependant désormais au titre des personnalités protégées en raison des fonctions qu'elles occupent, cette qualité étant une circonstance aggravante de la diffamation ou de l'injure (article 31)

<sup>12</sup> La loi du 9 mars 2004 a cependant porté ce délai à un an s'agissant de la diffamation et l'injure à caractère racial, des provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence, ainsi que des contestations de crimes contre l'humanité.

privilegié, les articles 42 et 43 instituant un mécanisme de responsabilité « en cascade ». Sont ainsi responsables, en premier lieu, les directeurs de publication ou éditeurs ; à défaut, l'auteur de la publication ; à défaut d'auteur connu, les imprimeurs ; ou enfin, à défaut de toutes les personnes précédentes, les vendeurs, distributeurs ou afficheurs. Leur responsabilité repose sur la probabilité que chacune d'elle soit effectivement l'auteur de l'infraction, en l'absence de la précédente. Mais l'enjeu n'est pas tant de faciliter les poursuites que d'éviter un risque de dilution de la responsabilité, qui constituerait un écueil incontournable à la répression en vertu du principe de personnalité, inhérent à la matière pénale.

Néanmoins, ce régime ne peut pas faire oublier que les infractions du chapitre IV sont autant d'ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression. Se pose alors nécessairement la question de leur articulation avec un instrument apparu plus récemment dans notre ordre juridique : la Convention européenne des droits de l'homme, ratifiée par la France en 1974.

Aux termes de l'article 10 de la Convention, qui consacre le droit de toute personne à la liberté d'expression, les Etats ne peuvent en effet y poser de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, qu'elles visent à la satisfaction de l'un des « buts légitimes » listés au second paragraphe, et qu'elles sont enfin « nécessaires dans une société démocratique ». Ces conditions sont susceptibles d'être soumises à un contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme – l'organe juridictionnel institué par ladite convention – y compris sur la base du recours direct d'un ressortissant national, après épuisement de ses voies de recours en interne<sup>13</sup>.

Pendant longtemps, l'on a ainsi pu se réjouir devant le faible nombre de condamnations en provenance de Strasbourg, le Conseil constitutionnel voyant lui-même en cela « un témoignage du caractère protecteur de la jurisprudence des juridictions nationales en matière de liberté d'expression »<sup>14</sup>. Mais la situation s'est rapidement inversée à la fin du siècle dernier, avec depuis un grand nombre de condamnations motivées par l'absence de nécessité de l'ingérence, et en particulier par une atteinte parfois excessive au libre débat des questions d'intérêt général.

Il serait pourtant absurde d'en déduire que cette loi, si souvent portée aux nues, et source de fierté, serait devenue une loi liberticide. C'était en revanche probablement le signe qu'elle

<sup>13</sup> Condition prévue à l'article 35, §1 de la Convention EDH

<sup>14</sup> Rapport du Conseil constitutionnel, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel et libertés de la pensée, in Freedom of expression in the jurisprudence of constitutional courts*, X<sup>e</sup> Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Budapest, 1996. (Cité par B. BEIGNER, B. DE LAMY, E. DREYER, *traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n°168

n'était plus en phase avec certaines évolutions sociétales. Elle jouit en effet d'une longévité exceptionnelle, dans une époque pourtant marquée d'une tendance à l'instabilité et à l'inflation législative, même si elle a subi un certain nombre d'évolutions, en lien notamment avec les progrès technologiques et a parfois été complétée d'autres textes<sup>15</sup>.

On ne peut pas davantage considérer que le débat public soit muselé en France. Pour autant, la conception européenne des débats d'intérêt général implique qu'ils s'accompagnent d'une liberté d'expression la plus large possible. Dans ces conditions, il était inévitable qu'ils finissent par gagner le droit interne. Dès lors, toute la question est de savoir quelle peut y être leur place.

Jusqu'alors limités à la jurisprudence européenne, les débats d'intérêt général ont d'ores et déjà transformé le régime de la diffamation. Au point que l'on peut parler d'une référence omniprésente (première partie).

Cette omniprésence laisse présager qu'ils vont devenir de plus en plus prégnants, et l'on se demande parfois s'ils ne sont pas en train de révolutionner le droit de la presse. Pour le moment, le concept fait figure d'« objet juridique non-identifié », dont la portée n'est pas encore connue, et le contenu largement imprévisible. Il apparaît alors comme une référence non maîtrisée (seconde partie).

---

<sup>15</sup> Citons, à titre d'exemple, la loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle

# **PARTIE 1 :**

## **Une référence omniprésente**

La notion de débats d'intérêt général n'est pas simplement liée au droit prétorien par son origine : elle s'y inscrit naturellement. Elle permet en effet au juge de s'affranchir de la rigueur induite par le principe de légalité, pour rendre une décision en opportunité. Dès lors, il est logique que cette notion ait émergé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, Cour EDH), laquelle s'inspire essentiellement des systèmes juridiques de Common Law et est bien moins attachée à une stricte légalité que peut l'être notre droit interne (premier chapitre). Toutefois, elle a ensuite trouvé à s'adapter au droit interne de la diffamation, en trouvant un point d'ancrage dans les faits justificatifs spéciaux de cette infraction (second chapitre).

# **CHAPITRE 1 :**

## **Un instrument adapté au droit prétorien européen**

Les débats d'intérêt général ont permis à la juridiction européenne de renforcer son contrôle en matière de liberté d'expression en s'affranchissant en partie des limites posées par la Convention (première section), tout en s'insérant dans la méthode européenne visant à concilier, en pratique, des droits antinomiques de même valeur théorique (seconde section).

### **SECTION 1 : Un facteur de renforcement du contrôle européen**

La Cour EDH est parvenue peu à peu à imposer sa conception de ce que doit être la liberté d'expression et d'information dans une démocratie idéale, en étendant son contrôle des décisions nationales en la matière. C'est dans cette optique qu'a d'abord été exploitée la référence aux débats d'intérêt général, en ce qu'elle permet la réduction de la marge nationale d'appréciation (A), et justifie une protection accrue de la liberté d'expression (B).

#### **I. La réduction de la marge d'appréciation des Etats**

L'aménagement des droits et libertés établis par la Convention est régi par le principe de subsidiarité. Pour chaque article, la détermination de la marge de manœuvre dont disposent les Etats pour poser des restrictions aux libertés correspondantes est l'un des enjeux majeurs des recours devant la Cour EDH, puisqu'il conditionne l'ampleur du contrôle de cette dernière. S'agissant de la liberté d'expression, le principe de subsidiarité était déjà malmené (A), et le débat d'intérêt général a entériné son affaiblissement (B).

##### **A. Un principe de subsidiarité malmené**

Le rôle de la Cour EDH est de veiller au respect de la Convention par les Etats l'ayant ratifiée. C'est donc bien aux Etats eux-mêmes qu'il appartient en premier lieu de mettre en œuvre les droits et les libertés conventionnels. Néanmoins, l'article premier de la Convention précise qu'il s'agit là d'une « obligation » pour les « Hautes parties

contractantes », lesquelles s'engagent à en assurer la jouissance « à toute personne relevant de leur juridiction ».

Si la Convention institue un mécanisme de saisine directe de la Cour EDH, pour tout justiciable s'estimant victime d'une violation de l'un de ses droits garantis, il n'est ouvert qu'à la condition que cette violation résulte d'une décision définitive d'une juridiction nationale. Par conséquent, la juridiction strasbourgeoise n'a vocation à intervenir que subsidiairement, afin de s'assurer d'une application correcte de la Convention. La Cour n'a jamais clairement affirmé une quelconque prétention à remettre en question ce principe, rappelant au contraire que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »<sup>16</sup>, de sorte que « les Etats contractants demeurent libres de choisir les mesures qui leur paraissent appropriées »<sup>17</sup> à la protection des droits conventionnels. Elle assure en outre n'avoir « point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes »<sup>18</sup>, ou encore ne pas avoir vocation à « substituer son appréciation à celle des juridictions internes »<sup>19</sup>

La marge d'appréciation des Etats appartient en premier lieu au législateur, ce que l'article 10 rappelle d'ailleurs expressément en aménageant la possibilité de restrictions ou sanctions « prévues par la loi ».

Mais elle relève également du juge national. En effet, la Convention EDH est d'application directe, ce qui signifie que les justiciables peuvent s'en prévaloir devant les juridictions internes. Cet effet direct, combiné à l'article 55 de la Constitution<sup>20</sup>, permet en outre de contester devant ces mêmes juridictions la conformité d'une disposition législative à la Convention EDH, le juge ayant alors la possibilité d'en écarter l'application à l'instance en cours.

Cependant, la Cour EDH s'est fixée pour mission de « prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique" », dont elle identifie la liberté d'expression

<sup>16</sup> CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, série A n°24, §48

<sup>17</sup> CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, req. 6538/74, §61

<sup>18</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §48

<sup>19</sup> CEDH, *Mamère c/ France*, 7 nov. 2006, req.12697/03, §22

<sup>20</sup> Cet article dispose : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Précisons que cette réserve est sans effet s'agissant de la Convention EDH, comme de toute convention ayant pour objet la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, l'Etat français ne s'engageant pas simplement vis-à-vis des autres Etats signataires, mais souscrivant des obligations objectives. Il est alors tenu de les respecter, indépendamment de toute réciprocité d'application par les autres signataires. Le Conseil constitutionnel est de cet avis, comme l'exprime sa décision relative au statut de la Cour pénale internationale du 22 janvier 1999. (Cons. Const. 22 janvier 1999, N°98-408 DC)

comme l'un de ses « fondements essentiels »<sup>21</sup>. Il en résulte que, pour ces principes particulièrement fondamentaux, la marge nationale d'appréciation ne peut pas être illimitée, mais doit au contraire admettre un contrôle européen<sup>22</sup>. S'agissant de l'article 10, la conséquence sera notamment un examen plus minutieux des conditions de limitation de la liberté d'expression, telles qu'elles sont énoncées au second paragraphe, et en particulier de la condition de nécessité. Cette dernière devra alors être établie « de manière convaincante »<sup>23</sup>, au terme d'un « examen le plus scrupuleux »<sup>24</sup>.

D'une manière générale, la marge d'appréciation des Etats est très variable d'un article à l'autre de la Convention. Mais c'est aussi vrai concernant la seule liberté d'expression, puisque cette marge varie notamment en fonction du « but légitime » invoqué par l'Etat pour justifier une ingérence dans son exercice. La Cour EDH a ainsi très clairement affirmé, dans son désormais célèbre arrêt *Handyside*, que « le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 par. 2 »<sup>25</sup>.

Lorsqu'il est question de notions à caractère objectif et emportant une "grande concordance de vues" des droits internes et de la pratique des Etats membres<sup>26</sup>, la Cour estime que l'article 10 appelle « un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression »<sup>27</sup>, de sorte que la marge de manœuvre dont disposent les Etats est particulièrement restreinte<sup>28</sup>. En revanche, lorsque sont en cause des données plus subjectives et pour lesquelles est constatée une « divergence des opinions publiques »<sup>29</sup>, telles que la morale ou la religion, la marge d'appréciation des Etats peut être plus étendue.

C'est en tout cas ce qui semblait se dégager de la jurisprudence *Handyside*, dans laquelle il était question d'une mesure nationale destinée à protéger la morale publique. Plus exactement, une perquisition avait été menée par les autorités britanniques, qui avait conduit à la saisie d'ouvrages, par ailleurs déjà parus dans plusieurs pays européens, destinés à l'éducation sexuelle des écoliers de plus de douze ans. La légalité de la mesure n'était pas en cause, la saisie ayant été pratiquée conformément à une loi « sur les propos

<sup>21</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §49

<sup>22</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, §49

<sup>23</sup> CEDH, *Soulas c. France*, req. N°15948/03, 10 juillet 2008, §34

<sup>24</sup> CEDH, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, 26 nov. 1991, req.13585/88, §60

<sup>25</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, §59

<sup>26</sup> CEDH, *Worm c/ Autriche*, 29 août 1997, Recueil 1997-V, p. 1551, §49. En l'espèce, la notion d' "autorité et d'impartialité du pouvoir judiciaire ».

<sup>27</sup> *Mamère c/ France*, §20

<sup>28</sup> P. AUVRET, *Hiérarchie des normes en droit de la communication*, Jurisclasseur communication, fasc. 1210

<sup>29</sup> J.-F. Flauss, *La diffamation religieuse en droit international* : LPA 2002, n° 146, p. 5

obscènes » de 1959, et le Gouvernement britannique invoquait la protection de la « morale des jeunes », « finalité légitime selon l'article 10 par. 2 »<sup>30</sup>. Restait alors à la Cour à déterminer si la mesure était bien « nécessaire dans une société démocratique », ultime condition prévue par ce fameux article 10.

Or, après avoir constaté qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers Etats contractants une notion européenne uniforme de la "morale" », la Cour parvient à la conclusion que « les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre. »<sup>31</sup> En d'autres termes, s'agissant d'une notion aussi subjective et fluctuante que celle de la morale, la Cour a volontairement opté pour la neutralité, se contentant de vérifier que la mesure était relativement proportionnée.

En dehors de cet exemple déjà ancien, et dont il est permis de douter qu'il soit toujours d'actualité eu égard à la rapidité d'évolution de la jurisprudence européenne, force est de constater que la juridiction strasbourgeoise se comporte parfois, et peut être davantage encore dans ce domaine très sensible de la liberté d'expression, comme une juridiction suprême à l'échelle européenne. Ainsi par exemple, dans le domaine particulièrement subjectif qu'est celui de la religion, la Cour EDH n'aura pas hésité, dans son arrêt *Wingrove*<sup>32</sup> du 25 novembre 1996, à dénier aux autorités britanniques la marge d'appréciation qu'elles revendiquaient. Celles-ci faisaient valoir en effet que « les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à "la protection des droits d'autrui" s'agissant des attaques contre des convictions religieuses », de sorte qu'elles s'estimaient « mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux droits d'autrui. »<sup>33</sup> Après avoir pourtant admis cet état de fait, la juridiction strasbourgeoise souligne le risque qu'il soit porté une atteinte arbitraire ou excessive à la liberté d'expression, pour justifier un examen approfondi, au vue de l'ensemble des circonstances de la cause, de la nécessité de l'ingérence.

En définitive, même lorsqu'il est finalement question d'accorder un « brevet de conventionnalité » à l'ingérence en question, et de conclure au non dépassement de sa marge d'appréciation par l'Etat, cette marge d'appréciation est en grande partie fictive. Elle s'analyse en réalité comme une convergence des appréciations nationales et européennes, et en aucun cas comme un effacement de la Cour EDH face à une « appréciation souveraine »

<sup>30</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §52

<sup>31</sup> *Ibid*, §48

<sup>32</sup> CEDH, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, 25 nov. 1996, req. 17419/90

<sup>33</sup> *Ibid*, §58

qu'elle entendrait respecter.

A ce titre, le débat d'intérêt général peut apparaître comme un facteur de rationalisation, en ce que la Cour assume cette fois de manière explicite la restriction de la marge d'appréciation étatique. Lorsqu'une limite est posée à la liberté d'expression dans le cadre d'un débat de cette nature, les Etats doivent dès lors s'attendre à un examen approfondi de la conventionnalité de leur ingérence.

## **B. L'amenuisement du principe de subsidiarité par le débat d'intérêt général**

Déjà fragilisé, le principe de subsidiarité est pratiquement écarté lorsqu'il est question d'un débat d'intérêt général. Dans une telle hypothèse en effet, comme en matière de discussion ou de discours politiques ou militants, les autorités nationales ne disposent que d'une marge d'appréciation « particulièrement restreinte »<sup>34</sup>, alors que le contrôle exercé par la juridiction européenne sera lui « intégral »<sup>35</sup>. Plus explicitement encore, la Cour a affirmé que « l'article 10 §2 ne laisse guère de place à des restrictions à la liberté d'expression dans les domaines du discours politique ou des questions d'intérêt général »<sup>36</sup>, rendant presque illusoire tout pouvoir d'appréciation étatique.

C'est ainsi par exemple que, dans l'arrêt *Lehideux et Isorni* du 23 septembre 1998, le Gouvernement français avait tenté de défendre devant la Cour, la décision des juridictions nationales de condamner les requérants pour apologie de crimes ou de délits, en raison de la parution d'un ouvrage défendant la mémoire du Maréchal Pétain et justifiant la collaboration avec les nazis par le Gouvernement de Vichy. Pour cela, il faisait valoir que les autorités nationales étaient les mieux à même de définir les contours des restrictions nécessaires à la liberté d'expression en ce qui concerne le débat relatif à « l'histoire d'un Etat », faute de « définition objective à l'échelle européenne »<sup>37</sup>.

Cet argument est écarté par la Cour, car si les Etats jouissent effectivement d'« une certaine marge d'appréciation » dans la mise en œuvre de l'article 10, c'est à elle qu'il appartient de « statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une "restriction" se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10 »<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> *Mamère c/ France*, précité, §20 ; voir aussi : *Brunet Lecomte Lyon Mag. C/ France*, 20 nov. 2008, req. 13327/04, §48 ; D. Actu., 12 mai 2010, S. LAVRIC

<sup>35</sup> CEDH, *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, req. 11798/85, §42-43

<sup>36</sup> CEDH, *Surek c/ Turquie (1)*, 8 juil. 1999, 26682/95, §61 ; AJDA 2000, p.526, J.-F. FLAUSSE

<sup>37</sup> CEDH, *Lehideux et Isorni c/ France*, 23 sept. 1998, 24662/94, §43 ; D.1999, p.223, P. ROLLAND ; RSC 1999, p.151, F. MASSIAS ; JCP G 1999, 10119, MOUTHOUH

<sup>38</sup> *Ibid*, §51

Il en ressort que dans le domaine du débat historique – comme pour tout débat d'intérêt général – la marge nationale d'appréciation est réduite à sa plus simple expression, afin de prévenir toute interférence dans ces débats d'importance primordiale.

Lorsqu'un Etat fait le choix de restreindre la liberté d'expression, il n'est plus simplement question pour la Cour de vérifier la correcte mise en œuvre du second paragraphe de l'article 10 par les juridictions nationales, mais bien de procéder à un nouvel examen au fond des circonstances de l'espèce, offrant en quelque sorte aux justiciables une voie de recours supplémentaire. C'est précisément le regret de nombreux observateurs, mais également de certains juges européens eux-mêmes.

L'on peut citer à titre d'exemple, parmi de nombreux autres, l'opinion dissidente du juge Lopez Guerra, formulée à la suite de l'arrêt *Axel Springer*<sup>39</sup>, par laquelle il rappelle que « la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales compétentes pour juger le fond de l'affaire, mais il lui incombe de contrôler les décisions rendues par ces juridictions dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation ». A l'inverse, en se livrant, comme ce fut encore le cas dans cet arrêt, à un nouvel examen des faits et des circonstances de l'affaire, il estime que cela « revient pour la Cour à s'ériger en quatrième instance ».

L'interrogation est légitime : la Cour n'excède-t-elle pas ses pouvoirs, pourtant souverainement concédés par les Etats signataires, pour s'ériger en quelque sorte en ultime degré de juridiction ?

Une autre explication peut être avancée. Comme le rappelait effectivement Jean-Paul Costa, alors président de la Cour EDH, lors d'une conférence organisée par le Conseil d'Etat en avril 2010<sup>40</sup>, « notre Cour n'est pas une quatrième instance : elle ne peut apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre, ni en principe établir ou évaluer les preuves, ni même interpréter elle-même le droit interne ». Cependant, le principe de subsidiarité, aussi fondamental soit-il, doit s'articuler avec le principe non moins essentiel de l'effectivité des droits, aux termes duquel « le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »<sup>41</sup>. Par conséquent, et pour ne pas prendre le risque d'un « déni de justice », la Cour « peut être conduite à apporter un

<sup>39</sup> CEDH, 7 février 2012, *Axel Springer AG c/ Allemagne*, req. 40660/08

<sup>40</sup> J.-P. COSTA, *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* : D. 2010 p.1364

<sup>41</sup> CEDH, *Artico c/ Italie*, 13 mai 1980, Req. 6694/74, §33

correctif à l'interprétation de la Convention par les autorités nationales »<sup>42</sup>.

En d'autres termes, en réexaminant au fond les affaires qui lui sont soumises, comme elle le fait très souvent en matière de liberté d'expression, la juridiction européenne ne ferait que corriger les erreurs d'interprétation de la Convention, dans le strict respect de la mission qui lui est dévolue.

C'est en effet en ce sens que peuvent s'interpréter les arrêts *Axel Springer* et *Von Hannover*(2) rendus le 7 février 2012<sup>43</sup>, s'agissant de la conception européenne de la marge d'appréciation des Etats. Encouragée en cela par les autorités allemandes, la Cour EDH semble consacrer en effet l'existence d'un « corridor » de solutions<sup>44</sup>, permettant aux juridictions nationales d'opérer un arbitrage entre les droits en conflits par la mise en œuvre d'une série de critères prédéfinis par Strasbourg<sup>45</sup>. De sorte que, « si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes »<sup>46</sup>.

La mise en œuvre effective de cette théorie du corridor de solutions pourrait s'analyser comme une restauration du pouvoir d'appréciation des Etats en la matière, sous réserve que ces derniers s'approprient les critères européens de résolution de conflits de droits fondamentaux, et en particulier celui du débat d'intérêt général.

Reste que les arrêts en question, et ceux qui les ont suivis, en sont restés pour l'essentiel à l'énoncé du principe, la Cour ne se limitant pas à constater « une appréciation nationale parfaitement contenue dans les limites du corridor des solutions »<sup>47</sup>, mais se laissant aller une nouvelle fois à une « valorisation spectaculaire »<sup>48</sup> de la liberté d'expression.

---

<sup>42</sup> J.-P. COSTA : *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, précité

<sup>43</sup> CEDH, 7 fév. 2012, *Von Hannover (2) c/ Allemagne*, req. 40660/08, et *Axel Springer c/ Allemagne*, req. 39954/08

<sup>44</sup> Voir sur cette question : *la résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation*, J.-P. MARGUENAUD : RTD civ. 2012 p.279

<sup>45</sup> Voir *infra*, p.14

<sup>46</sup> *Axel springer c/ Allemagne*, §88, et *Von Hannover (2) c/ Allemagne*, §117

<sup>47</sup> J.-P. MARGUENAUD, *La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation* : RTD civ. 2012 p.279

<sup>48</sup> L'expression est de M. LEVINET, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* ; PUF, 2011, p.584

## **II. L'accroissement de la protection de la liberté d'expression**

La Cour EDH a toujours accordé une importance particulière à la liberté d'expression, en tant qu'elle constitue l'un des « fondements essentiels »<sup>49</sup> d'une société démocratique. Mais par la référence au débat d'intérêt général, elle est parvenue à « délimiter un domaine particulier, dans lequel la protection de la liberté d'expression se trouve considérablement renforcée »<sup>50</sup>. La Cour retient pour cela une conception extensive de la liberté d'expression (A), et fait preuve d'une vigilance particulière dans la préservation de l'une de ses composantes : le droit à l'information (B).

### **A. Une conception extensive de la liberté d'expression**

La liberté d'expression, au sens européen du terme, doit être ainsi entendue comme une notion plurielle, pour désigner « le droit garanti à chacun de manifester (ou non) ses pensées, ses opinions, ses croyances, autrement dit, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit que ce soit par la parole, par l'écriture ou l'image, par le geste ou une attitude, ou par tous les moyens modernes de reproduction et de diffusion de la pensée et de la parole, ainsi que le droit de communiquer à autrui des idées ou des informations, ce qui suppose également le droit d'en recevoir »<sup>51</sup>.

La liberté d'information est l'un des aspects de la liberté d'expression, protégé au titre de l'article 10 de la Convention. Ce dernier y fait d'ailleurs directement référence, par l'affirmation du droit pour toute personne de « communiquer des informations ou des idées ».

Or, c'est précisément cet aspect qui justifie la protection particulière dont bénéficie la presse dans la jurisprudence européenne, celle-ci lui reconnaissant un rôle « éminent dans un Etat de droit »<sup>52</sup>, de « chien de garde de la démocratie »<sup>53</sup>. En effet, il s'agit là de la mission sociale des médias, et de l'une des conditions primordiales du progrès et de l'épanouissement de la démocratie<sup>54</sup>, que de communiquer les informations ou idées « sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public »<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §49

<sup>50</sup> J.-Y. MONFORT, *l'apparition en jurisprudence du critère du « débat d'intérêt général » dans le droit de la diffamation*, Légipresse n°290, 2012, p.21

<sup>51</sup> B. BEIGNER, B. DE LAMY, E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n°97

<sup>52</sup> CEDH, *Prager et Obershlick c/ Autriche*, 26 avril 1995, série A n°313, §34

<sup>53</sup> CEDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 27 mars 1996, Req. N°17488/90, §39 : D.1997, p.211, N. FRICERO ; RTD civ. 1996, p.1026, J.-P. MARGUENAUD ; LPA, 30 juill. 1997, p.23, P. AUVRET

<sup>54</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §49

<sup>55</sup> CEDH, *Lingens c/ Autriche*, 8 juillet 1986, req.9815/82, §41

Précisons toutefois que le droit d'informer n'est pas l'apanage des journalistes, mais bénéficie au contraire à toute personne participant à la progression d'un débat sur une question d'intérêt général. Ainsi par exemple, des militants écologistes, qui se voient eux aussi attribuer le qualificatif de « chiens de garde » de la démocratie<sup>56</sup>, ou encore les membres du personnel politique<sup>57</sup>, les avocats<sup>58</sup>, ou plus généralement tout citoyen<sup>59</sup>.

En outre, la liberté d'information, notamment des journalistes, se double nécessairement d'un droit à l'information du public, dès lors qu' « à leur fonction consistant à [...] communiquer [des informations ou des idées sur des questions d'intérêt général] s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir »<sup>60</sup>. Le droit à l'information est en quelque sorte la dimension passive de la liberté d'expression, qui ne s'entend pas pour autant d'un droit subjectif dont pourraient se prévaloir les citoyens<sup>61</sup>.

Cette composante particulière de la liberté d'expression est à l'origine du « libéralisme » de la Cour de Strasbourg en la matière, ayant accompagné l'apparition et le développement du critère du débat d'intérêt général.

## **B. Une protection rigoureuse de la liberté d'information**

Par le débat d'intérêt général, la Cour EDH érige « les remparts d'un sanctuaire quasi-inviolable de la liberté d'expression »<sup>62</sup>, et plus spécifiquement de la liberté d'information.

Celle-ci, qu'elle soit envisagée dans sa dimension active ou passive, est en effet déterminée par l'identification d'un débat d'intérêt général, voire d'un débat ou d'une polémique politique. Il s'agit en effet d'assurer la libre circulation des informations que les citoyens ont un intérêt à recevoir<sup>63</sup>.

Dans ces domaines, dont nous verrons que le contenu peut être très varié, la Cour EDH rappelle fréquemment que « l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général », dans lesquels cette liberté « revêt la plus haute

<sup>56</sup> CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c/ Lettonie*, 27 mai 2004

<sup>57</sup> *Mamère c/ France*, précité

<sup>58</sup> CEDH, *Nikula c/ Finlande*, 21 juin 2002, req. 31611/96

<sup>59</sup> *Vides Aizsardzibas Klubs c/ Lettonie*, précité, § 46 : « sous réserve de bonne foi, chacun doit pouvoir attirer l'attention publique sur des situations qu'il estime irrégulières au regard de la loi »

<sup>60</sup> *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, précité, §65 (Formule que l'on retrouve dans l'arrêt *Jersild c/ Danemark* du 23 septembre 1994, le premier à faire référence à la notion de « questions d'intérêt public », §31)

<sup>61</sup> Voir sur cette question : E. TERRE, *L'information ? Des libertés aux droits subjectifs*, L'Égipresse, mars 1995, n° 119. II.19

<sup>62</sup> S.MANSON, *La liberté d'expression des élus locaux devant la Cour européenne des droits de l'homme* ; : RFDA 2012, p.941

<sup>63</sup> CEDH, *Brunet Lecomte et Lyon Mag c/ France*, 6 mai 2010, req. 17265

importance »<sup>64</sup>. Les seules restrictions possibles sont alors subordonnées à la démonstration de « raisons impérieuses »<sup>65</sup>.

Certains ont vu dans ces différentes affirmations, et dans l'hostilité de la juridiction strasbourgeoise à admettre des restrictions à la libre discussion des questions d'intérêt politique ou social, l'octroi d'un caractère presque illimité au droit à l'information<sup>66</sup>, ou encore la consécration de la primauté de ce dernier sur les autres droits et libertés garantis par la Convention<sup>67</sup>.

Une inquiétude nourrie par d'autres formules de la Cour, telle l'affirmation qu'il ne s'agirait pas, pour les autorités nationales, d'« un choix entre deux principes antinomiques, mais [d'] un principe - la liberté d'expression - assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite »<sup>68</sup>.

Admettre cet état de fait aurait signifié de devoir classer la liberté d'expression parmi les droits intangibles<sup>69</sup>, ou de lui reconnaître une supériorité formelle par rapport aux autres droits fondamentaux. C'est pourtant cette voie que la Cour EDH a semblé un temps emprunter, en faisant prévaloir presque systématiquement la liberté d'expression en cas de conflit de droits, pourtant théoriquement équivalents. Cette position était très critiquée, car derrière un droit de « tout savoir », c'est nécessairement un droit de « tout dire » ou de « tout publier » qui se cache, remettant en cause l'affirmation de l'article IV de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

Pourtant, si la liberté d'expression est un droit particulièrement essentiel, elle n'en demeure pas moins située « au même niveau »<sup>70</sup> que les autres droits fondamentaux. Elle n'est pas davantage dépourvue de limites, le second paragraphe de l'article 10 aménageant la possibilité de restrictions ou sanctions, dans le respect des conditions qu'il établit<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> CEDH, *Surek c/ Turquie (1)*, CEDH 1999-IV, §61 ; Pour un rappel récent : CEDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France*, 22 oct. 2007, req.21279/02, § 46

<sup>65</sup> CEDH, *Brasilier c. France*, 11 avril 2006, req.71343/01, §41

<sup>66</sup> Voir E. DERIEUX et A. GRANCHET, *Droit des médias*, LGDJ 2008, page 12 : « La Cour Européenne des Droits de l'Homme, sous l'influence anglo-saxonne, paraît largement faire prévaloir la liberté d'expression sur les autres droits et libertés. »

<sup>67</sup> Voir B. GENEVOIS, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Thémis, 2è éd. 2006, p.283 et s., qui établit une distinction entre « libertés de premier rang » et « liberté de second rang ».

<sup>68</sup> *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, §65

<sup>69</sup> Droits ne pouvant faire l'objet d'aucune mesure dérogatoire, tels le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture, à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou encore le droit de ne pas être réduit en servitude ou en esclavage.

<sup>70</sup> Ce sont là les termes du Conseil constitutionnel, dans son rapport *Normes de valeurs constitutionnelles et degré de protection des droits fondamentaux*, VIIIème Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Ankara 7-10 mai 1990, RFD adm. 1990, p.327

<sup>71</sup> Pour rappel, de telles restrictions doivent être « prévues par la loi », « nécessaires dans une société démocratique » et motivées par la préservation de certains « buts légitimes » dont le paragraphe dresse la liste.

Et pour cause, la dimension « intellectuelle » de cette liberté ne signifie pas que ses éventuels abus soient privés de tout pouvoir de nuisance ; la révélation publique de certains faits peut par exemple s'avérer extraordinairement destructrice pour une réputation, ou bien encore mettre en danger la sécurité d'une nation.

La Cour EDH, consciente de ces risques, a depuis opéré un rééquilibrage entre les droits et libertés en conflit, passant « d'une logique d'extension à une logique de contraction de la liberté d'expression »<sup>72</sup>. Il s'avère que le débat d'intérêt général a constitué pour cela un outil efficace.

## **SECTION 2 : Un facteur d'équilibre entre les droits et libertés en conflit**

Si la liberté d'expression « fait figure de droit démocratique par excellence »<sup>73</sup>, elle n'en demeure pas moins une liberté relative. Il en résulte qu'elle peut se retrouver en conflit avec d'autres droits et libertés, avec lesquels elle doit alors être conciliée.

Au regard de la jurisprudence de la Cour EDH, le débat d'intérêt général apparaît comme le critère déterminant dans la résolution des conflits de droits impliquant la liberté d'expression (I), tout en constituant un critère d'appréciation des devoirs et responsabilités inhérents à celle-ci (II).

### **I. Le critère déterminant de la résolution des conflits de droits fondamentaux**

Ne reconnaissant aux Etats qu'une marge d'appréciation restreinte, le juge européen doit contrôler la conformité à la Convention des mesures nationales limitant la liberté d'expression « à la lumière de l'ensemble de l'affaire »<sup>74</sup>.

Il convient tout d'abord de préciser que l'examen de la conformité d'une ingérence se résume presque toujours au contrôle de sa nécessité. Les deux autres conditions prévues

---

<sup>72</sup> L. FRANCOIS, *Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui* : D. 2006. 2953

<sup>73</sup> F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1989, p.33

<sup>74</sup> *Lingens c/ Autriche*, précité, §40

par l'article 10 ne soulèvent en général aucune difficulté.

S'agissant du droit français en particulier, la condition de légalité s'impose à l'évidence, toute restriction à une liberté individuelle relevant, en vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958<sup>75</sup>, de la compétence législative. Une restriction à la liberté d'expression ne pourrait donc, en principe, valablement émaner des autorités administratives, sauf pour ces dernières à intervenir dans un cadre prédéfini par la loi<sup>76</sup>.

Cependant, une restriction d'origine réglementaire ne serait pas de ce seul fait condamnée par la Cour EDH, celle-ci retenant une conception matérielle et non formelle de la notion de « loi »<sup>77</sup>. Encore faut-il que la disposition en question soit d'une « qualité » suffisante, pour être jugée « accessible » et « prévisible », et donc pour permettre à un citoyen de « pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné »<sup>78</sup>. Notons toutefois que la Cour fait preuve d'une assez grande tolérance dans l'appréciation de cette condition, se montrant en outre particulièrement exigeante à l'égard des professionnels de l'information dans l'anticipation des conséquences juridiques de leur propos<sup>79</sup>.

De la même façon, la deuxième condition de conformité à un « but légitime » n'aboutit que rarement au constat d'une violation de l'article 10 par les Etats concernés. La liste de ces « buts », dressée au second paragraphe de cet article, se veut en effet suffisamment large, d'autant que la juridiction strasbourgeoise n'hésite pas, au besoin, à retenir pour certains d'entre eux une conception extensive<sup>80</sup>.

Reste la condition de nécessité de l'ingérence, qui concentre l'essentiel de l'attention de la Cour. C'est aussi à ce stade qu'est prise en compte la contribution éventuelle des propos

---

<sup>75</sup> Plus précisément, aux termes de cet article, il appartient au législateur de fixer « les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Le Conseil constitutionnel a expressément confirmé la compétence parlementaire pour édicter « les règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer » (*Cons. const., déc. n° 84-181 DC, 10-11 oct. 1984, § 36*)

<sup>76</sup> Il peut s'agir par exemple d'une interdiction préventive de publication. L'actualité nous en a donné une illustration en 2013, avec les interdictions préfectorales de spectacles d'un « humoriste » controversé, car susceptibles de donner lieu à des propos antisémites.

<sup>77</sup> Voir par exemple, s'agissant de la prise en compte de la jurisprudence dans le respect de la condition de légalité. : *CEDH, 15 novembre 1996, Cantoni c/ France, §29*

<sup>78</sup> *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, précité, § 49

<sup>79</sup> Voir par exemple : *CEDH, 23 juillet 2009, Hachette Filipacchi ("Ici Paris") c/ France*, req. 12268/03, (AJDA 2009, p.1936, J.-F. FLAUSS ; RTD civ. 2010, p.79, J. HAUSER) § 35 : « Il existait donc des précédents jurisprudentiels pertinents que la requérante, professionnelle avisée de l'édition de la presse, ne pouvait ignorer »

<sup>80</sup> Par exemple : l'intérêt à protéger la réputation et les droits d'autrui peut inclure la protection des intérêts du public et le respect des membres de l'ordre des avocats quand il s'agit d'interdire la publicité professionnelle (*CEDH, 24 févr. 1994, Casado Coca c/ Espagne : A-285/A, § 46*). (cité par L. PECH, *Juriste* Communication, fasc.1250 : *Liberté d'expression : aperçus de droit comparé*)

litigieux à un débat d'intérêt général. Le contrôle de nécessité passe en effet par la mise en œuvre de la technique dite de « mise en balance » des intérêts, dans laquelle le débat d'intérêt général joue un rôle fondamental (A) dans les domaines les plus variés (B).

### **A. Un rôle essentiel dans la « balance des intérêts »**

Il est question, lors de cette ultime étape, de « mettre en balance » les normes en conflit, afin de déterminer si la restriction posée par un Etat à l'exercice de la liberté d'expression, qu'il s'agisse d'une interdiction préventive<sup>81</sup> ou d'une condamnation pénale, était véritablement « nécessaire dans une société démocratique ». Dès l'arrêt *Handyside*, la juridiction strasbourgeoise a précisé que cette nécessité s'entend d'un « besoin social impérieux. »<sup>82</sup>

C'est plus exactement une exigence de proportionnalité entre la mesure et le but légitime poursuivi qui est posée, dès lors que les limites à la liberté d'expression « appellent [...] une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante. »<sup>83</sup>

L'examen de la proportionnalité d'une l'ingérence se fait selon une analyse *in concreto*, c'est-à-dire « eu égard aux circonstances particulières de l'affaire »<sup>84</sup>. Il en résulte très souvent une grande subjectivité et un manque de prévisibilité des solutions, certains n'hésitant pas à parler d' « arbitraire »<sup>85</sup> ou regrettant tout au moins une « casuistique frénétique »<sup>86</sup>.

Or, c'est sur ce point que se rencontre une contradiction avec la pratique judiciaire française, sans doute à l'origine des nombreuses condamnations subies par la France en matière de liberté d'expression. Pendant de nombreuses années en effet, les juridictions françaises se sont livrées à un contrôle à minima de la condition de nécessité, la déduisant du seul constat de la nature législative de la norme litigieuse et de son objectif de protection de l'un des intérêts « légitimes » mentionnés à l'article 10.

Si certains auteurs ont vu dans cette attitude « un réflexe de défense « nationaliste » de nos

<sup>81</sup> La Cour EDH n'est pas opposée « par principe » aux interdictions préventives de publication, dès lors qu'elles respectent les trois conditions de validité de l'article 10 de la Convention. Voir, pour un exemple de restriction préventive conforme à l'article 10 : CEDH, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, précité.

<sup>82</sup> CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §48

<sup>83</sup> CEDH, *Soulas c. France*, req. 15948/03, 10 juillet 2008, §34

<sup>84</sup> CEDH, Gde ch., 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse*, n° 11034/84 ; § 45 et 52

<sup>85</sup> P. CONTE, JCP G 2001. II. 10615, ss Crim., 5 déc. 2000, Bull. crim. n° 362

<sup>86</sup> P. CONTE, RPDP 2011, p.160, com. arrêt Cass. crim., 26 mai 2010

lois »<sup>87</sup>, il est aussi possible de l'analyser comme une application presque mécanique d'une tradition juridique française, consistant à considérer que les arbitrages entre les normes en conflit, lorsque celles-ci sont d'égale valeur, doivent être opérés par le législateur, sur la base d'une appréciation *in abstracto*.

Selon un raisonnement empreint de légalité, il s'agit par exemple de considérer que « dans un système juridique comme le nôtre, dès lors que la loi fixe les conditions dans lesquelles des faits précis sont diffamatoires, il faut en conclure que, par hypothèse, toute condamnation est forcément nécessaire »<sup>88</sup>.

Si l'équilibre ainsi opéré par le législateur n'est pas conforme à une norme supra-législative, le Conseil constitutionnel est en mesure d'abroger les dispositions litigieuses, par exemple sur le fondement du principe de nécessité, ou le juge d'en écarter l'application à une instance en cours, sur le constat d'une violation d'une norme internationale d'application directe, telle la Convention EDH.

Le mode opératoire de la Cour EDH est tout autre, celle-ci considérant au contraire qu'une norme peut tout à fait être en elle-même conforme à la Convention, sans pour autant que son application dans un cas d'espèce ne soit nécessaire. La France a fait les frais de cette divergence de traditions juridiques, subissant à de nombreuses reprises, au cours des vingt dernières années, les foudres de la jurisprudence européenne.

En matière de proportionnalité, le débat d'intérêt général revêt en effet une importance considérable, au point qu'il semble parfois en mesure de faire pencher à lui seul la « balance » du côté de la liberté d'expression<sup>89</sup>.

Ainsi par exemple, dans l'arrêt *Patuarel c/ France* du 22 décembre 2005<sup>90</sup>, la Cour « note d'emblée que le débat touchant aux organisations qualifiées de « sectes » est d'intérêt général »<sup>91</sup>, pour en déduire la nécessité d'opérer « une interprétation étroite »<sup>92</sup> des limites à la liberté d'expression et, partant, conclure à l'absence de « motifs pertinents et suffisants pour entrer en voie de condamnation du requérant »<sup>93</sup>.

Précisons également que, si dans cet arrêt la Cour EDH a pris soin de rappeler que « la

<sup>87</sup> B. BEIGNER, B. DE LAMY, E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, N°167

<sup>88</sup> P. CONTE, RDP 2008, p.869, ss Crim., 11 mars 2008

<sup>89</sup> La Cour est, de son propre aveu, incitée à faire « pencher la balance des intérêts en présence en faveur de celui de la défense de la liberté de la presse dans une société démocratique » (CEDH, *Roemen et Schmit c/ Luxembourg*, 25 fév. 2003, req.51772/99, §58).

<sup>90</sup> CEDH, *Patuarel c/ France*, 22 déc. 2005, req.54968/00 : AJ Pénal 2006, p.169, S. PLANA

<sup>91</sup> *Ibid* §32

<sup>92</sup> *Ibid* §42

<sup>93</sup> *Ibid* §45

nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence »<sup>94</sup>, ce critère a une incidence très variable dans la mise en balance. A titre d'exemple, le « montant relativement faible » d'une amende conduira parfois à un constat de non-violation de l'article 10<sup>95</sup>, et d'autres fois à la condamnation d'une « ingérence disproportionnée »<sup>96</sup>. Mais une condamnation à un « euro symbolique » peut même être jugée disproportionnée<sup>97</sup> !

A contrario, les peines privatives de liberté sont en toute hypothèse contraires à l'article 10<sup>98</sup>.

Plus explicitement encore, dans l'arrêt *Mamère c/ France* du 7 novembre 2006<sup>99</sup>, la Cour constate qu'« eu égard à ce qui précède, et tout particulièrement à l'extrême importance du débat d'intérêt général dans lequel les propos litigieux s'inscrivaient, la condamnation du requérant pour diffamation ne saurait passer pour proportionnée, et donc pour nécessaire "dans une société démocratique" au sens de l'article 10 de la Convention. »<sup>100</sup>

Le célèbre militant écologiste Noël MAMERE avait été condamné définitivement en France du chef de diffamation publique envers un fonctionnaire pour avoir, à l'occasion d'une émission télévisée de divertissement, accusé un ancien responsable de la sûreté nucléaire d'avoir menti aux Français quant aux dangers réels du nuage radioactif formé lors de la catastrophe de Tchernobyl.

La Cour EDH reproche essentiellement à la France, après avoir souligné à six reprises le contexte « d'intérêt général » des propos, de ne pas lui avoir permis de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant « la véracité de ceux-ci »<sup>101</sup>

La référence au débat d'intérêt général se retrouve dans la quasi-totalité des arrêts de la Cour EDH concernant la liberté d'expression. Aussi, quel que soit le « but légitime » avec lequel cette dernière est mise en balance, le contexte d'intérêt général dispose d'un poids décisif.

---

<sup>94</sup> *Ibid* §47

<sup>95</sup> Voir par exemple : CEDH, 4 nov. 2008, *Mihaiu c/ Roumanie* : en l'espèce, il s'agissait d'une amende de 300€ à laquelle s'ajoutaient 1300€ de dommages et intérêts.

<sup>96</sup> CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis c/ France*, pour une amende « relativement modérée » et des dommages et intérêts.

<sup>97</sup> CEDH, *Brasiliér c/ France*, précité

<sup>98</sup> CEDH, 6 déc. 2007, *Katrami c/ Grèce*

<sup>99</sup> CEDH, *Mamère c/ France*, 7 nov. 2006, req. 12697/03 : D.2007, p.1704, J.-P. MARGUENAUD ; RSC 2008, p.140, D. ROETS

<sup>100</sup> *Ibid* §30

<sup>101</sup> *Ibid*, §23

## **B. Un domaine d'action étendu**

Outre la réputation, préservée notamment au titre de l'infraction de diffamation, une multitude de droits et intérêts sont susceptibles de constituer un motif légitime de restriction au sens de l'article 10. En matière pénale, toute infraction de presse, en ce qu'elle constitue une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, doit en principe être soumise au contrôle de proportionnalité.

Il en va ainsi tout d'abord des dispositions nationales interdisant la publication d'informations confidentielles, ou couvertes par le secret. En la matière, la Cour met en œuvre « une conception assouplie du secret attaché traditionnellement aux procédures judiciaires, enquêtes policières et instructions préparatoires, voire un véritable droit du public à l'information »<sup>102</sup>. La France l'a appris à ses dépens, subissant une série de condamnations.

Ce fut par exemple le cas dans l'arrêt *Fressoz et Roire* du 21 janvier 1999<sup>103</sup>, relatif à la publication dans le *Canard enchaîné* de reproductions d'avis d'imposition d'un haut dirigeant d'entreprise, qui avaient donné lieu à une condamnation du directeur de publication du journal et du journaliste pour recel de violation du secret fiscal et complicité.

Or, si la Cour remet en cause l'interprétation des juridictions nationales<sup>104</sup>, pour juger qu'il n'y avait pas eu, en l'espèce, atteinte au secret fiscal, les informations divulguées ayant été au préalable « rendues accessibles à un grand nombre de personnes » et « n'étaient plus secrètes »<sup>105</sup>, c'est après avoir surtout souligné que « l'écrit litigieux apportait une contribution à un débat public relatif à une question d'intérêt général »<sup>106</sup>, en l'occurrence l'augmentation de salaire du dirigeant d'une entreprise dont les revendications de même nature des salariés étaient systématiquement rejetées.

L'approche est identique s'agissant des informations intéressant une procédure judiciaire en cours<sup>107</sup>, ou encore portant atteinte au secret médical<sup>108</sup>, qu'elles soient d'ailleurs sanctionnées directement, ou par le biais de l'infraction de recel<sup>109</sup>. La révélation de ces informations ne peut donner lieu à une sanction systématique de la part des autorités

<sup>102</sup> B. BEIGNER, B. DE LAMY, E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n°182

<sup>103</sup> CEDH, *Fressoz et Roire c/ France*, 21 janvier 1999, req. 29183/95 : RSC 1999, p.631, F. MASSIAS ; D.1999, p.272, N. FRICERO ; RTD civ. 1999, p.359, J. HAUSER

<sup>104</sup> Interprétation qui reposait essentiellement sur une distinction subtile entre l'information contenue dans le document et le support lui-même, seul susceptible de faire l'objet d'un recel.

<sup>105</sup> *Ibid*, §53

<sup>106</sup> *Ibid*, §50

<sup>107</sup> CEDH, *Mor c/ France*, 15 déc. 2011, req. 28198/09 : D.2012, p.667, S. LAVRIC ; RSC 2012, p.260, J.-P. MARGUENAUD ; D.2012, p.667, L. FRANCOIS

<sup>108</sup> CEDH, *Plon c/ France*, 18 mai 2004, req. 58148/00 : D. 2004, p.1838, A. GUEDJ

<sup>109</sup> CEDH, *Dupuis et a. c/ France*, 7 juin 2007, req. 1914/02 : JCP G 2007, II, 10127, E. DERIEUX ; RSC 2007, p.563, J. FRANCILLON

nationales, mais doivent au contraire être justifiées lorsqu'elles répondent au « droit du public de recevoir des informations »<sup>110</sup>.

Seules les informations « qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable »<sup>111</sup>, droit protégé par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention, semblent bénéficier d'un degré de protection plus important, l'atteinte étant toutefois appréciée *in concreto*, et de manière restrictive, par la Cour<sup>112</sup>.

Enfin, en matière d'atteintes à la vie privée ou au droit sur l'image, la contribution éventuelle de la publication à un débat d'intérêt général figure là encore en bonne place dans l'examen de la nécessité d'une ingérence. Au terme d'une tentative de « rationalisation du principe de proportionnalité »<sup>113</sup>, la Cour EDH a en effet rompu avec sa démarche antérieure, parfaitement illisible<sup>114</sup>, de résolution des conflits entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée, pour établir, dans un effort notable de pédagogie, une sorte de « mode d'emploi » à destination des juges nationaux<sup>115</sup>. Six critères d'appréciation ont ainsi été définis, dont le premier est sans surprise « la contribution à un débat d'intérêt général » de « la parution de photographies ou d'articles dans la presse »<sup>116</sup>.

Aussi certains auteurs n'hésitent-ils pas à parler d'un véritable « label CADIG »<sup>117</sup>, résumant l'examen de proportionnalité à un seul et unique aspect : « si la publication en bénéficie, la liberté d'information l'emporte sur celle de la vie privée »<sup>118</sup>.

Souscrire à une telle approche, c'est sans doute négliger une part importante de cet examen, même s'il est vrai que le débat d'intérêt général y joue là aussi un rôle non négligeable : l'appréciation des devoirs et responsabilités inhérents à la liberté d'expression.

<sup>110</sup> CEDH, *Mor c/ France*, précité, §53

<sup>111</sup> CEDH, *Worm c/ Autriche*, §20

<sup>112</sup> Par exemple, dans l'arrêt *Tourancheau et July c/ France* (24 nov. 2005, req.53886/00) : la Cour tient compte « de la probabilité que les juges non professionnels au moins lisent l'article ainsi que l'influence que ce dernier pourrait avoir ».

<sup>113</sup> L'expression est de J.-P. MARGUENAUD, RTD civ. 2012, p.279, précité

<sup>114</sup> Voir à cet égard l'arrêt : *Hachette Filipacchi Associés (« ici Paris ») c/ France*, 23 juillet 2009, dont J.-P. MARGUENAUD rappelle fort opportunément dans l'article précité qu' « il n'[']avait pas fallu [à la Cour EDH] moins de 15 paragraphes mêlant les considérations les plus diverses sur la vie du rocker et ses relations avec les médias. Un tel medley était de nature à déjouer tout pronostic quant à l'issue d'un conflit entre le droit à la liberté d'expression et les droits découlant de l'article 8 ».

<sup>115</sup> CEDH, 7 fév. 2012, *Von Hannover c/ Allemagne*, req. 40660/08, § 109-113 et *Axel Springer c/ Allemagne*, req. 39954/08, § 90-95

<sup>116</sup> Suivent ensuite, dans l'ordre établi par la Cour : la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage ; le comportement antérieur de la personne concernée ; le contenu, la forme et les répercussions de la publication ; les circonstances de la prise des photographies, et notamment « la question de savoir si la personne visée a donné son consentement à la prise et à la publication des photos » ; enfin : « la gravité de la sanction imposée ».

<sup>117</sup> CADIG pour « contribution à un débat d'intérêt général »

<sup>118</sup> L. MARINO, *Droits de la personnalité* : D. 2007 p.2771

## **II. Un critère d'appréciation des devoirs et responsabilités attachés à la liberté d'expression**

La Cour EDH a toujours affirmé que le locuteur, et en particulier s'il s'agit d'un journaliste, même lorsqu'il s'exprime sur un débat d'intérêt général, n'est pas exempté des devoirs et responsabilités visés par l'article 10<sup>119</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, du 24 février 1997, le premier où apparaît l'expression « questions d'intérêt général », la Cour énonçait que la communication des informations et des idées sur ces questions n'est protégée qu'à condition qu'elle se fasse « dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités »<sup>120</sup>.

Très longtemps cependant, la juridiction européenne en est restée à cette incantation, sans que cela ne permette concrètement de contrebalancer le poids du débat d'intérêt général dans le contrôle de proportionnalité.

L'évolution était pourtant indispensable pour que la notion joue pleinement son rôle d'équilibre entre les intérêts en conflit, et ne soit pas simplement une source d'impunité des journalistes épris de scandales ou de sensationnalisme, au mépris des droits d'autrui.

Aussi, dès l'arrêt *Fressoz et Roire*, la Cour a-t-elle pris soin d'énoncer que « le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général » est protégé, « dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations "fiables et précises" dans le respect de l'éthique journalistique »<sup>121</sup>.

Par la suite, cette formule va recevoir une réelle effectivité. Il en résulte une liberté dans la forme des publications d'intérêt général (A), mais aussi un certain nombre d'exigences sur le fond (B).

### **A. Une liberté de forme**

Qu'il s'agisse d'un journaliste ou d'un simple citoyen, toute personne qui s'exprime dans le cadre d'un débat d'intérêt général bénéficie d'une grande liberté de ton (1), ainsi que d'une liberté dans le choix du support de la publication (2).

<sup>119</sup> Ainsi par exemple : « l'exercice de la liberté d'expression comporte des "devoirs et responsabilités", qui valent aussi pour les médias même s'agissant de questions d'un grand intérêt général » (CEDH, *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark*, 17 déc. 2004, req. 49017/99)

<sup>120</sup> CEDH, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, 24 février 1997, req. 19983/92, §37 : RSC 1998, p.389, KOERING-JOULIN R. ; JCP G 1998, I, p.107, F. SUDRE

<sup>121</sup> CEDH, *Fressoz et Roire c/ France*, précité, §54

## 1) La liberté de ton

Très tôt, la Cour européenne a marqué sa volonté de ne pas réserver la protection conférée par l'article 10 aux seules expressions d'opinions consensuelles ou majoritaires, c'est-à-dire « accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes », mais de l'étendre à « celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. » En dépendent, disait-elle, « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" »<sup>122</sup>.

Il est dès lors logique qu'elle ait admis le recours « à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation »<sup>123</sup>, a fortiori dans le domaine du débat d'intérêt général<sup>124</sup>, ou du discours politique ou militant<sup>125</sup>.

C'est ainsi par exemple que dans l'arrêt *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, la Cour avait eu beau relever « le ton polémique voire agressif »<sup>126</sup> d'articles jugés diffamatoires, elle n'en avait pas moins constaté une violation de l'article 10 de la part des autorités belges. Elle rappelait ainsi que la protection s'étend au « mode d'expression »<sup>127</sup> des informations ou des idées, paraissant viser non pas le support de l'information (écrit, son, image) mais la forme même de l'expression<sup>128</sup>.

S'agissant du débat politique, il convient par ailleurs de préciser que la tolérance de la Cour européenne est encore plus grande, puisque « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier »<sup>129</sup>, y compris s'il s'agit de critiquer sa réputation<sup>130</sup>, ou sa vie privée<sup>131</sup>.

On ne peut tout dire sous prétexte de s'exprimer sur un sujet d'intérêt général, comme nous allons bientôt le constater. Mais ce qui peut être dit peut l'être à peu près n'importe comment, et sur n'importe quel support, sans pour autant excéder les « limites de la critique acceptable »<sup>132</sup>.

<sup>122</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §49

<sup>123</sup> CEDH, *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, 26 avril 1995, req. 15974/90, §38

<sup>124</sup> *Mamère c/ France*, précité, §25

<sup>125</sup> CEDH, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, 15 fév. 2005, req. 68416/0, §90

<sup>126</sup> *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, précité, §48

<sup>127</sup> *Ibid*, §48

<sup>128</sup> F. SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme* : JCP G 1998, I, 107

<sup>129</sup> *Lingens c/ Autriche*, précité, §42

<sup>130</sup> *Lingens c/ Autriche*, précité, §38

<sup>131</sup> *Plon c/ France*, précité

<sup>132</sup> *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, précité, §33

## 2) La liberté du support

Le « mode d'expression » est lui aussi protégé par l'article 10 de la Convention, de sorte qu'« il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions nationales d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte-rendu les journalistes doivent adopter »<sup>133</sup>.

Certes, les propos n'ont pas « le même poids ou la même résonance selon qu'il s'agit de la presse écrite ou des médias audiovisuels »<sup>134</sup>. La Cour a ainsi souligné que « les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite »<sup>135</sup>, d'autant plus lorsque leur diffusion couvre par exemple « l'ensemble du territoire français »<sup>136</sup>.

Il en ressort que le choix du média utilisé pour communiquer une information n'est pas anodin, mais aura nécessairement une incidence dans le contrôle de proportionnalité. Mais ce critère ne peut priver une personne de la protection de l'article 10 qu'à la condition que les propos publiés soient insuffisamment fondés.

Outre le support de l'expression, il peut être question, pour un journaliste notamment, de publier le support de l'information qu'il souhaite porter à la connaissance du public. Or, sur ce point également, la Cour EDH laisse toute latitude aux journalistes pour « décider s'il est nécessaire ou non de reproduire le support de leurs informations pour en asseoir la crédibilité »<sup>137</sup>.

Une telle solution semble *de facto* condamner la position des juridictions françaises, s'agissant de l'infraction de recel. Celles-ci établissent en effet une distinction entre le document obtenu illicitement, dont la publication consomme l'infraction, et le contenu informationnel dudit document, dont il est loisible à un journaliste de divulguer la substance.

Distinction sans intérêt pour la Cour EDH, pour qui l'unique question doit être de savoir si « l'écrit litigieux apportait une contribution à un débat public relatif à une question d'intérêt général »<sup>138</sup>.

On le voit, le débat d'intérêt général permet *a priori* de s'exprimer sans entrave. Encore faut-il agir « de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de

<sup>133</sup> *Jersild c/ Danemark*, précité, §31

<sup>134</sup> L. FRANCOIS, *Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui* : D. 2006 p.2953

<sup>135</sup> *Jersild c/ Danemark*, précité, §31

<sup>136</sup> CEDH, *Radio France c/ France*, 30 mars 2004, req. 53984/00, §40 : RTD civ. 2004, p.801, J.-P. MARGUENAUD ; LPA, 24 mai 2005, p.3, E. DERIEUX

<sup>137</sup> *Fressoz et Roire*, précité, §54

<sup>138</sup> *Ibid*, §50

crédit, dans le respect de la déontologie journalistique », ce qui revient pour la Cour à poser certaines limites de fond.

## **B. Des exigences de fond**

L'enjeu est d'éviter que les individus ne deviennent « les "otages de l'intérêt public légitime" qui s'attache à tout débat général »<sup>139</sup>. C'est pourquoi dorénavant, et quelles que soient la nature du sujet et son importance, « la Cour intègre la norme déontologique, ou tout du moins éthique, à son raisonnement »<sup>140</sup>.

Dès lors, l'expression sur un sujet d'intérêt général n'est plus toujours synonyme d'impunité. Le juge européen insiste davantage sur la nécessaire crédibilité des propos tenus (1), en établissant une distinction entre les allégations de faits et les jugements de valeur (2).

### ***1) La nécessaire crédibilité des propos tenus***

L'évolution est relativement récente, et trouve sans doute sa meilleure illustration dans l'arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France*, du 22 octobre 2007<sup>141</sup>.

Il était question en l'espèce d'un roman relatant une série de meurtres, présentés comme ayant été commis par des militants du Front National, et qualifiant entre autres l'ancien leader du parti de « chef de bande de tueurs ». Une pétition de soutien à l'auteur, reprenant les passages controversés de l'ouvrage, avait également été publiée dans le quotidien Libération.

Poursuivis en diffamation, l'auteur et l'éditeur du roman, ainsi que le directeur de publication du journal, avaient été condamnés par les juridictions françaises, et leur pourvoi en cassation rejeté. Ils avaient donc saisi la Cour EDH.

Outre les conditions de légalité de l'ingérence, et le « but légitime » évident de protection de la réputation d'autrui, la juridiction européenne estime ici l'ingérence « nécessaire dans une société démocratique ». En effet, en rappelant pourtant que « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme – ou d'un parti – politique – tels que

<sup>139</sup> J.-F. FLAUSS, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* : AJDA 2008 p.978

<sup>140</sup> P. PIOT, *Déontologie journalistique : état des lieux et perspectives* : AJ pénal 2013 p.24

<sup>141</sup> CEDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France*, 22 octobre 2007, req. 21279/02 et 36448/02 : D.2007, p.2737, S. LAVRIC ; AJDA 2008, p.978, J.-F. FLAUSS ; RFDA 2008, p.737, F. SUDRE ; JCP G 2007, II, 10193, E. DERIEUX ; Gaz. Pal., n°192, p.7, P. AUVRET

M. Le Pen et le Front national –, visé en cette qualité », et ce d'autant plus que l'homme politique en question « est connu pour la virulence de son discours et ses prises de positions extrêmes »<sup>142</sup>. Elle approuve les juges français d'avoir mis en œuvre « une démarche mesurée, reprochant aux requérants non pas de ne pas démontrer la réalité des allégations en cause, mais de ne pas avoir procédé à des "vérifications minimales" à cet égard »<sup>143</sup>.

La solution a depuis été confirmée, par exemple par l'arrêt *Stoll c/ Suisse*, du 10 décembre 2007<sup>144</sup>. La Cour jugea notamment dans cet arrêt que « la forme tronquée et réductrice des articles » est susceptible de réduire « considérablement l'importance de leur contribution au débat public »<sup>145</sup>.

En définitive, la balance des intérêts penchera du côté de la liberté d'expression chaque fois que la « bonne foi »<sup>146</sup> du locuteur sera établie, rendant légitime l'information du public. Pour cela, il lui faudra prouver la véracité de ses propos, ou à tout le moins l'existence d'une « base factuelle » ; c'est à ce stade qu'intervient la distinction des faits et des jugements de valeur.

## ***2) La distinction des faits et des jugements de valeur***

Même lorsqu'ils s'inscrivent dans un débat d'intérêt général, la Cour EDH établit une distinction entre les propos qui relèvent d'une assertion de faits et ceux qui constituent l'expression d'une opinion, avec des conséquences sur son degré d'exigence à l'égard de leurs auteurs respectifs. Elle affirme ainsi que « si la matérialité [des faits] peut se prouver, les [jugements de valeur] ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude »<sup>147</sup>.

Certes, cela n'exclut pas que les jugements de valeur puissent être jugés « excessifs », et par là dépasser les limites de la liberté d'expression, la juridiction strasbourgeoise exigeant à leur égard la démonstration d'une « base factuelle »<sup>148</sup>. Il n'empêche que ce qualificatif demeure très favorable au justiciable, tant l'appréciation de cette « base factuelle » est

---

<sup>142</sup> *Ibid*, §56

<sup>143</sup> *Ibid*, §55

<sup>144</sup> CEDH, *Stoll c/ Suisse*, 10 déc. 2007, req. 69698/01

<sup>145</sup> *Ibid*, §152

<sup>146</sup> La notion de bonne foi, dans sa conception européenne, ne se confond pas avec le fait justificatif spécial de la diffamation (voir *infra*). Elle s'entend, dans sa conception européenne, d'une exigence générale d'honnêteté intellectuelle (voir sur cette question : A. GRANCHET, *Le droit de la presse : une spécialité légitime ou dépassée ?* Compte rendu du Forum Légipresse : Légipresse, n° 226, nov. 2005, p. 121)

<sup>147</sup> *Lingens c/ Autriche*, précité, §46

<sup>148</sup> *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, précité, §87

permissive. Elle doit en principe être « suffisante »<sup>149</sup>, mais la Cour se satisfait volontiers, selon les circonstances, qu'elle ne soit pas totalement « inexistante »<sup>150</sup>.

Reste que la différence est parfois ténue entre ce qui relève de la révélation pleinement objective de faits, et ce qui constitue au contraire une présentation tendancieuse, ou en tout cas teinté de l'opinion de son auteur. Il s'agira, dans ce cas encore, de s'en remettre à une appréciation toute subjective du juge, et par conséquent variable d'un juge à l'autre, et d'une cause à l'autre.

La Cour a également précisé que dans l'hypothèse où « les propos litigieux tenaient du jugement de valeur mais aussi [...] de l'imputation de faits », le requérant doit se voir « offrir cette double possibilité »<sup>151</sup> d'établir pour les premiers leur « base factuelle », et pour les seconds leur véracité. La distinction n'étant pas prévue par le droit français, il en est résulté une condamnation à l'occasion de l'arrêt *Mamère*. Bien que l'exception de bonne foi, appliquée en matière de diffamation, recouvre une exigence comparable à celle d'une « base factuelle », l'exception de vérité avait en revanche montré ici ses limites, en ne permettant pas au requérant d'établir la vérité des faits litigieux.

Ce fut là un arrêt déterminant dans la prise de conscience des juridictions françaises de la nécessité de rénover le régime de la diffamation en y incorporant la jurisprudence européenne, et en particulier de la référence aux débats d'intérêt général, par le biais des faits justificatifs spéciaux.

---

<sup>149</sup> CEDH, *Jérusalem c/ Autriche*, 27 février 2001, req. 26958/95

<sup>150</sup> *Brasilière c/ France*, précité, §38

<sup>151</sup> *Mamère c/ France*, précité, §23

## CHAPITRE 2 :

### Un instrument adaptable au droit interne de la

### diffamation

Nous l'avons vu, cette référence au débat d'intérêt général est éminemment liée à la dimension prétorienne du droit européen, et trouve aisément sa place au sein d'une jurisprudence marquée par une forte casuistique. Dès lors, il n'est guère surprenant que sa transposition en droit interne ne se soit pas faite naturellement, tant elle supposait de surmonter des divergences nombreuses entre deux systèmes juridiques à l'esprit bien différent.

Plus précisément, s'agissant du droit pénal et des infractions de presse, le principe de légalité et son corollaire, celui de l'interprétation stricte de la loi pénale, constituaient un écueil important, et *a priori* difficilement surmontable. Ces principes font en effet interdiction au juge de statuer en opportunité, et donc d'écarter l'application d'une disposition législative ou réglementaire dont les conditions en seraient réunies, au seul motif qu'il estimerait que la condamnation n'est pas, en l'espèce, indispensable. C'est en tout cas en ce sens qu'ils ont été envisagés, notamment par Montesquieu, lorsqu'il décrivait ainsi l'office du juge : « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »<sup>152</sup>

Sans pouvoir modérateur, le juge français aurait pu être privé de tout moyen d'endiguer la vague de condamnations européennes, sauf à méconnaître le principe de séparation des pouvoirs, et empiéter dans le domaine de compétence du législateur. C'était oublier la faculté d'adaptation qu'offrent les faits justificatifs, en permettant une neutralisation de l'élément légal d'une infraction sur le constat de son utilité sociale. Les infractions de presse peuvent bénéficier des faits justificatifs ordinaires, tel l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime, mais aussi, s'agissant de la seule infraction de diffamation, de faits justificatifs spéciaux.

Dès lors, le débat d'intérêt général a d'ores et déjà trouvé un point d'ancrage en droit interne auprès des faits justificatifs propres à la diffamation, en contribuant à l'extension de l'exception de vérité (première section), et à la reconfiguration de l'exception de bonne foi (Section 2).

---

<sup>152</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, chap. VI, GF Flammarion, 1979, p.301

## **SECTION 1 : L'extension de l'exception de vérité**

Si l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 n'y fait pas référence, l'intérêt général est pourtant le fondement latent de cette exception (I), et à l'origine du récent démantèlement des obstacles à la vérité (II).

### **I. L'intérêt général, fondement de l'*exceptio veritatis***

L'*exceptio veritatis*, ou exception de vérité, est le seul fait justificatif prévu par la loi du 29 juillet 1881<sup>153</sup>, et ne concerne que la diffamation. Comme tout fait justificatif, elle constitue une cause objective d'irresponsabilité pénale, qui a pour conséquence de « rendre non punissables les actions ou omissions qui en relèvent » et ce, « malgré le constat de l'infraction. »<sup>154</sup>

La logique même du fonctionnement d'un fait justificatif rejoint le rôle attribué au débat d'intérêt général dans la jurisprudence européenne. Ainsi en effet, « il est souvent de grandes distances entre un modèle théorique et les applications concrètes qui peuvent en être faites. Les faits justificatifs se chargent précisément d'occuper ces espaces, en réglant les contradictions juridiques révélées par certaines circonstances »<sup>155</sup>.

Appliqué à la diffamation et son exception de vérité, cela consiste à exonérer l'auteur de toute responsabilité – pénale et civile – en raison de l'utilité sociale qu'il y avait à commettre l'acte en question, et ainsi considérer que la diffamation se doit d'être excusée, et même encouragée, lorsqu'elle concerne des propos dont la véracité peut être prouvée. Le fondement nécessaire d'une telle solution est la conviction du législateur que certaines questions doivent pouvoir être publiquement et librement débattues, sans faire encourir une quelconque condamnation.

Il s'agit donc bien de considérer que la diffamation pourrait, si elle était appliquée de manière systématique, constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. Elle se définit en effet 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 »<sup>156</sup>, c'est-à-dire sans aucune référence à la fausseté du fait imputé. Ce sont autant la calomnie

<sup>153</sup> L'article 35 énonce notamment : « La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée ». Nous allons voir que le principe comporte certaines exceptions.

La bonne foi quant à elle, s'il apparaît qu'elle est effectivement un second fait justificatif, est de création exclusivement prétorienne.

<sup>154</sup> Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3è. éd., n°400

<sup>155</sup> *Ibid*

<sup>156</sup> Article 29, al. 1er, de la loi du 29 juillet 1881

que la médisance qui se trouvent *a priori* réprimées.

Or, si la calomnie était effectivement incriminée par le Code pénal de 1810, elle s'est vue substituer l'infraction de diffamation dès 1819<sup>157</sup>. A la différence de cette dernière, elle supposait, pour être constituée, que le fait imputé soit inexact, et que l'auteur du propos ait agit en connaissance de cause. Seule subsiste aujourd'hui la dénonciation calomnieuse, envisagée à l'article 226-10 du Code pénal du Code pénal, et réprimant la dénonciation « d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact ».

L'incrimination de diffamation expose quant à elle toute personne qui énonce publiquement des faits, fussent-ils authentiques, au risque de voir sa responsabilité pénale engagée, dès lors que les faits en question sont attentatoires à l'honneur ou à la réputation d'un tiers. Cette situation ne pouvait satisfaire le législateur, qui a donc établi, dans la loi de 1881, une possibilité d'exonération de responsabilité en cas de preuve de la vérité des faits imputés. Néanmoins, cette possibilité était à l'origine très restreinte, puisque seule était admise la preuve de la vérité de propos diffamatoires à l'encontre des corps constitués<sup>158</sup>, de certaines personnes exerçant une fonction publique<sup>159</sup>, ou de dirigeants de sociétés cotées en bourse<sup>160</sup>, et uniquement pour des faits relatifs à leurs fonctions respectives.

L'extension du domaine de l'exception de vérité était déjà le signe d'une évolution de la société, dans le sens d'une aspiration plus grande à l'information et à la transparence. Ainsi, l'ordonnance du 6 mai 1944, adoptée dans le contexte d'« épuration » des collaborateurs à la fin de la seconde Guerre Mondiale, a ajouté un alinéa 3 à l'article 35 de la loi de 1881, lequel dispose que « la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée ».

L'*exceptio veritatis* avait alors pour but d'inciter les citoyens à dénoncer les abus de la chose publique ou les excès de pouvoir des fonctionnaires<sup>161</sup>, mais plus généralement tout fait susceptible de présenter un intérêt public<sup>162</sup>. On rejoint bien là « l'utilité valorisante

<sup>157</sup> Article 13 de la loi du 17 mai 1819 relative à la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse. On notera que les définitions de la diffamation et de l'injure, contenues dans cet article 13, seront reprises à l'identique par la loi du 29 juillet 1881, et constituent les termes actuels de l'article 29.

<sup>158</sup> Plus précisément : « *les corps constitués, les armées de terre, de mer ou de l'air, les administrations publiques* »

<sup>159</sup> Dont la liste est établie à l'article 31 de la même loi : « *à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, [...] un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'Etat, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition* »

<sup>160</sup> Ou, pour reprendre les termes de la loi : « *les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit* »

<sup>161</sup> P. AUVRET, *Diffamation*, in Jurisclasseur Communication, fasc. 3130

<sup>162</sup> G. BARBIER, *Code expliqué de la presse : traité général de la police de la presse et des délits de*

servant de critère à la construction du droit criminel. »<sup>163</sup>

La constante progression de l'exception de vérité doit être analysée comme une redéfinition de l'infraction de diffamation, par la modification de sa *ratio legis*. En effet, « plus l'exception étend son domaine, plus devient sensible le glissement de finalité qu'elle entraîne, pour passer de la protection de la personne à la promotion de la vérité. »<sup>164</sup>

Il s'agit alors de réduire progressivement la diffamation à la calomnie, en ne réprimant une atteinte à l'honneur ou à la réputation, qu'à la condition qu'elle se double d'un mensonge. A défaut, l'infraction sera peut-être constituée, mais aussitôt excusée.

Cette promotion ne devait pas être absolue, sauf à considérer que toute vérité est bonne à dire, ou digne de faire l'objet d'un débat d'intérêt général. Ce n'était manifestement pas la conception dominante en 1944, et c'est pourquoi les alinéas suivants de l'article 35 prirent soin de poser immédiatement des limites à l'affirmation péremptoire du troisième alinéa. Ainsi, soucieux de préserver la finalité originelle de la diffamation, « dévouée à la défense de l'intégrité morale des personnes »<sup>165</sup>, le législateur exclut du domaine de l'*exceptio veritatis* les faits relevant de la vie privée, mais aussi ceux remontant à plus de dix années, constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou encore ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

Mais ce qui procédait d'une appréciation législative est désormais très largement remis en cause, en raison d'évolutions sociétales, amplifiées par le mouvement de valorisation de la liberté d'expression et du droit à l'information initié par la Cour EDH. Plus rien ne semble être, par nature, insusceptible de s'inscrire dans un débat d'intérêt général. Bien au contraire, l'intimité elle-même s'expose désormais au grand jour, créant un sentiment de plus en plus ancré d'intolérance au secret, et de légitimité au savoir. Dans ce contexte, l'*exceptio veritatis* ne pouvait que s'affirmer et progresser, au nom du libre débat des questions d'intérêt général.

---

publication, 1911, Marchal, 2<sup>e</sup> éd., n°417

<sup>163</sup> Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, précité, n°399

<sup>164</sup> Y. MAYAUD, *L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans* : RSC 2011 p.401

<sup>165</sup> *Ibid*

## **II. Le démantèlement des obstacles à la vérité au nom du débat d'intérêt général**

La première manifestation de cette levée progressive des limites à l'*exceptio veritatis* résulte de la loi du 18 juin 1998<sup>166</sup>. Celle-ci a ouvert sans aucune limite, tenant par exemple au contexte de vie privée ou à une antériorité de dix ans, la preuve de la vérité de faits diffamatoires, lorsqu'ils constituent certaines infractions<sup>167</sup> commises sur des mineurs. Il s'agissait déjà de considérer que de tels faits doivent pouvoir être en toute hypothèse portés sur la place publique, ou plus exactement faire l'objet d'un débat d'intérêt général, la protection de l'honneur et de la réputation de leurs auteurs étant très largement supplantée par la nécessaire communication de la vérité.

Mais c'est surtout la récente procédure dite de « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) qui aura permis une extension beaucoup plus générale de l'exception de vérité (A), extension dont on peut se demander si elle est aujourd'hui achevée (B).

### **A. Les extensions acquises**

Deux des limites à l'exception de vérité ont d'ores et déjà été abrogées par le Conseil Constitutionnel, statuant par voie de QPC. Ces dispositions étaient destinées à préserver un certain ordre social, en interdisant de rappeler publiquement des faits remontant à plus de dix ans (1), ou constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision (2).

#### ***1) L'admission de la vérité de faits anciens***

Issue de l'ordonnance du 6 mai 1944, cette restriction à l'exception de vérité était mentionnée au b) de l'article 35. Elle consistait pour le législateur à consacrer en quelque sorte un « droit à l'oubli », en interdisant à l'auteur d'un propos jugé diffamatoire de se défendre en rapportant la preuve de la vérité des faits imputés, dès lors que ceux-ci avaient eu lieu plus de dix ans auparavant. Il s'agissait ainsi de considérer que la société avait plus à gagner à être maintenue dans l'ignorance de ces faits anciens, plutôt que d'être confrontée au souvenir de vérités dérangeantes.

---

<sup>166</sup> Loi n° 98-468 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

<sup>167</sup> Les infractions des articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal

Une telle solution paraissait pour beaucoup inadaptée à la « société de l'information », mais entraînait surtout en contradiction avec la jurisprudence de la Cour EDH, en posant une limite générale et impérative<sup>168</sup> à l'exercice de la liberté d'expression. Et pour cause, la confrontation qui semblait inévitable finit par se produire. La Cour de Strasbourg eut ainsi à connaître d'un recours contre un arrêt d'une juridiction nationale ayant fait application de l'alinéa 5 de l'article 35 à l'occasion de l'arrêt *Mamère c/ France*<sup>169</sup>.

Comme nous l'avons déjà évoqué, cet arrêt trouvait son origine dans une déclaration publique d'un célèbre militant écologiste, lors d'une émission télévisée en 1999, et accusant un responsable de la sûreté nucléaire de mensonges quant aux effets en France du nuage radioactif provoqué par la catastrophe de Tchernobyl, en 1986. Poursuivi pour diffamation publique envers un fonctionnaire, M. Mamère entendait se défendre en rapportant la preuve de la vérité de ses accusations. Il se vit cependant opposer l'article 35, alinéa 5, les faits étant en l'espèce antérieurs de treize années. Condamné définitivement par la justice française, il forma un recours devant la Cour EDH, qui se prononça le 7 novembre 2006.

Comme l'on pouvait s'y attendre, la juridiction européenne lui donna raison, non sans avoir au préalable perçu « la logique d'une limite temporelle de cette nature, dans la mesure où, plus des allégations portent sur des circonstances anciennes, plus il est difficile d'évaluer leur véracité ». Pour autant, « lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses »<sup>170</sup>. Dès lors, l'application du b) de l'article 35 portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, et la Cour conclut à une violation de l'article 10 de la Convention.

Cette condamnation laissait au législateur plusieurs options. Soit il procédait purement et simplement à l'abrogation du cinquième alinéa de l'article 35, estimant qu'il constituait une restriction trop générale, et donc excessive, à la liberté d'expression, soit il en redéfinissait le domaine, afin de préserver le libre débat des questions historiques ou scientifiques. Il opta finalement pour une « troisième voie », et à l'évidence la moins satisfaisante, en décidant... de ne rien décider. Dans ce contexte, la Cour de cassation décida fort

---

<sup>168</sup> Les dispositions en question étaient en effet d'ordre public, de sorte qu'« *il est du devoir des tribunaux d'en assurer l'application même d'office* » (Cass. crim., 10 juin 1959). La victime elle-même n'était pas en mesure d'accepter un débat sur la vérité de faits exclus du domaine de l'exception. (Cass. Crim., 24 novembre 1960). Enfin, les juges du fond ne pouvaient que déplorer que « *les nécessités de l'information historique ne permettent en aucune manière de faire échec aux règles de preuve* » (Tribunal correctionnel de Paris, 24 avril 1969 : il s'agissait en l'espèce de la dénonciation de faits de torture commis durant la guerre d'Algérie).

<sup>169</sup> CEDH, *Mamère c/ France*, 7 nov. 2006, précité

<sup>170</sup> *Ibid*, §24

logiquement de transmettre une QPC<sup>171</sup> au Conseil constitutionnel, lequel rendit sa décision du 20 mai 2011<sup>172</sup>.

La question l'invitait à se prononcer sur la conformité de l'article 35 alinéa 5 à divers droits et libertés constitutionnellement garantis, en l'occurrence la liberté d'expression<sup>173</sup> bien sûr, mais aussi le droit à un procès équitable et les droits de la défense<sup>174</sup>. Le Conseil n'eut finalement besoin que de se pencher sur la première d'entre eux.

En effet, les sages de la rue Montpensier, sans doute influencés par la rhétorique européenne, insistèrent tout d'abord sur l'importance particulière de la liberté d'expression et de communication, la qualifiant de « condition de la démocratie » et de garantie « du respect des autres droits et libertés »<sup>175</sup>. Pour cette raison, et comme ils l'avaient déjà énoncé dans une précédente décision<sup>176</sup>, « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »<sup>177</sup>.

Or, si l'atteinte à la liberté d'expression résultant du b) de l'article 35 poursuit effectivement « un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale »<sup>178</sup>, cette atteinte est jugée disproportionnée, dans la mesure où l' « interdiction vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général . »<sup>179</sup> La disposition en question est ainsi abrogée, en ce qu'elle viole l'article 11 de la DDHC.

On retrouve dans cette décision la terminologie, mais aussi une bonne partie de l'esprit de la jurisprudence européenne en matière de liberté d'expression. En particulier, le Conseil constitutionnel s'approprie pour la première fois la notion de « débat public d'intérêt général », perçue comme le fondement de l'*exceptio veritatis* et comme le théâtre d'expression de la liberté de la presse. A ce titre, il ne saurait tolérer d' « être entravé par des barrières artificielles »<sup>180</sup>, pas même au nom de la préservation de l'honneur ou de la réputation d'autrui.

<sup>171</sup> Cass. crim., 15 mars 2011, n°10-90.129

<sup>172</sup> Cons. const., 20 mai 2011, DC 2011-131 QPC : Const. 2011, p.537, DARSONVILLE ; D.2011, p.1420, S. LAVRIC ; RSC 2011, p.401, Y. MAYAUD

<sup>173</sup> Article 11 DDHC

<sup>174</sup> Article 16 DDHC

<sup>175</sup> Considérant 3

<sup>176</sup> Cons. Const., 10 juin 2009, 2009-580 DC, HADOPI

<sup>177</sup> Considérant 3

<sup>178</sup> Considérant 5

<sup>179</sup> Considérant 6

<sup>180</sup> Y. MAYAUD, *L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans*, précité

L'alinéa 5 étant tombé, ce n'était plus qu'une question de temps pour que le suivant subisse le même sort. Il fallut toutefois attendre une seconde QPC pour que le Conseil constitutionnel vienne entériner ce que tous les observateurs pressentaient.

## ***2) L'admission de la vérité de faits « pardonnés »***

Transmise par la Cour de cassation par un arrêt du 19 mars 2013<sup>181</sup>, la QPC tant attendue interrogeait le Conseil sur la constitutionnalité du sixième alinéa de l'article 35, confronté aux mêmes dispositions que son prédécesseur, à savoir les articles 11 et 16 de la DDHC.

Par une décision du 7 juin 2013<sup>182</sup>, les sages du Palais Royal vont sans surprise prononcer l'abrogation de l'alinéa 6, reprenant d'ailleurs dans une large mesure l'argumentaire suivi en 2011.

Pour rappel, cet alinéa interdisait à une personne poursuivie en diffamation d'établir la preuve de la vérité d'imputations portant effectivement atteinte à l'honneur ou la réputation d'un tiers, lorsqu'elles se rapportaient à des infractions prescrites ou amnistiées, ou à des condamnations effacées par réhabilitation ou révision. Il consacrait donc un « droit à l'oubli », selon la logique même du fonctionnement de ces quatre mécanismes, en complétant la disculpation devant la justice d'une « immunité sociale », censée faciliter la réinsertion.

Aussi poursuivait-il un objectif d'intérêt général, en concourant « au rétablissement et à la paix sociale »<sup>183</sup>, au « reclassement du condamné »<sup>184</sup>, et enfin « au respect des principes du procès équitable et à la poursuite de l'objectif de bonne administration de la justice par la remise en cause, à certaines conditions, d'une condamnation revêtue de l'autorité de la chose jugée. »<sup>185</sup>

Restait alors à s'assurer que la restriction à la liberté d'expression et de communication était bien « nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi. »<sup>186</sup>

Cette fois encore, le constat ne pouvait qu'être négatif, l'interdiction posée par le c) revêtant un caractère « général et absolu », et visant « sans distinction », dès lors qu'ils « se

<sup>181</sup> Cass. crim., 19 mars 2013, arrêt n°1300

<sup>182</sup> Cons. Const., 7 juin 2013, DC 2013-319 QPC

<sup>183</sup> Considérant 3

<sup>184</sup> Considérant 6

<sup>185</sup> Considérant 7

<sup>186</sup> Considérant 3

réfèrent à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision », « tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général. »<sup>187</sup> Il en résulte qu'il « porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi », et doit par conséquent être déclaré contraire à l'article 11 de la Déclaration de 1789, sans qu'il y ait besoin d'examiner les griefs tenant aux droits de la défense.

Le Conseil constitutionnel s'emploie ainsi à étendre encore davantage l'exception de vérité, et avec elle la liberté de la presse, dans les limites du débat d'intérêt général. Dans ce cadre en effet, la liberté de la presse est vouée à prendre systématiquement le pas sur la protection de la réputation ou de l'honneur, dans la mesure toutefois où la vérité des propos publiés peut être prouvée. Dès lors, les restrictions subsistant à l'exception de vérité peuvent paraître menacées.

## **B. Des extensions potentielles**

Bien que libérée de deux de ses entraves, l'*exceptio veritatis* n'en reste pas moins soumise à des limites importantes, dont il convient de s'interroger sur la pérennité et, donc, la compatibilité avec le libre débat des questions d'intérêt général. Ces limites sont de deux ordres, substantiel pour la première, et processuel pour la seconde.

### ***1) Une limite substantielle : les faits relevant de la vie privée***

Il ne sera pas question dans cette partie de chercher à délimiter la notion de débat d'intérêt général, ce qui fera l'objet de développements ultérieurs, mais d'établir si l'interdiction de prouver la vérité de faits relevant de la vie privée est en elle-même conciliable avec cette notion, dans la mesure où, de manière très nette maintenant, la Cour EDH affirme que la vie privée n'est pas, par nature, exclue du domaine du débat d'intérêt général.

Or, le a) de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 exclut l'exception de vérité « lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ». En l'absence de toute précision supplémentaire, force est de constater que cet alinéa, lui aussi, possède un caractère « général et absolu », qui le place *a priori* en porte-à-faux avec la notion de débat d'intérêt

<sup>187</sup> Considérant 9

général. Doit-on pour autant en conclure qu'il est voué à disparaître ? Cela serait sans doute excessif.

On constate en réalité un report de l'enjeu sur la délimitation jurisprudentielle du champ de la vie privée, à même de permettre une adaptation du droit français aux exigences européennes. Or, sur ce point, il apparaît que la démarche de la Cour de cassation n'a rien à envier à la casuistique européenne, celle-ci considérant par exemple que relève de la vie privée l'imputation de laisser une traite impayée<sup>188</sup>, ou de se livrer à la prostitution<sup>189</sup>, ou encore d'être confronté à des problèmes de trésorerie<sup>190</sup>, mais pas le fait de connaître des difficultés à l'occasion d'une expropriation d'utilité publique<sup>191</sup>... Outre un problème de lisibilité évident, il semble surtout que la Haute juridiction opte pour le moment pour une conception assez large de la notion de vie privée exclusive d'*exceptio veritatis*, encore éloignée de la vision européenne. Des auteurs notent cependant que se dessine une « conception évolutive »<sup>192</sup>, certains aspects autrefois considérés comme relevant de la vie privée étant désormais « admis à la preuve de la vérité en tant qu'ils présentent un intérêt public ».

De plus, la Cour de cassation a toujours admis la preuve de la vérité de faits relevant à la fois de la vie privée et de la fonction publique<sup>193</sup>, bien avant que la solution ne soit reprise par la Cour EDH.

Dès lors, sans présumer de l'avenir de l'alinéa 4 de l'article 35, sa disparition paraît beaucoup moins inéluctable que ne l'était celle des deux alinéas suivants, à condition toutefois que l'infléchissement jurisprudentiel se confirme, dans le sens d'une admission de la preuve de la vérité de faits qui, bien que relevant de la vie privée, contribuent à un débat d'intérêt général. C'est peut être également à ce prix que le formalisme probatoire s'attachant à la démonstration de la vérité des faits peut espérer résister à la « tyrannie »<sup>194</sup> de la jurisprudence européenne.

<sup>188</sup> Cass. Crim., 10 juin 1950, Bull. Crim. n°307

<sup>189</sup> Cass. 2ème civ., 21 novembre 1990, JCP G 1991, IV, 27

<sup>190</sup> Cass. crim., 10 juin 1959, Bull. n°309

<sup>191</sup> Cass. crim., 2 juin 1980, RSC 1982, p.183

<sup>192</sup> L. FRANCOIS, *L'exceptio veritatis des imputations diffamatoires : regards croisés des droits français et européen*, Gaz. Pal., 2008, n°66, P.2

<sup>193</sup> L. FRANCOIS rappelle ainsi, dans l'article précité, que l'expression européenne « contribution au débat d'intérêt général » apparaît comme la version moderne de l'expression « faits ayant un retentissement politique, économique ou social », utilisée auparavant par la Cour de cassation (Par exemple, Cass. crim., 19 mars 1906, D. 1906, 1, p.478)

<sup>194</sup> Expression empruntée à B.EDELMAN, pour qui les juridictions nationales font également office « d'ennemi à abattre » dans l'esprit des juges européens. (*La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?* D. 2008 p.1946)

## 2) Une limite processuelle : le formalisme probatoire

Lorsqu'elle est admise, la preuve de la vérité de faits diffamatoires est soumise à des conditions procédurales très rigoureuses, en particulier celles de l'article 55<sup>195</sup> de la loi du 29 juillet 1881. Il faut en outre que les écrits ou les témoignages, pour être admis au titre de l'offre de preuve, portent sur des faits antérieurs à la perpétration de la diffamation<sup>196</sup>, même si la Cour de cassation admet depuis peu que les pièces produites aient, quant à elles, été obtenues postérieurement aux propos diffamatoires<sup>197</sup>. Enfin, la qualité de la preuve doit également être très élevée, puisque la Cour exige rien de moins qu'une preuve « complète, parfaite et corrélative aux imputations ou allégations formulées »<sup>198</sup>. En d'autres termes, chacune des imputations devra pouvoir faire l'objet d'une preuve distincte, de nature à prouver son entière vérité.

En raison de toutes ces conditions, la tâche du prévenu s'avère particulièrement délicate, et l'on ne s'étonnera donc pas de l'impressionnant taux d'échec devant les juridictions<sup>199</sup> de cette exception de vérité. Son régime procédural apparaît à bien des égards emblématique de la mission originelle de l'infraction de diffamation, de protection de l'intégrité morale des personnes, dont on a vu qu'elle est aujourd'hui délaissée au profit « d'une considération supérieure, à savoir la vérité elle-même. »<sup>200</sup>

Sans aller jusqu'à parler d'anachronisme, ce régime n'est plus adapté à l'esprit nouveau de la diffamation. Mais surtout, il est plus que jamais en contradiction avec l'approche européenne.

Les doutes concernent aussi la « présomption de calomnie »<sup>201</sup> aménagée par le droit

<sup>195</sup> Selon ce texte, le prévenu doit en effet :

*dans le délai de dix jours après la signification de la citation, faire signifier au ministère public ou au plaignant au domicile par lui élu, suivant qu'il est assigné à la requête de l'un ou de l'autre :*

*1° Les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité ;*

*2° La copie des pièces ;*

*3° Les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve.*

*Cette signification contiendra élection de domicile près le tribunal correctionnel, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve.*

<sup>196</sup> Cass. crim., 22 mai 1997, n°94-84106

<sup>197</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 fév. 2010, n°09-12641

<sup>198</sup> Cass. crim., 10 déc. 1991: Bull. n°468. Exigence rappelée encore récemment : Cass. crim., 2 fév. 2010, n°09-80371

<sup>199</sup> Elle n'était d'ailleurs invoquée que dans 1% des demandes d'exonération, selon un rapport de la Cour de cassation antérieur aux abrogations des b) et c) de l'article 35.

B. ADER avait ainsi qualifié cette preuve « *d'Arlésienne des jugements* » (Légipresse, mars 1999, II, p. 24)

<sup>200</sup> Y. MAYAUD, *L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans*, précité

<sup>201</sup> Qui s'ajoute d'ailleurs à la « présomption de mauvaise foi » du diffamateur, dont nous allons voir qu'elle est peut être injustement qualifiée de présomption.

français, exigeant de la personne poursuivie qu'elle démontre la vérité des allégations diffamatoires. Celle-ci peut en effet sembler contraire au principe de présomption d'innocence, et ce d'autant plus que le régime procédural en vigueur aurait parfois pour conséquence de la rendre presque irréfragable.

Autant d'incertitudes qui ont jusqu'alors été relativisées par le jeu du second fait justificatif spécial, permettant au prévenu d'échapper à une sanction pénale par la démonstration de sa bonne foi. Mais lui non plus n'a pas échappé à l'influence du débat d'intérêt général.

## **SECTION 2 : La reconfiguration de l'exception de bonne foi**

Le fait justificatif de bonne foi a connu un profond renouvellement ces dernières années, qui trouve son origine dans la prise en compte du débat d'intérêt général. Aussi, celui-ci n'a pas seulement été intégré aux critères traditionnels (I), il a véritablement transformé la méthode d'analyse de la bonne foi (II).

### **I. Une intégration aux critères de la bonne foi**

L'intérêt général n'a jamais été absent de la théorie de la bonne foi, mais il en constituait le fondement latent (A), là où le débat d'intérêt général jouit désormais d'une place de premier ordre (B).

#### **A. L'intérêt général, fondement de la conception classique de la bonne foi**

La loi du 29 juillet 1881 aménage un seul et unique fait justificatif au délit de diffamation : l'exception de vérité. Cependant, comme nous l'avons vu, et même si elles sont aujourd'hui en voie de résorption, les contraintes attachées à ce fait justificatif sont telles que la jurisprudence a pris soin de développer, en parallèle, une seconde cause d'irresponsabilité. Celle-ci permet à l'auteur d'un propos, pourtant jugé diffamatoire, d'échapper à la répression pénale et à la sanction civile en rapportant la preuve de sa bonne foi.

Si elle est en quelque sorte un palliatif aux insuffisances de l'*exceptio veritatis*, il n'est donc pas étonnant que cette seconde exception en partage le fondement, à savoir l'intérêt général. Mais c'est l'analyse des critères traditionnels de la bonne foi (1) qui permet de confirmer ce fondement (2).

### **1) Les critères traditionnels de la bonne foi**

Quatre critères cumulatifs sont en principe nécessaires pour caractériser la bonne foi<sup>202</sup>. Systématisés par les juges du fond, ils n'ont été énoncés formellement par la Cour de cassation qu'au tournant des années 2000. Ces critères sont : « la prudence dans l'expression de la pensée, le respect du devoir d'enquête préalable, l'absence d'animosité personnelle envers le diffamé et l'intention de poursuivre un but légitime. »<sup>203</sup> Trois d'entre eux tiennent donc à la légitimité des moyens employés (a), tandis que le dernier, mais non le moindre, touche à la légitimité de l'objectif recherché par l'auteur du propos diffamatoire (b).

#### **a) La légitimité des moyens**

Par moyens, il faut ici entendre d'une part la manière dont les faits sont rapportés, et d'autre part la façon dont l'auteur a vérifié les faits en question.

Tout d'abord, cet auteur ne doit manifester aucune animosité personnelle, ce qui signifie notamment qu'il ne doit pas faire preuve d'un esprit de revanche à l'endroit de la personne diffamée, ni avoir recours à des expressions malveillantes ou des attaques personnelles<sup>204</sup> qui seraient sans intérêt pour la démonstration de ses allégations. A l'inverse, l'ironie cinglante d'un écrit, en opposition avec son contexte, est susceptible de traduire une animosité personnelle, précisément parce qu'elle nuit à la vérité historique et l'objectivité<sup>205</sup>.

La seconde condition découle de la même façon de cette recherche d'objectivité qui doit guider l'auteur d'un propos, et en particulier lorsqu'il s'agit d'un journaliste<sup>206</sup>, puisqu'il est

<sup>202</sup> Rappelons qu'un arrêt du début des années 2000 rappelait encore que "*l'absence de l'un de ses éléments conduit nécessairement le juge à exclure le prévenu du bénéfice du fait justificatif*" (Cass. crim., 27 févr. 2001, n°00-82.557)

<sup>203</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 mars 2002, Bull. Civ. II, n°41

<sup>204</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 septembre 2002, n°00-20.887 : LPA 2002, n°259, p.12, note E.DERIEUX

<sup>205</sup> CA Lyon, 1<sup>re</sup> ch., 25 janv. 2001 : JurisData n° 2001-134570

<sup>206</sup> D'une manière générale, la jurisprudence se montre plus exigeante à l'égard des journalistes. Elle montre davantage de clémence lorsque l'auteur est un simple « particulier », énonçant par exemple : "*Les critères de la bonne foi s'apprécient différemment selon le genre de l'écrit en cause et la qualité de la personne qui s'y exprime et notamment avec une rigueur moindre lorsque celui qui est poursuivi n'est pas un journaliste qui*

exigé de lui une certaine prudence dans l'expression. En d'autres termes, il ne doit avoir recours à aucun terme excessif<sup>207</sup>, ni malveillant<sup>208</sup>. Il en va différemment lorsque sont portées des accusations « avec désinvolture et légèreté »<sup>209</sup>, ou encore lorsque l'auteur procède à des « amalgames hâtifs »<sup>210</sup>.

Enfin, le critère du sérieux de l'enquête, qui désigne également le devoir de vérification des sources, revêt sans doute l'importance la plus considérable pour le journaliste, en ce qu'il figure au premier rang de ses obligations déontologiques<sup>211</sup>. Si la jurisprudence a pu se contenter par le passé d'une vérification sommaire de l'allégation, lorsque l'auteur s'était par exemple contenté de reproduire une information recueillie auprès d'une source crédible<sup>212</sup>, elle s'est ensuite montrée beaucoup plus exigeante, imposant aux journalistes un véritable effort de recoupement des informations. Dès lors, la reprise d'une information précédemment publiée ne dispense pas le journaliste de procéder à une enquête sérieuse<sup>213</sup>.

La Cour de cassation ne manque cependant pas de rappeler que la bonne foi ne se confond pas avec l'*exceptio veritatis*<sup>214</sup>. Par conséquent elle ne saurait être refusée à l'auteur d'un propos diffamatoire pour la seule raison qu'il ne fournit « aucun élément démontrant la réalité et l'ampleur du phénomène dénoncé ». Dans une telle situation, en « subordonnant le sérieux de l'enquête à la preuve de la vérité des faits », les juges du fond s'exposeraient à la cassation.

Outre ces conditions, c'est davantage encore celle de la légitimité du but qui permettra d'identifier le « bon diffamateur », seul à même d'être exonéré de sa responsabilité.

### ***b) La légitimité du but***

Ce quatrième critère est sans doute le plus déterminant, dans la mesure où il permet de mettre en exergue l'intérêt social de la diffamation, ou plus exactement d'établir que le diffamateur cherchait à satisfaire un tel intérêt. Il s'agit donc de déterminer le mobile de ce diffamateur, pour en déduire le caractère justifié, ou non, de l'infraction. C'est ce qui fit dire à un auteur, le premier à théoriser sur ces critères de la bonne foi, qu'« en droit commun et

*fait profession d'informer*" (TGI, 17e ch., 2 mai 2006 : Légipresse 2006, n° 234, I, p. 115)

<sup>207</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 avril 2004, Bull. Civ. II, n°185

<sup>208</sup> Cass. crim., 14 avril 1992, Bull. Crim. 1992, n°162

<sup>209</sup> Cass. crim., 17 décembre 1991, n°90-83534

<sup>210</sup> Cass. crim., 30 septembre 2003, n°03-80039

<sup>211</sup> *Traité de droit de la presse et des médias*, précité, n°798

<sup>212</sup> Cass. crim., 31 janvier 1930

<sup>213</sup> Pour un rappel récent : Cass. crim., 11 juin 2013, n°12-83487

<sup>214</sup> Voir le dernier exemple en date : Cass. crim., 17 juin 2008, req. n°07-80.767

sur le plan strictement juridique, le mobile n'est rien. En matière de diffamation, il n'est pas tout, mais il est quelque chose. »<sup>215</sup>

Le critère repose ainsi dans une large mesure sur l'appréciation du juge et peut à ce titre apparaître dangereux. Et pour cause, il a longtemps été employé « à conforter plus les opinions admises que la contestation sociale »<sup>216</sup>. La volonté d'informer constitue toutefois un but légitime communément admis, par opposition à la volonté de satisfaire une « curiosité malsaine du public. »<sup>217</sup>

## ***2) Le fondement de la bonne foi***

L'observation des critères de la bonne foi, et en particulier du critère de la légitimité du but, montre que la notion tend vers la protection de l'intérêt général, en ce sens que c'est « la défense d'un intérêt supérieur, socialement utile »<sup>218</sup> qui se trouve encouragée. Toutefois, établir que l'intérêt général est le fondement de la bonne foi suppose de démontrer que cette dernière est bel et bien un fait justificatif.

En effet, on le sait, la valorisation des infractions socialement utiles est la raison d'être de tout fait justificatif. A l'inverse, si la bonne foi ne se référerait qu'à l'élément moral de l'infraction de diffamation, caractérisant alors une absence d'intention, l'infraction ne serait pas constituée et il n'y aurait aucune raison de s'interroger sur son utilité sociale...

De la même façon, si la bonne foi devait désigner une cause subjective d'irresponsabilité pénale, c'est en raison de considérations purement personnelles à l'auteur de l'infraction qu'il conviendrait de ne pas réprimer cette dernière, et non parce que cet auteur aurait contribué, par son acte, à un quelconque intérêt social.

En premier lieu, la bonne foi ne concerne pas l'élément moral de la diffamation. La confusion, savamment entretenue par la Cour de cassation<sup>219</sup>, provient du fait que cette

---

<sup>215</sup> P. MIMIN, note sous Cass. crim., 27 oct. 1938 : D. 1939, Jur. p. 77 ; cité par B. DE LAMY : D. 1998 p.499

<sup>216</sup> P. AUVRET, *Diffamation*, in Jurisclasseur Communication, fasc. 3130

<sup>217</sup> TGI Annecy, 13 déc. 1974 : Gaz. Pal. 1975, 2, somm. p. 315

<sup>218</sup> B. DE LAMY, *La bonne foi en matière de diffamation : un faux ami* : D. 1998 p.499

<sup>219</sup> Encore récemment, la Haute juridiction a ainsi refusé de transmettre une QPC portant sur l'article 29 de la loi de 1881, et interrogeant sur sa compatibilité à l'article 9 de la DDHC (droit à la présomption d'innocence), au motif que « si les imputations diffamatoires visées par la disposition légale critiquée impliquent par elles-mêmes l'intention de nuire, une telle présomption ne revêt pas un caractère irréfragable, le prévenu ayant la faculté de démontrer l'existence de circonstances particulières de nature à le faire bénéficier de la bonne foi » (Cass. crim., 13 mars 2012, QPC, n°11-90123 : CCE juin 2012, comm. 67, A. LEPAGE ; Légipresse 2012, n°292, p.147, C. BIGOT)

dernière a consacré de longue date une présomption de mauvaise foi pesant sur l'auteur d'une diffamation, en affirmant par exemple que « les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec intention de nuire, de sorte qu'il appartient à l'auteur de telles imputations de rapporter la preuve de sa bonne foi »<sup>220</sup>. Pour autant, il s'agit simplement de considérer que la personne qui tient publiquement des propos attentatoires à l'honneur ou à la considération d'un tiers ne peut que savoir qu'elle est en train de diffamer, et en avoir la volonté, sauf à être dépourvue de conscience au temps de l'action<sup>221</sup>. Dès lors cette présomption n'en est pas vraiment une, mais constitue rien de moins qu'une implication<sup>222</sup>, par définition insusceptible de faire l'objet d'une preuve contraire. C'est ce que résume parfaitement un auteur, lorsqu'il énonce : « La mauvaise foi n'est pas seulement présumée, elle est avérée : comment une personne peut-elle, par exemple, dire faussement d'une autre qu'elle a un lourd passé pénal sans avoir nécessairement conscience d'atteindre son honneur et par conséquent de la diffamer?... Il faut, dès lors, pousser le raisonnement jusqu'à son terme et affirmer que, puisque la présomption n'est qu'apparente, son renversement est inconcevable : on ne prouve pas contre l'évidence. »<sup>223</sup>

La bonne foi ne peut donc être une absence d'intention coupable, mais elle n'est pas davantage une cause subjective d'irresponsabilité pénale. Pourtant, là encore, la jurisprudence est de nature à induire en erreur, quand elle affirme par exemple : « si les allégations diffamatoires sont réputées de droit faites avec intention de nuire, cette présomption est détruite lorsqu'il existe, comme en l'espèce, des faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi de la ou des parties poursuivies »<sup>224</sup>. Au sens de cette formule, la mauvaise foi, dont on sait maintenant qu'elle est présumée de manière irréfragable, pourrait cependant être neutralisée par des « faits justificatifs suffisants ». L'on aurait donc, à en croire la Cour d'appel de Paris, un fait justificatif qui agirait, non sur l'élément légal de l'infraction, mais sur son élément moral, « l'intention de nuire ».

Ce qui pourrait être un mécanisme « hybride » – fait justificatif dans sa nature, cause subjective d'irresponsabilité pénale dans ses effets – et spécifique à la diffamation, n'est pas corroboré par l'analyse de la bonne foi. Bien qu'elle s'apprécie effectivement *in personam* à

---

<sup>220</sup> Formule que l'on retrouve dans un arrêt rendu au début de cette année : Cass. crim., 14 janv. 2014, n°12-87296

<sup>221</sup> Ce sera par exemple le cas d'une personne atteinte de démence ou encore d'un mineur n'ayant pas de discernement, et il s'agira alors de raisonner en terme d'imputabilité de l'infraction, et non plus en terme d'intention.

<sup>222</sup> La Cour de cassation emploie d'ailleurs elle-même le terme, par exemple dans l'arrêt précité du 13 mars 2012 : « les imputations diffamatoires [...] impliquent par elles-mêmes l'intention de nuire ».

<sup>223</sup> P. CONTE, *La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle* ; in Mélanges offerts à Albert Chavanne, Litec, 1990

<sup>224</sup> CA Paris, 10 mai 1994, cité par B. DE LAMY : D. 1998 p.499

la différence des autres faits justificatifs<sup>225</sup>, la bonne foi produit ses effets *in rem*, ce qui signifie par exemple que le directeur de publication bénéficiera de la bonne foi reconnue à l'auteur des propos diffamatoires<sup>226</sup>. Or, la principale caractéristique des causes subjectives d'irresponsabilité pénale est de produire un effet *in personam*, sans pour autant faire perdre aux faits commis leur caractère punissable. De sorte que la bonne foi en est assurément exclue.

Dans ce contexte, il peut bien sûr paraître étonnant que la Cour de cassation qualifie de bonne foi, quelque chose qui n'est pas le contraire de la mauvaise foi.

En réalité, l'explication doit sans doute être recherchée dans le principe de séparation des pouvoirs. En effet, en vertu de ce principe, si le législateur est le seul à pouvoir édicter une incrimination, il devrait être le seul à pouvoir prévoir les cas dans lesquels elle ne s'appliquera pas. Or, comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, la théorie de la bonne foi a été forgée par le juge de sa propre initiative, dans le constat de l'insuffisance de la loi, et du fait justificatif de vérité. Mais il lui était impossible de revendiquer la création d'un fait justificatif sans méconnaître l'interdiction qui lui est faite de s'arroger un pouvoir créateur de droit. En dépit des termes employés par la Haute juridiction, on peut ainsi conclure que « la bonne foi en matière de diffamation est finalement une permission forgée, dans le silence de la loi, par une jurisprudence guidée par le principe de liberté d'expression »<sup>227</sup>.

Ni élément moral, ni cause subjective d'irresponsabilité pénale, la bonne foi ne peut être que fait justificatif, et à ce titre facteur de légitimation d'une infraction utile à l'intérêt général. Il n'est donc pas surprenant que le débat d'intérêt général ait fini par y trouver une place.

## **B. La bonne foi, réceptacle du débat d'intérêt général**

Lorsque ses critères sont identifiés, et que la bonne foi est admise, elle traduit la reconnaissance d'un droit de savoir au profit du public, et d'un droit d'informer pour l'auteur du propos. C'est exactement dans la même optique qu'est utilisée la notion de débat d'intérêt général en droit européen. La reprise de cette notion en droit interne, depuis quelques années, vient ainsi renforcer le droit à l'information.

<sup>225</sup> Par exemple, le directeur de publication ne peut bénéficier de l'exception de bonne foi que si l'auteur du propos s'en est lui-même prévalu. Voir, pour une proposition d'explication : P.CONTE, RPDP 2009, p.171

<sup>226</sup> Voir P. CONTE, comm. Cass. crim., 11 septembre 2007 :RPDP 2009, p.171

<sup>227</sup> B. DE LAMY, *La bonne foi en matière de diffamation : un faux ami*, précité

L'influence européenne est évidente dans les différents arrêts de la Cour de cassation qui font référence au débat d'intérêt général comme composante de la bonne foi, et notamment dans le premier d'entre eux, un arrêt de la chambre criminelle du 11 mars 2008<sup>228</sup>.

Il s'agissait en l'espèce de la parution dans le magazine *Paris Match* d'une interview d'un ancien cadre du *Crédit Lyonnais*, dans laquelle il affirmait avoir dénoncé une fraude de l'organisme bancaire, destinée à obtenir le rachat d'actifs de la compagnie d'assurance *Executive Life*, à la justice américaine. L'affaire, disait-il, avait mis « des sommes considérables à la charge de l'Etat français », actionnaire du *Crédit Lyonnais*.

Mettant en cause nommément un ancien dirigeant de la société, le directeur de publication, le journaliste auteur de l'article et l'ancien cadre à l'origine des révélations furent poursuivis, respectivement pour diffamation et complicité de diffamation. Relaxés en première instance, ils furent en revanche condamnés sur les seuls intérêts civils après appel de la partie civile. Ils ont donc formé un pourvoi en cassation.

La chambre criminelle se prononce au visa, non des seuls articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881, mais aussi de l'article 10 de la Convention EDH. Aussi, sans remettre en cause l'appréciation des juges du fond quant aux critères traditionnels de la bonne foi, la Cour de cassation va néanmoins leur faire grief de ne pas en avoir reconnu le bénéfice aux défendeurs, dès lors que « l'article incriminé, traitant d'un sujet d'intérêt général relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de l'Etat français, et donc du contribuable, des sommes considérables, ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ». L'arrêt d'appel est donc cassé sans renvoi.

La contribution à un débat d'intérêt général semble *a priori* coïncider avec l'exigence d'un « but légitime », au sens de la jurisprudence habituelle relative à la bonne foi. A la nuance près qu'elle s'apprécie de manière objective, au regard de l'intérêt du sujet traité par le propos diffamatoire, là où le « but légitime » fait l'objet d'une approche plus subjective, pour se confondre comme nous l'avons vu avec le mobile du diffamateur.

Mais surtout, cette référence nouvelle au débat d'intérêt général a très largement éclipsé, du moins dans l'arrêt de 2008, le contrôle des trois autres critères de la bonne foi. C'est pourquoi elle est rapidement apparue comme une véritable évolution de la méthode

---

<sup>228</sup> Cass. crim., 11 mars 2008, Bull. N°59 : D.2008, p.2256, J. LAPOUSTERLE, RPDP 2008, p.869, P. CONTE ; Légipresse 2008, n°253, III, p.130, B. ADER

d'analyse de la bonne foi.

## **II. Une transformation de la méthode d'analyse de la bonne foi**

S'il n'en est pas devenu le critère exclusif (A), le débat d'intérêt général a introduit un degré de proportionnalité supplémentaire dans l'appréciation des conditions de la bonne foi (B).

### **A. Un critère non-exclusif**

Bien qu'abondamment commenté, l'arrêt du 11 mars 2008 a en définitive fait naître de nombreuses interrogations. Certains observateurs se sont ainsi étonnés que la Cour de cassation ne revienne pas sur l'appréciation des éléments de la bonne foi, telle qu'elle avait été opérée par la juridiction d'appel, pour fonder uniquement sa censure sur une violation de l'article 10 de la Convention EDH.<sup>229</sup> Par ce procédé, la Haute juridiction a opté pour une mise en balance des intérêts, préconisée par la Cour EDH, afin d'aménager un juste équilibre entre la liberté d'expression, et les droits et la réputation d'autrui. Or, on le sait, le critère du débat d'intérêt général, ou en l'occurrence de l'« intérêt général du sujet », est le critère de référence de la jurisprudence européenne pour la mise en balance des intérêts. Dès lors, certains ont pu en déduire qu'il se suffisait à lui-même, et supplantait l'ensemble des autres critères de la bonne foi.

Un deuxième arrêt de la chambre criminelle a dans un premier temps semblé confirmer cette hypothèse. Rendu le 12 mai 2009<sup>230</sup>, il a immédiatement interpellé en raison de son visa unique : l'article 10 de la Convention EDH. Il s'agissait une fois encore d'un article de presse, publié dans le journal *Le Figaro*, et consacré à l'affaire dite des « disparues de l'Yonne ». L'auteur y mettait directement en cause le Procureur de la République d'Auxerre, auquel étaient imputés de nombreux manquements dans la gestion de l'affaire, et expliquait ces erreurs par la sensibilité du Procureur à des pressions politiques. Ayant été condamnés en appel pour diffamation publique envers un fonctionnaire public et complicité, le directeur de publication et le journaliste ont formé un pourvoi en cassation.

Celui-ci ne portait pas sur la constitution de l'infraction, qui ne faisait en l'espèce aucun

<sup>229</sup> Voir en ce sens : J. LAPOUSTERLE, *Diffamation : l'infraction écartée en présence d'une interview d'intérêt général* : D. 2008, p.2256. Et pour un avis contraire : B. ADER, pour qui le débat d'intérêt général ne fait qu'ajouter de la proportionnalité aux critères traditionnels de la bonne foi (*Bonne foi : la chambre criminelle à l'heure de la jurisprudence européenne sur les questions d'intérêt général* : Légipresse 2008, n°253, III, p.130)

<sup>230</sup> Cass. crim., 12 mai 2009, Bull. N°88 : D.2009, p.2316, E. AGOSTINI ; CCE sept. 2009, comm. 82, A. LEPAGE

doute, mais sur la question de sa neutralisation, par l'exception de bonne foi.

Une nouvelle fois, la Cour constate simplement que l'article litigieux se rapportait à « un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national », pour en déduire qu'il « ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat », sans faire aucune référence aux autres conditions de la bonne foi, dont on rappelle qu'elles sont pourtant en principe indispensables à la caractérisation de cette dernière.

Il était alors tentant de conclure à l'avènement d' « un nouveau fait justificatif », « tenant à l'exercice de la liberté d'expression sur un sujet d'intérêt général »<sup>231</sup>.

C'est finalement par un troisième arrêt du 19 janvier 2010<sup>232</sup>, que la Cour de cassation vint lever l'ambiguïté entourant la notion de débat d'intérêt général. Dans cette affaire, l'ancien sénateur-maire de Corbeil-Essonnes avait fait citer un conseiller municipal, qu'il disait l'avoir accusé de divers délits, et notamment de favoritisme, de mise en danger de la population ou encore de présentation d'un budget insincère. L'auteur reconnaissait certains de ces propos, dont le caractère diffamatoire n'était pas contesté. Les débats portaient donc, à l'instar des arrêts précédents, sur la justification éventuelle de l'infraction, par la bonne foi de leur auteur. Mais la cour d'appel avait cette fois accueilli le moyen de défense du conseiller municipal, estimant que les propos litigieux « sont argumentés, reposent sur des faits précis, et s'inscrivent dans le contexte d'un débat politique au sein de la ville de Corbeil-Essonnes, sans que le ton employé excède les limites admissibles en ce domaine ».

La chambre criminelle ne trouva rien à redire à cette appréciation, mais profita de l'opportunité qui lui était offerte pour préciser que « la bonne foi doit être appréciée en tenant compte notamment du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux, et du contexte politique dans lequel ils s'inscrivent. » Notons également que cet arrêt de rejet fut rendu au seul visa de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, et non de l'article 10 de la Convention EDH.

Difficile dès lors de nier le lien unissant bonne foi et débat d'intérêt général. Et en effet la jurisprudence a pu écarter par la suite la bonne foi, malgré l'intérêt général du sujet, pour avoir par exemple constaté que les propos « constituaient des attaques personnelles »<sup>233</sup>, ou

---

<sup>231</sup> A. LEPAGE, *Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon* : CCE 2009, comm. 82

<sup>232</sup> Cass. crim. 19 janvier 2010 Bull. Crim. n° 12 : AJ Pénal 2010, p.240, G. ROYER ; CCE mai 2010, comm. 52, A. LEPAGE

<sup>233</sup> Cass. crim., 10 novembre 2009 n° 09-80.856

étaient « dépourvus de base factuelle suffisante »<sup>234</sup>, ou encore avoir subordonné la neutralisation de l'infraction au « sérieux constaté de l'enquête »<sup>235</sup>. Les juges du fond ne sont pas en reste, écartant parfois la bonne foi en raison d'un « manque de prudence dans l'expression »<sup>236</sup>, ou soulignant au contraire l'emploi de « termes mesurés »<sup>237</sup>.

Toujours est-il que le débat d'intérêt général n'est pas un critère comme les autres, mais revêt une importance considérable pour avoir ajouté une dose de proportionnalité dans l'appréciation des critères traditionnels.

## **B. Un facteur de proportionnalité**

Le débat d'intérêt général s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence ancienne, mais jusqu'alors réservée au seul contexte de la polémique politique. Ainsi la chambre criminelle avait-elle affirmé dès 1978<sup>238</sup> que « les citoyens ont le droit d'être renseignés sur les opinions ou doctrines qui concernent le rôle et le fonctionnement des institutions fondamentales de l'Etat. Dans le domaine de la polémique politique touchant à des sujets de cette nature, le fait justificatif de la bonne foi propre à la diffamation n'est pas nécessairement subordonné à la prudence dans l'expression. »

La solution a depuis été réaffirmée à de nombreuses reprises<sup>239</sup>, et même étendue au cas de la polémique interne à un parti politique<sup>240</sup> ou encore de la recherche scientifique<sup>241</sup>.

Quand une diffamation est commise dans un tel contexte, les conditions de la bonne foi doivent être appréciées avec souplesse, et peuvent même dans certains cas disparaître<sup>242</sup>, qu'il s'agisse de la prudence et la mesure dans l'expression ou de l'absence d'animosité personnelle. Seule subsiste alors une exigence d'« honnêteté intellectuelle »<sup>243</sup>, là encore version édulcorée de la condition de sérieux de l'enquête.

La bonne foi apparaît d'ores et déjà comme une notion non pas unique et rigide, mais protéiforme et s'appréciant différemment selon le contexte dans lequel les propos ont été tenus<sup>244</sup>. Le débat d'intérêt général s'analyse alors comme une extension de ce « régime

<sup>234</sup> Cass. crim. 11 oct. 2011, n° 10-81.078 ; CCE janv. 2012, comm. 8, A. LEPAGE

<sup>235</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 3 févr. 2011, n° 09-10.301

<sup>236</sup> CA Versailles, 1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sec., 27 mars 2009

<sup>237</sup> TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 13 mars 2009

<sup>238</sup> Cass. crim., 23 mars 1978, Bull. n° 115

<sup>239</sup> Voir par exemple : Cass., ch. mixte 24 novembre 2000 : D. 2000 p.306

<sup>240</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 nov. 1988, Bull. civ. II, n° 219

<sup>241</sup> TGI Paris, 11 juin 1980, Gaz. Pal. 1981, I, Somm. p. 158

<sup>242</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 janvier 1998, n°94-19867 : D. 1999, p.134

<sup>243</sup> T. corr. Versailles, 17 janv. 1985 : Gaz. Pal. 1985, 2, Somm. p. 710

<sup>244</sup> N. TAVIEAUX-MORO, *Polémique politique et bonne foi* : D. 1999 p.134

spécial » de la bonne foi, qui n'est plus limité à la polémique politique.

Il constitue une étape intermédiaire entre la caractérisation de la diffamation et l'appréciation de la bonne foi, qui doit conduire le juge à apprécier plus soupagement cette dernière<sup>245</sup>. Aussi ne fonctionne-t-il pas réellement comme un label<sup>246</sup>, du moins en matière pénale, mais davantage comme une jauge, une « modélisation de proportionnalité »<sup>247</sup>.

Il existe ainsi différents degrés dans l'intérêt général du sujet, qui permettent de légitimer des propos d'une intensité elle-même variable. Lorsque l'intérêt général est très élevé, certains critères classiques de la bonne foi peuvent pratiquement disparaître<sup>248</sup>. En revanche, lorsque l'intérêt est moindre, bien que tout de même « général », les exigences sont réduites à la mesure de l'importance des propos tenus.

En outre, cette bonne foi « européanisée » pourrait parfois s'apparenter à une exception de vérité atténuée, reposant sur une obligation de moyen et non de résultat, en quelque sorte une « exception de vraisemblance ». C'est en ce sens que peuvent s'interpréter certains arrêts récents de la Cour de cassation, reprenant l'exigence européenne d'une « base factuelle suffisante » comme condition de la bonne foi<sup>249</sup>, malgré l'intérêt général du sujet.

La référence est peut être maladroite, lorsque l'on sait que la Cour EDH ne l'utilise pas à l'égard d'assertions de faits, mais précisément de jugements de valeur, dont la vérité ne peut pas être prouvée<sup>250</sup>. Elle marque en tout cas la volonté de la Cour de cassation de se conformer à la jurisprudence européenne, et a le mérite de rassurer ceux qui pouvaient en douter : la prévalence accordée au droit à l'information du public sur des questions d'intérêt général ne saurait se concevoir que dans le respect d'un minimum d'exigences éthiques.

En tout état de cause, si cette nouvelle méthode d'appréciation de la bonne foi est complexe à analyser d'un point de vue théorique, elle est particulièrement difficile à mettre œuvre en pratique. Plus exactement, il appartient au juge de trancher, selon les circonstances propres à chaque espèce, la question délicate des « limites admissibles » de la liberté d'expression, en tenant compte pour cela de l'importance du sujet et de la contribution des propos litigieux, de la véhémence de ces propos, mais aussi de leur crédibilité... Autant de

<sup>245</sup> Voir en ce sens : C. BIGOT, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, Légipresse n°290, janv. 2012, p.26

<sup>246</sup> L. MARINO parle ainsi d'un « label CADIG », conditionnant à lui seul la primauté de la liberté d'expression sur la vie privée (voir *Droits de la personnalité* : D. 2007, p.2776)

<sup>247</sup> L'expression est de C. BIGOT, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, précité

<sup>248</sup> Voir par exemple : Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 3 févr. 2011, n° 09-10.301 : la Cour ne relève que l'intérêt général du sujet et « le sérieux constaté de l'enquête ».

<sup>249</sup> Voir par exemple : Cass. crim., 11 oct. 2011, n°10-81.078 et 10-81.080 ; Cass. crim. 16 oct. 2012, n°11-88.102

<sup>250</sup> Voir *supra*, p.23

variables dont on peine à croire qu'elles puissent être systématisées.

L'on peut en particulier déplorer l'absence de ligne directrice entre les décisions des différentes juridictions, voire au sein d'une même juridiction. A titre d'exemple, signalons deux arrêts rendus par la chambre criminelle le 23 novembre 2010<sup>251</sup>, concernant tous deux des propos contenus dans un texte publié sur internet par l'Association syndicale des avocats libres, et mettant en cause le comportement de certains membres de l'Ordre des avocats du barreaux de Paris sous l'Occupation allemande. Or, dans le premier d'entre eux, la Cour de cassation va faire grief aux juges d'avoir déduit du « contexte de liberté syndicale » des propos, l'absence d'animosité personnelle du prévenu, « sans rechercher s'il avait été satisfait à l'exigence particulière de prudence dans l'expression ».

A l'inverse, dans le second, la bonne foi reconnue au prévenu n'est pas remise en cause par la Cour, dès lors que la liberté d'expression vaut « pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent », sans qu'il soit visiblement nécessaire de s'interroger cette fois sur la prudence dans l'expression...

Dans ces circonstances, on ne peut qu'adhérer à l'opinion d'un auteur, lorsqu'il conclut que « la conciliation entre les deux arrêts du 23 novembre 2010 n'est pas absolument évidente »<sup>252</sup>.

Ce sont là les premiers signes indiquant que la notion de débat d'intérêt général, si elle tend à gagner du terrain, est encore très difficile à domestiquer, et n'est à l'évidence pas encore maîtrisée.

---

<sup>251</sup> Cass. crim., 23 nov. 2010, n°10-81.847 ; 23 nov. 2010, n° 09-87.527 : Droit Pénal n°2, fév. 2011, comm. 16, M. VERON

<sup>252</sup> M. VÉRON, *La présomption d'intention de nuire : après la QPC* : Dr. Pénal 2011, comm. n°16

## **PARTIE 2 :**

### **Une référence non maîtrisée**

A plusieurs égards, l'usage de la notion de débat d'intérêt général en droit interne apparaît quelque peu hasardeux. Ainsi sa portée demeure incertaine (premier chapitre), alors que son contenu souffre toujours d'une grande imprévisibilité (seconde chapitre).

# **Chapitre 1 :**

## **Une portée incertaine**

Le débat d'intérêt général n'a pas vocation à se limiter à la diffamation, et ses faits justificatifs spéciaux. Mais avant de se demander s'il est susceptible d'irradier l'ensemble de la matière (seconde section), il convient de constater que sa nature est évolutive (première section).

### **SECTION 1 : Une nature évolutive**

S'il était par nature lié à l'exception de vérité et à celle de bonne foi, le débat d'intérêt général devrait nécessairement rester cantonné à l'infraction de diffamation. Tel n'est manifestement pas le cas, puisqu'il serait possible de lui reconnaître une vertu justificative propre (I), et qu'il a désormais une influence sur la constitution même des infractions (II).

#### **I. Une vertu justificative propre**

Si la Cour de cassation a rattaché le débat d'intérêt général au fait justificatif de bonne foi, force est de constater que ce lien n'était *a priori* pas évident. En effet, la bonne foi renvoie à une rigueur déontologique, au respect d'une ligne de conduite par le diffamateur, là où le critère de l'intérêt général repose, lui, sur une évaluation de la valeur ajoutée par les propos à un débat public, en référence au droit à l'information. Il touche donc moins au comportement du diffamateur qu'à l'intérêt des informations, contextualisées.

L'arrêt du 19 janvier 2010, que nous avons déjà évoqué comme ayant qualifié l'intérêt général du sujet d'élément d'appréciation de la bonne foi, n'a pas suffi à lever toute ambiguïté, tant il apparaît que « la convergence des principes européens et de la bonne foi « à la française » est plus fortuite que naturelle, si bien que leur conciliation est délicate »<sup>253</sup>.

Aussi, en dépit de cette qualification, pouvons-nous continuer de nous interroger sur la nature du débat d'intérêt général, et la solidité de son lien avec l'exception de bonne foi.

---

<sup>253</sup> P. CONTE, *Diffamation : Art.10, Conv. EDH, bonne foi et sujet d'intérêt général*, RPDP 2011, p.160

Un retour à la conception européenne est ici nécessaire. Pour la Cour EDH, le débat d'intérêt général est un critère à part entière, d'ailleurs le critère essentiel, permettant d'apprécier la nécessité, « dans une société démocratique », d'une restriction étatique à la liberté d'expression. La bonne foi trouve place dans cette jurisprudence, mais uniquement en ce qu'elle constitue la traduction des « devoirs et responsabilités » qui doivent accompagner toute expression publique et conditionnent sa protection par l'article 10 de la Convention. C'est ce qui avait pu conduire la juridiction strasbourgeoise à conclure, avant même 2008, à la compatibilité de la théorie française de la bonne foi avec sa propre jurisprudence.<sup>254</sup>

Ainsi, selon cette approche, c'est la bonne foi qui imprègne le critère du débat d'intérêt général, et non l'inverse.

La cour de cassation a quant à elle opéré un renversement des données, pour faire du débat d'intérêt général une composante de la bonne foi. Il est pourtant possible d'y voir un fait justificatif distinct, qui n'est peut-être pas un fait justificatif autonome (A), mais une manifestation d'un fait justificatif général, en l'occurrence l'autorisation de la loi (B).

### **A. L'idée contestée d'un fait justificatif autonome**

L'idée d'un fait justificatif autonome tenant à l'expression sur un sujet d'intérêt général, envisagée à l'origine, a depuis été battue en brèche par la chambre criminelle, s'agissant de l'infraction de diffamation. Elle présentait néanmoins un certain attrait, d'autant que la Cour de cassation l'a elle-même adoptée dans sa jurisprudence civile.

La première référence au débat d'intérêt général se retrouve effectivement dans un arrêt du 24 octobre 2006<sup>255</sup>, par lequel la première chambre civile érigea la notion en fait justificatif d'une atteinte à la vie privée.

Elle énonça à cette occasion que « l'appartenance à la franc-maçonnerie suppose un engagement, de sorte que la révélation litigieuse [...] était justifiée par l'information du public sur un débat d'intérêt général ». A défaut d'existence d'un fait justificatif de bonne foi en matière d'atteinte à la vie privée, c'est bien d'un fait justificatif distinct dont il était ici question.

<sup>254</sup> Voir en particulier : CEDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens c/ France*, 22 octobre 2007, §55

<sup>255</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 oct. 2006, n°04-16.706 : (D.2007, p.2771, L. MARINO ; Légipresse 2007, III, p.89, A. LEPAGE ; Gaz. Pal., 6 oct. 2007, p.51, P. GUERDER) : il s'agissait en l'espèce d'un article de presse révélant l'appartenance d'un élu à la franc-maçonnerie.

Plus tôt encore, la deuxième chambre civile avait fait prévaloir le « libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société » sur le droit à l'image consacré à l'article 9 du Code civil, et ce « sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »<sup>256</sup>.

La solution est sans doute moins évidente s'agissant de la diffamation. Si là encore le critère de l'intérêt général du sujet s'est propagé à la jurisprudence civile, en particulier depuis un arrêt du 3 février 2011<sup>257</sup>, il semble que la première chambre civile ait elle aussi cédé à la tentation d'une fusion avec le fait justificatif de bonne foi.

Était en cause dans cet arrêt la diffusion d'un documentaire sur Canal +, consacré à la société *Clearstream Banking*. Le reportage faisait notamment état de suspicions de blanchiment, de sorte que la société s'estimait diffamée et réclamait des dommages et intérêts. L'essentiel du travail des juges du fond avait porté sur la question de l'admission des auteurs des propos litigieux au bénéfice de la bonne foi, cette dernière ayant été finalement écartée au motif que les auteurs du reportage se seraient livrés à des « interprétations hasardeuses »<sup>258</sup>. La Cour d'appel avait par ailleurs constaté le but légitime poursuivi par les prévenus, et l'absence d'animosité personnelle, de sorte que le point d'achoppement devait être le critère du sérieux de l'enquête, voire celui de la mesure dans l'expression.

Au visa de la combinaison des articles 10 de la Convention EDH et 29 de la loi du 29 juillet 1881, la première chambre civile cassa l'arrêt d'appel ayant octroyé à la société *Clearstream* des dommages et intérêts, au motif que « l'intérêt général du sujet traité et le sérieux constaté de l'enquête, conduite par un journaliste d'investigation, autorisaient les propos et les imputations litigieux ».

Même si elle n'associe pas expressément intérêt général du sujet et bonne foi, la référence au « sérieux constaté de l'enquête », l'un des critères classiques de la bonne foi, semble sous-entendre un tel lien.

Toujours est-il que la jurisprudence civile est davantage encline à reconnaître le débat d'intérêt général comme une cause d'exonération de responsabilité.

Difficile pour autant de conclure à l'avènement, en matière pénale, d'un fait justificatif spécial d'information du public sur des sujets d'intérêt général<sup>259</sup>. Certains auteurs

---

<sup>256</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 nov. 2004, n° 03-15.397

<sup>257</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 fév. 2011, n°09-10.301, *Bull.* I, n°301: CCE mai 2011, comm. 46, A. LEPAGE

<sup>258</sup> CA Paris, 16 oct. 2008

<sup>259</sup> Le terme est plus facilement employé en matière de responsabilité civile. Voir notamment : B. BEIGNER, B. DE LAMY, E. DREYER *Traité de droit de la presse et des médias*, précité, n°1276

considèrent que la Cour de cassation s'est d'ores et déjà affranchie du fait justificatif de bonne foi, pour se placer « sur le terrain du contrôle de conventionnalité »<sup>260</sup> ; d'autres parlent plus volontiers d'un simple infléchissement dans la mise en œuvre des critères traditionnels, au profit d'une démarche davantage empreinte de « proportionnalité »<sup>261</sup>.

La première de ces approches consisterait à écarter le texte d'incrimination, en l'occurrence celui de la diffamation, au motif qu'il ne respecterait pas *en l'espèce* la Convention. Le débat d'intérêt général ne jouerait donc pas en tant que fait justificatif, mais ferait alors obstacle à la constitution même de l'infraction, faute d'élément légal. Pour autant, les arrêts rendus en matière de diffamation semblent indiquer le contraire, la Cour se situant bien au stade de la justification de l'infraction, et de l'appréciation de la bonne foi.

Selon la seconde approche en revanche, le débat d'intérêt général serait lié au fait justificatif de bonne foi de manière irrévocable, et ne pourrait dès lors être étendu à d'autres infractions. Pourtant, à y regarder de plus près, « la bonne foi et le sujet d'intérêt général paraissent plutôt destinés non pas à s'articuler entre eux – par absorption du second par la première [...] – mais à coexister sur des plans différents »<sup>262</sup>.

Une explication intermédiaire permettrait de résoudre ces difficultés. Elle consiste à considérer que le débat d'intérêt général, émanation de l'article 10 de la Convention, autorise parfois à ne pas respecter les obligations législatives.

## **B. L'idée séduisante d'un rattachement au fait justificatif d'autorisation de la loi**

Plutôt que d'y voir un fait justificatif créé *ex nihilo*, il est possible d'envisager la combinaison du débat d'intérêt général avec le fait justificatif général d'autorisation de la « loi », entendue ici au sens large (1). Cette solution présente en outre l'avantage d'offrir à la justification une assise légale dont elle était jusqu'alors privée (2).

---

<sup>260</sup> J. LAPOUSTERLE, *Diffamation : l'infraction écartée en présence d'une interview d'intérêt général* : D. 2008 p.2256

<sup>261</sup> B. ADER, *Bonne foi : la chambre criminelle à l'heure de la jurisprudence européenne sur les questions d'intérêt général* : Légipresse 2008, n°253, III, p.130

<sup>262</sup> A. LEPAGE, *Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet* : CCE 2011, comm. n°79

### *1) Une manifestation possible du fait justificatif général d'autorisation de la loi*

L'origine européenne de la notion de débat d'intérêt général, et le fondement de l'article 10 de la Convention, auraient pu amener la Cour de cassation à identifier une nouvelle manifestation de ce fait justificatif général, qui trouverait son origine dans la confrontation de deux normes antinomiques.

Le propre d'un fait justificatif est de faire triompher une valeur supérieure sur une autre, inférieure, avec laquelle elle entre en conflit. Dans l'hypothèse qui est la nôtre, il s'agit de faire face à un conflit entre d'une part la liberté d'expression et d'information, et d'autre part la réputation, l'honneur, un autre droit de la personnalité ou encore l'autorité de la justice.

Rappelons tout d'abord que la Convention EDH a, en vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, une autorité supérieure à celle des lois. On peut donc considérer que l'article 10 autorise à commettre une infraction par la neutralisation d'une norme inférieure – la législation établissant une infraction dans l'exercice de la liberté d'expression – dans le respect de certaines conditions – notamment l'existence d'une base factuelle suffisante.

Il est ainsi possible de conclure à l'existence d'un « conflit de normes correspondant au modèle de celui que l'on rencontre en cas d'ordre ou d'autorisation de la loi », de sorte que « la justification a alors une origine "légale" *lato sensu* dont il serait raisonnable d'admettre, sans doute, qu'elle prime sur une justification qui, comme la bonne foi, n'est que prétorienne. »<sup>263</sup>

En d'autres termes, en consacrant le droit de s'exprimer librement sur un sujet d'intérêt général et avec une « base factuelle suffisante », la Convention justifie qu'une infraction soit commise, puisqu'elle l'est au bénéfice de la société.

Dans ce contexte, le débat d'intérêt général ne serait qu'une extension, à l'échelle européenne, d'un fait justificatif expressément consacré par l'article 122-4 du Code pénal<sup>264</sup>. Il n'entre pas pour autant en contradiction avec les dispositions du droit pénal de la presse, mais confirme simplement que « ce qui est sanctionné au nom d'une valeur sociale, mérite parfois de ne pas l'être, lorsque, à la faveur d'un conflit, la société trouve meilleur compte à la réalisation du délit. »<sup>265</sup>

De plus, il n'offre pas une impunité absolue, puisqu'il peut arriver que la valeur sociale en conflit revête une importance « supérieure », et prime ainsi l'intérêt du public à être

<sup>263</sup> P.CONTE, *Diffamation : Art.10, Conv. EDH, bonne foi et sujet d'intérêt général*, précité

<sup>264</sup> Cet article dispose, en son premier alinéa : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires »

<sup>265</sup> Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3è. éd., n°406

informé. C'est par exemple le cas, dans la jurisprudence européenne, lorsque la publication porte une atteinte excessive à la dignité de la victime<sup>266</sup>, à la présomption d'innocence<sup>267</sup>, ou encore à la sécurité nationale<sup>268</sup>.

Enfin, l'auteur du propos doit toujours rester dans les « limites admissibles de la liberté d'expression »<sup>269</sup>, ce qui suppose notamment qu'il dispose d'une « base factuelle suffisante »<sup>270</sup> pour s'exprimer.

Une telle conception permettrait d'expliquer l'ensemble des conséquences pratiques qui pourraient à l'avenir découler du débat d'intérêt général, en tant que fait justificatif, tout en conférant à ce dernier un fondement légal.

## ***2) L'opportunité d'un fondement légal à la justification des infractions de presse***

Le droit de la presse est d'une manière générale marqué par une forte dimension prétorienne, et l'on peut même parler d'un relatif effacement du législateur en la matière, ce dernier n'intervenant souvent que pour consacrer une évolution initiée par la jurisprudence, judiciaire ou constitutionnelle.

Le fait justificatif de bonne foi a pu cependant être perçu comme une anomalie juridique, au regard du principe de la séparation des pouvoirs<sup>271</sup>. En effet, le monopole du pouvoir législatif en matière d'incrimination devrait se doubler d'un monopole de neutralisation d'une incrimination. Pour autant, l'existence d'un fait justificatif prétorien peut répondre « avec profit à la philosophie même du droit pénal, qui ne saurait se manifester à propos d'actions socialement utiles, et donc d'infractions relevant d'un tel constat. »<sup>272</sup>

Ce raisonnement, qui s'appliquait à l'état nécessité avant sa consécration légale par l'article 122-7 du Code pénal, peut être avantageusement transposé à la bonne foi, dans la mesure où l'un comme l'autre sont au service de l'utilité valorisante qui sous-tend le droit pénal.

Une partie de la doctrine pénaliste a également pu expliquer l'existence des faits

<sup>266</sup> *Hachette Filipacchi associés c/ France*, précité

<sup>267</sup> *Tourancheau et July c/ France*, précité, § 76

<sup>268</sup> CEDH, *Vereniging Weekblad Bluf! c/ Pays-Bas*, 9 févr. 1995, req. 16616/90, § 41

<sup>269</sup> Cass. crim., 12 mai 2009, précité

<sup>270</sup> Cass. crim., 10 nov. 2009, précité

<sup>271</sup> Voir notamment sur cette question : P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6<sup>e</sup> édition, 2002, n°244 : « les faits justificatifs [...] ne peuvent résulter que de la loi : si le seul législateur est compétent pour déterminer l'incrimination, il est donc seul à pouvoir en suspendre l'application. Consécutivement, les juges ne sauraient créer de leur propre autorité un fait justificatif non prévu par un texte. »

<sup>272</sup> Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, précité, n°425

justificatifs judiciaires par la théorie du caractère asymétrique de la loi pénale<sup>273</sup>. Selon cette théorie, le principe de légalité fonctionne exclusivement comme une garantie pour le justiciable, contre l'arbitraire du pouvoir législatif, interdisant toute sanction pénale qui ne serait pas prévue par un texte. La justification, quant à elle, en ce qu'elle préserve ce même justiciable d'une sanction non nécessaire, peut exister indépendamment de tout texte.

L'exception de bonne foi ne manque donc pas de pertinence juridique ; il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation a probablement laissé passer une occasion d'accroître la légitimité de la justification, en lui conférant un fondement conventionnel, et donc on le rappelle supra-légal.

Mais surtout, envisager la bonne foi comme une condition au bénéfice de l'article 10 permettait d'étendre considérablement la portée du débat d'intérêt général, pour ne pas la limiter à la seule infraction de diffamation.

Toutefois, ce même résultat peut être obtenu par la reconnaissance d'une influence du débat d'intérêt général sur la constitution des infractions, ce qui semble être la voie privilégiée par la Cour de cassation.

## **II. Une incidence sur la constitution des infractions**

Dans un contexte de grande incertitude concernant la nature et la portée du débat d'intérêt général en droit interne, un arrêt est venu établir un lien entre la notion et les éléments constitutifs d'une infraction (A), suscitant des interrogations quant au fonctionnement du mécanisme (B).

### **A. L'arrêt fondateur**

Bien qu'il n'ait pas été publié au Bulletin, l'arrêt de la chambre criminelle du 7 juin 2011<sup>274</sup> n'a pas manqué d'être remarqué par les observateurs attentifs, dans un contexte, il est vrai, d'omniprésence du débat d'intérêt général.

La particularité de cet arrêt est de concerner des propos qualifiés, non de diffamation, mais de provocation publique à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale, infraction prévue par l'article 24 alinéas 8 et 9 de la loi du 29 juillet 1881<sup>275</sup>.

<sup>273</sup> Voir notamment : P. FORIERS, *La relativité de la loi pénale et l'état de nécessité*, in *La pensée juridique de Paul Foriers*, t.1, Bruxelles, 1982, p.44 et s.

<sup>274</sup> Cass. crim., 7 juin 2011, n° 10-85.179 : CCE sept. 2011, comm. 79, A. LEPAGE ; RSC 2011, p.904, J.-F. RENUCCI ; D.2012, p.765, E. DREYER ; Gaz. Pal., 13 oct. 2011, p.11, C. MICHALSKI

<sup>275</sup> L'infraction est ainsi définie :

Il s'agissait en l'espèce de propos très virulents tenus par un député au cours d'un débat télévisé consacré à la délinquance de la communauté Rom. Il faisait état, entre autres, d'une « tendance » particulière de cette communauté à la criminalité, et de son incapacité à s'intégrer au reste de la population, aussi bien en France qu'à l'étranger. Poursuivis sur le fondement de l'article 24, le directeur de publication de la chaîne, en tant qu'auteur principal, et le député, pour complicité, furent condamnés par la Cour d'appel de Paris, laquelle reprochait notamment à l'orateur de ne pas avoir « fait preuve d'un pessimisme raisonné et argumenté ». Les deux personnes mises en cause formèrent un pourvoi en cassation, invoquant une violation de leur liberté d'expression, et donc de l'article 10 de la Convention EDH.

L'arrêt d'appel est finalement cassé, la chambre criminelle relevant que les propos litigieux « portant sur une question d'intérêt public relative aux difficultés d'intégration de la communauté Rom, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression », pour apparemment en déduire « que le délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale n'était constitué en aucun de ses éléments ».

On constatera tout d'abord une légère variation d'ordre terminologique, par la référence à une « question d'intérêt public » en lieu et place de l'« intérêt général du sujet ». Ce point ne nous paraît pas mériter que l'on s'y attarde outre mesure, tant la Cour EDH a elle-même recours à une grande variété d'expressions pour désigner une notion unique, faisant l'objet de la présente étude.

En revanche, ce qui interpelle davantage dans cet arrêt est le lien qu'établit la Cour de cassation entre la notion en question et les éléments constitutifs de l'infraction poursuivie. Un lien, ou tout au moins une juxtaposition tendancieuse entre « deux méthodes utilisées ici, le texte de source nationale pris en lui-même, d'une part, et confronté à une norme supérieure, d'autre part », semblant indiquer qu'elles « doivent se combiner ».<sup>276</sup>

Restait alors à expliquer cette articulation entre le débat d'intérêt général et les éléments constitutifs de l'infraction.

---

*Ceux qui [...] auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.*

*Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui [...] auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal.*

<sup>276</sup> C.MICHALSKI, *Propos sur la dangerosité des Roms : sujet d'intérêt général et (donc ?) absence d'infraction* : Gaz. Pal., 13 octobre 2011 n°286, p.11

## **B. Le fonctionnement du mécanisme**

L'arrêt du 7 juin 2011, s'il est effectivement le premier à tenir compte expressément de l'existence d'un débat d'intérêt général, s'agissant de faits de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, n'est pas pour autant une surprise.

A de nombreuses reprises par le passé, la chambre criminelle avait déjà marqué son intention d'accroître les effets de l'article 10 de la Convention EDH sur l'application de cette infraction, mais aussi du délit d'injure, prévu par l'article 29 alinéa 2 de la loi de 1881<sup>277</sup>. On peut notamment citer un arrêt de 2007 qui, pour rejeter un pourvoi formé contre une décision ayant refusé de condamner l'auteur de propos, certes assez virulents, critiquant le projet de construction d'une mosquée en Alsace, avait pris soin de relever que « les propos dénoncés n'excédaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>278</sup>.

Dans un autre arrêt de la même année, la Cour avait encore approuvé les juges du fond d'avoir écarté une qualification d'injure à propos d'un dessin représentant le Christ, nu, affublé d'un préservatif, en précisant au passage que « si ce dessin a pu heurter la sensibilité de certains chrétiens ou de certains catholiques, son contenu, qui illustre un débat entre cardinaux sur la nécessité de se protéger du SIDA et entend frapper le lecteur sur le fléau que le virus représente notamment en Afrique, ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression garantie par la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>279</sup>.

A l'époque, l'ajout de ce fondement, avait intrigué, dans la mesure où la Cour validait par ses décisions des arrêts de relaxe. Il n'était sans doute pas indispensable de neutraliser une infraction... qui n'avait pas été caractérisée. Ce faisant, la Haute juridiction française avait vraisemblablement cherché à anticiper sur les affaires suivantes, en invitant les juges du fond à interpréter les incriminations concernées « à la lumière » de l'article 10.

Il ne peut être question de légitimer des infractions qui n'ont pas été commises. Mais encore le seraient-elles, il n'est pas davantage concevable de justifier des propos dont il serait admis par ailleurs qu'ils constituent une incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence, dès lors qu' « il ne peut y avoir de bons racistes »<sup>280</sup>.

C'est donc bien sur les éléments constitutifs de l'infraction eux-mêmes que le débat

<sup>277</sup> L'injure y est définie comme : *toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait*

<sup>278</sup> Cass. crim., 30 mai 2007, *Bull.* n°140, RPD 2008 p.122, note P.CONTE ; D. 2007 p.1817, *obs.* D. CARON

<sup>279</sup> Cass. crim., 2 mai 2007, *Bull.* n° 115 ; *Gaz. Pal.* 4 et 5 janv. 2008, p.7, *note* Y. MONNET

<sup>280</sup> B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000, n°518

d'intérêt général déploie ses effets. Mais de quelle façon ?

Il ne peut s'agir tout d'abord de considérer que la volonté d'informer le public sur un sujet d'intérêt général – le mobile du locuteur – serait suffisante à faire disparaître l'élément moral, et donc l'infraction. Les mobiles sont en principe indifférents à la constitution de l'infraction, sauf à ce que le législateur en dispose autrement. Si certaines juridictions d'appel ont tenté par le passé d'établir une exception à ce raisonnement dans le cas d'appropriations frauduleuses commises par un salarié, et commises dans le but d'assurer sa défense dans une instance prud'homale, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée en ce sens<sup>281</sup>.

L'explication doit être recherchée ailleurs.

Nous savons que la Cour EDH exige que toute condamnation d'une personne ayant fait usage de sa liberté d'expression soit nécessaire et proportionnée à un objectif légitime mentionné au second paragraphe de l'article 10. Aussi, et bien que les infractions d'incitation à la discrimination ou à la haine et d'injure, aient toujours été jugées conformes à la Convention<sup>282</sup>, leur rédaction en des termes très larges est susceptible de permettre des applications qui, dans une situation d'espèce, ne respecterait pas les critères de validité européens.

En d'autres termes, c'est parce qu'un « délit n'est pas ce cube aux arêtes vives que modèle le principe de la légalité criminelle lorsqu'il est scrupuleusement respecté »<sup>283</sup> qu'il peut être nécessaire de le circonscrire, afin précisément que ne puissent être sanctionnés des propos qui n'excéderaient pas les « limites admissibles » de la liberté d'expression, telles que les conçoit la juridiction de Strasbourg. Aussi est-il possible de conclure que « l'article 10 n'opère donc pas de l'extérieur : il est une donnée interne de l'infraction elle-même et vient modeler en quelque manière ses éléments constitutifs. »<sup>284</sup>

Une telle approche présente en outre l'avantage d'expliquer la nature « hybride » du débat d'intérêt général, capable aussi bien de se muer en fait justificatif, comme nous l'avons vu précédemment, que d'infiltrer les éléments constitutifs d'une infraction pour en restreindre le domaine d'application.

<sup>281</sup> Voir sur cette question : Y. MAYAUD, *Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale*, in Mélanges offerts à Raymond Gassin, PUAM 2007, p.293

<sup>282</sup> Par la Cour de cassation (par exemple, pour l'incitation à la discrimination, la haine ou la violence : Cass. crim. 13 mars 1989, *Bull.* n°118 ; pour l'injure : Cass. crim., 12 nov. 2008, *Bull.* n° 229) comme par la Cour EDH (Pour l'incitation à la haine : CEDH, 24 juin 2003, *Garaudy c/ France* ; pour l'injure : CEDH, 31 janv. 2006, *Giniewski c/ France*)

<sup>283</sup> P. CONTE, *Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence* : RPDP 2008, p.123

<sup>284</sup> *Ibid*

Car en effet, lorsque les termes de la loi sont suffisamment précis pour que ses conditions d'application soient prévisibles, comme c'est le cas par exemple pour l'incrimination de diffamation, l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression résulte d'un choix délibéré du législateur. Un même propos est, ou n'est pas, attentatoire à l'honneur ou à la considération de la personne qu'il vise, mais cette circonstance demeure indépendante de la qualité ou la réputation de cette personne, et du contexte dans lequel s'insère le propos litigieux.

Redéfinir une telle infraction reviendrait à usurper le rôle du législateur. En revanche, une solution plus conforme à la hiérarchie des normes consiste, soit à abroger l'infraction, s'il apparaît qu'elle viole la Constitution, soit à ériger un fait justificatif, tenant par exemple à la spécificité d'une expression formulée dans le cadre d'un débat d'intérêt général.

La nature évolutive du débat d'intérêt général nuit à n'en pas douter à la lisibilité de la notion, mais elle pourrait lui permettre de s'adapter à chaque infraction de presse.

## **SECTION 2 : Une irradiation potentielle à l'ensemble de la matière**

Une fois établis les fondements juridiques des débats d'intérêt général, et leur distinction des faits justificatifs spéciaux de la diffamation, rien ne s'oppose à ce qu'ils se propagent à l'ensemble du droit pénal de la presse (I) voire au-delà, à toute incrimination entrant en conflit avec la liberté d'information (II).

### **I. Une influence généralisable à toutes les infractions de presse**

Qu'il soit envisagé comme un fait justificatif ou comme un facteur d'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction, le débat d'intérêt général n'a pas vocation à éradiquer de notre ordre juridique les infractions constituant des abus de la liberté d'expression (A), mais à permettre une application proportionnée de celles-ci (B).

## A. La compatibilité *in abstracto* des infractions de presse au débat d'intérêt général

Le débat d'intérêt général s'inscrit dans un mouvement plus large de promotion de la transparence et du droit de savoir, qui invite à s'interroger sur la légitimité des infractions de presse, ou *a contrario* sur l'opportunité d'une dépenalisation de la matière. Certaines incriminations ont ainsi été écartées par les juridictions, voire abrogées par le législateur ou le Conseil constitutionnel, souvent à la suite de condamnations européennes, en raison de leur caractère « général et absolu » et *donc* contraire à l'article 10 de la Convention EDH. Force est de constater que de telles décisions s'expliquaient davantage par une mauvaise appréhension de l'intelligence du droit européen<sup>285</sup> que par une démarche empreinte de modération.

Rappelons que pendant longtemps, le contrôle de conventionnalité exercé par les juridictions françaises s'est avéré lacunaire, en ce qu'il se limitait à un examen *in abstracto* de la conformité des incriminations à l'article 10 de la Convention, omettant l'exigence européenne d'un contrôle qui porte « à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même si celles-ci émanent d'une juridiction indépendante »<sup>286</sup>. Il en résultait un escamotage de l'étape pourtant déterminante de ce contrôle : l'examen de la nécessité de l'ingérence, ainsi que « l'affirmation quasi automatique et souvent elliptique de la compatibilité avec l'article 10 »<sup>287</sup>.

Avec la prise en compte progressive du contexte de débat politique, puis de débat d'intérêt général, contrainte par les nombreuses condamnations infligées par Strasbourg en matière de liberté d'expression, le risque est grand de tomber désormais dans l'excès inverse. Il s'agirait alors d'écarter une loi parce qu'elle est susceptible de faire obstacle au libre débat des questions d'intérêt général, sans rechercher si tel est le cas dans les circonstances de la cause.

Or, le débat d'intérêt général ne doit pas être considéré comme une « arme de dépenalisation massive ». Tout d'abord, parce qu'il partage la philosophie du droit pénal, et poursuit la même finalité : la protection de l'intérêt général. Ensuite parce qu'il permet d'affiner la répression pénale, par l'identification des auteurs d'infractions de presse qui desservent l'intérêt social, précisément parce qu'ils nuisent à autrui et à la société sans rechercher la satisfaction de l'intérêt général.

<sup>285</sup> E. DREYER, *La criminelle, la Convention et la presse, réflexion sur l'étendue d'un contrôle* : RTDH 2002, p.502, n°15

<sup>286</sup> *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, précité, §35

<sup>287</sup> B. BEIGNER, B. DE LAMY, E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, précité, n°170

Par conséquent, son effet doit être de favoriser une interprétation d'un texte de portée générale et absolue dans un sens qui le rende conforme aux exigences européennes, en invitant pour cela le juge à apprécier, dans chaque situation d'espèce, si le propos litigieux traduit effectivement une préoccupation d'intérêt supérieur.

Il peut à ce titre permettre de compenser les excès d'une vision jusqu'ici manichéenne de la Cour de cassation, et des juridictions nationales en général, qui ont trop souvent pratiqué une logique du « tout ou rien »<sup>288</sup>.

Un exemple l'illustre parfaitement : celui de l'infraction d'offense au Président de la république. Autrefois envisagé à l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881, ce délit n'était guère défini autrement que par son intitulé, et avait ainsi une portée pour le moins « générale et absolue ».

C'est pourquoi un auteur s'était posé la question suivante, au lendemain de l'immixtion des débats d'intérêt général dans le régime de la diffamation : « l'incrimination de l'offense au Président de la république peut-elle être neutralisée par la circonstance que les propos offensants s'inscrivent dans un sujet d'intérêt général ? »<sup>289</sup>

La réflexion était à n'en pas douter légitime, et l'on aurait effectivement pu voir dans cette infraction un terrain privilégié pour l'épanouissement de la nouvelle notion. Il n'en sera rien, le législateur ayant préféré abroger purement et simplement l'article 26, à la suite d'une condamnation européenne dans une affaire là encore très médiatisée<sup>290</sup>.

Ce n'est pas là ce que préconisait la Cour EDH, qui avait clairement affirmé ne pas avoir à se prononcer sur la compatibilité de l'infraction à la Convention. Elle exigeait seulement des juges nationaux une prise en compte intégrale de l'article 10 dans leurs décisions, qui aurait dû les conduire en l'espèce à conclure à l'absence de nécessité d'une condamnation.

Pour cela, la mise en balance des intérêts doit devenir la norme en droit français, au terme d'une analyse *in concreto*, et c'est ce que permettent les débats d'intérêt général.

---

<sup>288</sup> E. DREYER, in *Liberté, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p.677

<sup>289</sup> A. LEPAGE, *Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon* : CCE 2009, comm. 82

<sup>290</sup> Affaire dite du « casse toi pov' con », qui avait donné lieu à la première application de cette incrimination depuis plusieurs décennies, à l'encontre d'un manifestant ayant brandi une pancarte reproduisant les mots prononcés le Président de la république quelques années plus tôt, à l'occasion d'une visite au salon de l'agriculture. Le manifestant, condamné, avait ensuite saisi la Cour EDH, qui lui a donné raison dans un arrêt *Eon c/ France* du 14 mars 2013 (req. 26118/10)

## **B. La généralisation du contrôle de proportionnalité *in concreto***

Le contrôle de nécessité, tel qu'il est envisagé par la juridiction européenne, consiste à apprécier au cas par cas l'opportunité de faire application d'une infraction de presse, et donc à évaluer la proportionnalité de l'atteinte qui doit être portée à la liberté d'expression. Aussi est-il « impossible de conclure que le contrôle de nécessité aboutirait à la neutralisation d'une règle de responsabilité du fait de l'expression, et paralyserait cette norme à jamais par une sorte d'abrogation judiciaire »<sup>291</sup>.

Il est désormais clair que la Cour de cassation a d'ores et déjà généralisé ce contrôle de proportionnalité, pour ne plus seulement écarter la diffamation lorsqu'elle s'avère justifiée, mais pour augmenter son seuil de tolérance à des propos injurieux, ou encore incitatifs à la haine. De sorte que des propos, qui auraient été jugés par le passé constitutifs d'une infraction, ne le sont plus lorsqu'ils s'inscrivent dans un débat d'intérêt général.

Dans ce cas en effet, quelle que soit l'infraction pour laquelle elle sera saisie, une juridiction concentrera essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, ses efforts sur la détermination des limites admissibles de la liberté d'expression. Les infractions de presse ne vont pas pour autant disparaître, mais devront s'imprégner de l'article 10 de la Convention EDH, à un titre ou à un autre.

Deux conséquences classiques s'attachent à ce mouvement général de promotion du principe de proportionnalité. La première est qu'il permet au juge « de mieux adapter la réponse judiciaire à la réalité sociologique, et de rendre ainsi une meilleure justice »<sup>292</sup>. Cet aspect n'est pas négligeable s'agissant du droit de la presse, souvent taxé de pénaliser de manière excessive en raison du manque de clarté et de précision de certaines infractions, notamment l'injure, les délits d'offense avant leur disparition, ou encore les apologies<sup>293</sup>. L'article 10 permettra à coup sûr de réguler la répression.

Mais un examen de proportionnalité n'est rien de moins que la consécration de l'arbitraire judiciaire. En l'occurrence, il s'agira de s'en remettre au juge pour qu'il détermine si les

---

<sup>291</sup> G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, 2004, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, p.374

<sup>292</sup> C. BIGOT, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, *Légipresse* n°290, janvier 2012, p.26

<sup>293</sup> Définies comme le fait... de faire l'apologie de certains crimes, dont l'article 24 de la loi de 1881 établit la liste.

On ne peut dès lors s'abstenir d'établir un parallèle avec l'infraction de harcèlement sexuel, abrogée par le Conseil constitutionnel dans une décision DC 2012-240, rendue sur QPC le 4 mai 2012, pour son manque de précision quant aux éléments constitutifs du délit.

« limites admissibles de la liberté d'expression » n'ont pas été franchies, sans qu'il ne soit tenu par un texte d'incrimination prévoyant, de manière claire et précise, ce que sont ces limites. A ce titre, l'exigence d'une « base factuelle » est sans doute source d'objectivité, bien que le degré d'exigence puisse là encore considérablement varier. On sait en outre que cette exigence ne s'applique pas aux jugements de valeur, le juge étant, dans ce dernier cas, livré à lui-même dans l'appréciation du niveau d'acceptabilité d'un propos.

Outre les infractions de presse *stricto sensu*, le raisonnement devrait bien vite s'étendre aux autres infractions d'expression<sup>294</sup>.

## **II. Une influence extensible aux infractions de droit commun**

La sphère d'influence potentielle du débat d'intérêt général ne se limite pas aux infractions de presse *stricto sensu*, c'est-à-dire aux incriminations contenues dans la loi du 29 juillet 1881. Certaines infractions, qualifiées d'infractions de droit commun pour être contenues dans le Code pénal, ou parfois d'infractions d'expression<sup>295</sup>, risquent fort d'être influencées à leur tour par la notion. C'est la cas en particulier d'infractions préservant les droits de la personnalité (A) et de celles protégeant les secrets (B).

### **A. Débats d'intérêt général et atteintes à la personnalité**

Les droits de la personnalité désignent les éléments permettant de distinguer une personne, de l'envisager dans son irréductible individualité. Certains d'entre eux peuvent entrer en conflit avec la liberté d'expression et d'information, tel le droit à la vie privée, à l'image ou encore à la présomption d'innocence. Néanmoins, les atteintes à la présomption d'innocence commises par voie de presse, lorsqu'elles sont érigées en infractions pénales, sont souvent incorporées à la loi de 1881, subissant l'influence du débat d'intérêt général. Il sera donc question d'envisager ici les atteintes à la vie privée et à l'image.

Le droit aménage dans ce domaine un régime laissant une place prépondérante à la liberté individuelle. C'est ainsi que le droit pénal, comme le droit civil, subordonnent en principe la licéité d'une publication à la volonté de la personne qui en fait l'objet, celle-ci devant par exemple consentir à l'utilisation de son image, ou à la divulgation d'éléments de sa vie privée. Dès lors, l'absence de consentement apparaît comme un élément constitutif de ces

<sup>294</sup> A. LEPAGE, *Le Code pénal et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p.135 et s.

<sup>295</sup> *Ibid*

infractions.

Si la protection civile de la personnalité est très étendue<sup>296</sup>, la prise en charge par le droit pénal est beaucoup plus restreinte. Les articles 226-1 et 226-2 du Code pénal se limitent notamment à la protection de « l'intimité de la vie privée », en incriminant respectivement la fixation et la diffusion des « paroles prononcées à titre privé ou confidentiel » ou de « l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé », lorsqu'elles sont réalisées sans le consentement de cette personne.

Or, c'est précisément en permettant à l'auteur d'une publication incluant des éléments de la vie privée ou l'image d'une personne de s'affranchir de ce consentement<sup>297</sup> que se traduirait l'influence du débat d'intérêt général en la matière.

Comme nous l'avons déjà évoqué à propos de la limite subsistant à l'exception de vérité de la diffamation, concernant des faits relevant de la vie privée, la Cour EDH, et plus récemment la Cour de cassation, n'hésitent pas à faire prévaloir le droit à l'information du public sur un sujet d'intérêt général sur le droit à la vie privée<sup>298</sup>. Il ne serait dès lors pas étonnant que les infractions établies par les articles 226-1 et 226-2 soient elles-aussi affectées par la prise en compte du débat d'intérêt général.

Plusieurs décisions récentes permettent de constater que le débat d'intérêt général, s'il pourrait bien à terme infléchir la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, n'a pas encore atteint cet objectif.

Deux affaires méritent en particulier d'être évoquées, impliquant l'une comme l'autre le site d'information *Mediapart*, pour la publication d'extraits d'enregistrements clandestins.

Dans la première d'entre elles, le majordome d'une célèbre milliardaire avait décidé d'enregistrer de mystérieuses « réunions d'affaires » de cette dernière, à son insu. Les écoutes mettaient en évidence toute une série de faits susceptibles de recevoir une qualification pénale, notamment de fraude fiscale, de financement illicite d'un parti politique, ou encore de conflits d'intérêts, faits ayant d'ailleurs donné lieu par la suite à l'ouverture d'informations judiciaires.

Dans ces circonstances, l'intérêt général des publications ne prêtait pas à discussion, tant notamment le retentissement médiatique avait été important.

---

<sup>296</sup> Notamment grâce aux dispositions très générales de l'article 9 du Code civil : *Chacun a droit au respect de sa vie privée*

<sup>297</sup> L'absence de consentement est également érigée en élément constitutif de l'infraction par l'article 226-1 du Code pénal

<sup>298</sup> Voir *infra*

La personne visée par les enregistrements avait introduit un référé, sur la base de l'article 809 du Code de procédure civile, dirigé contre le directeur de publication et les journalistes à l'origine des révélations. Elle réclamait le retrait des enregistrements litigieux, invoquant une violation des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal. Sans surprise, le directeur de publication et les journalistes se défendaient en invoquant leur liberté d'expression.

Les juges du fond avaient été sensibles à l'argument de la légitimité des publications, au nom du droit à l'information du public sur un sujet d'intérêt général, et avaient ainsi rejeté les prétentions de la demanderesse.

Ils estimaient pour cela que « l'article 226-2 n'englobe pas dans sa prévention tout enregistrement de propos effectués sans le consentement de l'auteur qui les a tenus, mais uniquement ceux qui portent atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui, comme l'énonce en ouverture l'article 226-1. »<sup>299</sup>

En d'autres termes, ils optaient pour une interprétation restrictive des articles en question, pour faire d'une condition des infractions le fait que les propos ou les images portent une atteinte effective à l'intimité de la vie privée des personnes enregistrées à leur insu.

La première chambre civile de la Cour de cassation n'a pas souscrit à cette approche. Cassant l'arrêt d'appel, elle a au contraire affirmé, à l'instar de la chambre criminelle, que la seule captation des paroles – ou de l'image – d'une personne, et leur diffusion, dans les conditions prévues par les articles susmentionnés : « constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public »<sup>300</sup>.

Une telle solution s'explique sans doute, comme le propose un auteur ayant commenté cet arrêt, par le fait que « le problème avait été mal posé devant les juridictions inférieures »<sup>301</sup>. En effet, le raisonnement adopté par la Cour de cassation consiste à déduire l'existence d'une atteinte à la vie privée du procédé utilisé pour espionner autrui, sans s'attacher à la nature des propos ou de l'image que le procédé en question a permis de récupérer. Il ne s'agit pas pour autant de faire de cette infraction une infraction formelle, mais simplement de considérer que la mise en œuvre d'un tel procédé implique l'existence du résultat redouté par le législateur : une atteinte à l'intimité de la vie privée.

Un tel raisonnement n'est pas nouveau, puisqu'il s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence de la chambre criminelle. Il est même peut-être opportun, en ce qu'il vise à ne pas faire

<sup>299</sup> CA Paris, 23 juill. 2010, CCE 2011. Comm. n°6, *obs.* A. LEPAGE

<sup>300</sup> Cass., Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2011, n° 10-21.822 : D. 2011 p.2771, *note* E. DREYER

<sup>301</sup> E. DREYER, *De l'influence du droit pénal sur le droit civil en matière de vie privée* : D. 2011 p.2771

dépendre la répression de comportements dont on comprend sans difficulté le caractère extrêmement intrusif, et par là même socialement dangereux, du hasard ou de l'efficacité du dispositif de sonorisation ou de fixation d'images. Mais en toute hypothèse, il n'accorde pas au débat d'intérêt général le rôle qui devrait lui être dévolu ou, pour le dire autrement, « il semble inévitable que l'article 10 de la Convention EDH produise ici aussi son effet neutralisant »<sup>302</sup>.

Il s'agit là d'une exigence européenne, avec laquelle l'arrêt du 6 octobre 2011 se place indéniablement en porte-à-faux. Reste à déterminer une fois encore à quel titre devrait jouer le débat d'intérêt général. Est-ce en tant que fait justificatif d'une infraction qui serait par ailleurs caractérisée, ou au contraire comme « une exigence supplémentaire de gravité qui empêche de constater ces délits et assure l'impunité des propos les moins choquants »<sup>303</sup>?

Nous l'avons vu, la Cour de cassation peine à adopter une position définitive sur la question, mais l'on ne peut que regretter que celle-ci n'ait même pas été abordée par le présent arrêt, au risque d'exposer la France à de nouvelles remontrances de la part de la juridiction de Strasbourg.

Les juges du fond semblent avoir une meilleure appréhension de ces risques, et continuent leurs appels du pied à la Haute juridiction. En témoigne la seconde espèce qu'il nous faut désormais évoquer, et dont la Cour de cassation risque fort d'avoir à connaître également.

D'enregistrements clandestins il était encore question, qui faisaient cette fois entendre une voix présentée comme celle de l'ancien maire de la ville de Corbeil-Essonnes. Les propos, publiés par *Mediapart*, laissaient entendre l'implication de ce dernier dans un système d'achat de votes qui auraient permis l'élection de son successeur à la tête de la ville.

Une demande en référé avait été déposée, selon la même procédure que dans la précédente affaire, pour obtenir là encore la suppression des extraits rendus publics. Encore fallait-il établir l'existence d'un « trouble manifestement illicite »<sup>304</sup>, qui aurait résulté en l'espèce de la violation des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal, et donc d'une atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne visée par les enregistrements.

---

<sup>302</sup> *Ibid*

<sup>303</sup> *Ibid*

<sup>304</sup> Condition posée par l'article 809 du Code de procédure civile pour bénéficier d'une « mesure conservatoire ou de remise en l'état ».

Le récent jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris<sup>305</sup> marque une nouvelle étape importante, et on peut l'espérer, décisive, en faveur de la prise en compte du débat d'intérêt général dans le traitement pénal des atteintes à l'intimité de la vie privée.

Il constate, certes, l'existence d'actes entrant dans le champ d'application des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal, en l'occurrence un « enregistrement [...] obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1 du code pénal » et « sa diffusion au public », et ce « sans qu'il soit besoin de considérer la nature attentatoire à l'intimité de la vie privée des propos eux-mêmes recueillis. »

Une infraction pénale a donc visiblement été commise. Mais la juridiction de référé, très au fait de la jurisprudence européenne en matière de liberté d'expression, ne s'arrête pas là. Bien au contraire, dans la mesure où les revendications du demandeur constitueraient une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, le Tribunal estime qu'il faut encore rechercher si celle-ci serait conforme à l'article 10 de la Convention EDH, et donc si « le succès des prétentions du demandeur constituerait [...] une mesure nécessaire et proportionnée à la protection du droit invoqué ».

Pour cela, les juges du fond considèrent la nature des informations révélées par le site internet, et notent en particulier qu'elles relèvent « de plusieurs questions majeures d'intérêt général dépassant, du fait de la personnalité du demandeur et de la nature des pratiques évoquées, les seuls enjeux électoraux locaux et mettant en cause la probité publique, la sincérité du scrutin, les rapports entre les élus et les administrés et diverses questions sur le lien social dans les communes françaises. »

Dès lors, les enregistrements litigieux, qui contribuaient à un débat d'intérêt général, étaient justifiés par le droit à l'information du public, le Tribunal relevant en outre que les propos publiés « ne sont en aucune manière relatifs à la vie privée » de l'ancien maire. Par conséquent, l'atteinte portée à l'intimité de la vie privée du demandeur ne constitue pas un « trouble manifestement illicite », et ses prétentions sont donc rejetées.

Il faudra bien sûr suivre avec attention le sort de cette décision, dont rien ne dit qu'elle parviendra à convaincre la Cour de cassation de faire évoluer sa jurisprudence. C'est en tout cas un pas dans la bonne direction qui a été accompli, qui démontre que le débat d'intérêt général est en passe de s'émanciper de la loi du 29 juillet 1881.

---

<sup>305</sup> TGI Paris, 18 octobre 2013, n° RG 13/57406

## **B. Débats d'intérêt général et violations de secrets protégés**

Il est un autre domaine où l'influence du débat d'intérêt général pourrait bien se faire sentir, s'agissant d'infractions de droit commun : celui des secrets. Nous faisons tout d'abord référence au secret professionnel, établi à l'article 226-13 du Code pénal, qui punit d'un d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire »<sup>306</sup>. On trouve, au titre des professionnels qui en sont débiteurs, les médecins, les avocats ou encore les banquiers.

Est également concerné le secret de l'enquête et de l'instruction, dès lors que l'article 11 du Code de procédure pénale soumet toute personne concourant à l'une ou l'autre de ces procédures « au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ».

La liberté de la presse entre souvent en conflit avec ces secrets pénalement protégés, de manière indirecte, à l'occasion par exemple de la révélation dans les médias d'informations ayant été obtenues en violation des dispositions que nous venons d'évoquer. Les journalistes n'étant soumis à aucun de ces textes, c'est sous l'angle du recel qu'ils pourront être poursuivis, en vertu de l'article 321-1 du Code pénal<sup>307</sup>.

Il convient tout d'abord de préciser que le contenu informationnel d'un document ne peut pas, à lui seul, faire l'objet d'un vol, ni *a fortiori* d'un recel. Pour que le délit de recel de violation d'un secret, professionnel ou judiciaire, puisse être retenu à l'encontre d'un journaliste, encore faut-il que la possession d'un document résultant d'une telle violation soit établie, par exemple parce que le document en question a été publié.

Le recel d'une violation d'un secret protégé n'est peut-être pas un recel d'informations, il n'en demeure pas moins le recel d'une infraction contre les personnes – dans la mesure où l'infraction en question protège la présomption d'innocence – et contre l'autorité de la justice, dont on peut se demander s'il est bien légitime.

---

<sup>306</sup> L'article 226-14 du Code pénal prévoit quant à lui les exceptions au secret professionnel. Il vise notamment, outre l'ordre ou l'autorisation de la loi, la dénonciation de certaines atteintes à l'intégrité physique de mineurs ou de personnes vulnérables, ou encore le signalement de personnes présentant un risque de trouble à l'ordre public, aux autorités compétentes.

<sup>307</sup> Le recel y est défini comme :

*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*

C'est ce que fait remarquer fort justement un auteur<sup>308</sup>, après avoir rappelé que l'infraction de recel, à l'origine, ne pouvait accompagner que des atteintes aux biens. La jurisprudence d'abord, puis la réforme du Code pénal en 1994, l'ont étendue à toute personne qui « en connaissance de cause » bénéficie « par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit », consacrant ce que l'on présente désormais comme le recel-profit.

Mais ce profit devait toujours s'entendre d'un bénéfice économique tiré de l'infraction d'origine, et non pas de tout « intérêt aux conséquences d'une infraction »<sup>309</sup>, ce que démontre notamment le fait que l'incrimination de recel trouve sa place dans le troisième livre du Code pénal, donc parmi les infractions contre les biens. L'idée était alors d'étendre l'application de cette infraction aux hypothèses dans lesquelles une personne avait effectivement tiré profit d'une atteinte aux biens, mais n'avait à aucun moment détenu matériellement la chose en question, de sorte que le recel-détention ne pouvait être caractérisé à son égard.

En considérant que le recel pouvait admettre n'importe quelle infraction d'origine, qu'elle protège les biens, les droits d'autrui ou l'intérêt de la justice, la chambre criminelle a peut-être trouvé la seule qualification de droit commun « apte à protéger de telles valeurs »<sup>310</sup>, mais elle lui a conféré une portée qui « n'entre pas dans les prévisions du recel »<sup>311</sup>.

Dans ces circonstances, certains juges du fond ont cherché un moyen de limiter les conséquences de cette jurisprudence, ce qui ne pouvait passer que par la neutralisation de l'infraction de recel.

La première opportunité leur est venue du recours aux droits de la défense. Le contexte était le suivant : devant la menace de poursuites pénales sous cette qualification, les journalistes ne publiaient plus directement les documents obtenus de manière illicite, mais n'en mentionnaient que la substance, dans leurs articles. Devant parfois faire face à des actions en diffamation, ils se retrouvaient cependant confrontés à l'impossibilité d'établir la vérité de leurs allégations diffamatoires, ou leur bonne foi, sans encourir une condamnation pour recel de violation d'un secret protégé, et ce d'autant plus que la jurisprudence fait preuve depuis toujours d'une grande souplesse dans l'appréciation des éléments constitutifs

---

<sup>308</sup> G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, 2004, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, p. 322

<sup>309</sup> *Ibid*, p. 340

<sup>310</sup> Voir en ce sens : J. FRANCILLON, *Protection des sources journalistiques. Poursuite pour recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel* : RSC 2008 p.95. L'auteur y soutient au contraire le bien-fondé de cette qualification, seule à même de permettre une protection effective des secrets judiciaires.

<sup>311</sup> G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, précité, p.128

de ce délit<sup>312</sup>.

C'est dans une espèce similaire qu'est intervenu le célèbre arrêt du 11 juin 2002<sup>313</sup>, rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Au visa notamment du principe du respect des droits de la défense, la chambre criminelle cassa un arrêt d'appel ayant déclaré un journaliste coupable de recel de violation du secret de l'instruction. Elle fit pour cela grief aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si, en l'espèce, la production en justice des pièces litigieuses, objet des poursuites exercées contre l'intéressé, n'avait pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense. »

En consacrant de la sorte les droits de la défense comme fait justificatif d'une infraction par ailleurs constituée<sup>314</sup>, la Cour de cassation est parvenue à restreindre en partie l'atteinte portée à la liberté d'information. Est-ce pour autant suffisant pour s'éviter les foudres de la justice européenne<sup>315</sup>? Car après tout, le droit à l'information du public sur un sujet d'intérêt général ne mériterait-il pas d'être érigé, à son tour, en fait justificatif de l'infraction de recel ?

La chambre criminelle refuse pour l'heure de prendre en considération, en tant que telle, la contribution à un débat d'intérêt général qu'est susceptible d'apporter un document obtenu illicitement. Pourtant, à l'évidence, cette jurisprudence affecte la liberté d'informer, sur des sujets qui peuvent pourtant relever de l'intérêt général.

Les journalistes se retrouvent confrontés à un nouveau dilemme, guère plus satisfaisant que le précédent. Soit ils publient les documents illicites, afin d'étayer et d'objectiver leur enquête et mieux convaincre leurs lecteurs, mais ils s'exposent inévitablement à une action pénale, soit ils se contentent de faire état d'informations invérifiables, qui pourraient tout aussi bien n'être que rumeurs ou bruits de couloirs, et dont la véracité ne pourra être prouvée qu'au terme d'une hypothétique action en diffamation.

---

<sup>312</sup> L'élément matériel est par exemple caractérisé lorsque « la provenance des documents [...] était nécessairement délictueuse » (Cass. crim., 19 juin 2001, *Bull.* n°149 : RSC 2012 p.119, note J. FRANCILLON), et l'élément moral par la seule démonstration que le prévenu « ne pouvait ignorer » l'origine délictueuse de la chose recelée (Cass.crim. 3 août 1935, D. 1937, I, p.94 note LELOIR)

<sup>313</sup> Cass. Crim., 11 juin 2002, *Bull.* n° 132, D. 2002 p. 2453 et 2004 p.317, obs. B. DE LAMY ; JCP 2003. II. 10061, note E. DREYER ; Dr. pénal 2002, comm. 135, note M. VERON ; Gaz. Pal. 2002 p.1745, note Y. MONNET, *Légipresse* 2003, n° 201, III, p.71, obs. B. ADER

<sup>314</sup> Solution ensuite consacrée par la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, qui a complété l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 de l'alinéa suivant : *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*

<sup>315</sup> Nous savons que la Cour EDH fait primer le droit à l'information du public sur les secrets protégés, lorsque l'information en question « apporte une contribution à un débat public relatif à une question d'intérêt général » (*Fressoz et Roire c/ France*, précité, §50)

La qualité de l'information aurait sans doute beaucoup à gagner à la promotion du débat d'intérêt général en la matière, même s'il est vrai que le secret de l'instruction, déjà grandement fragilisé à l'heure actuel, en souffrirait certainement.

Certains signes laissent présager une évolution de la jurisprudence en la matière, tel cet arrêt de la chambre criminelle du 12 juin 2007<sup>316</sup>. S'il ne permet pas de conclure à un infléchissement de la jurisprudence sur cette question délicate, les termes employés par la Cour de cassation invitent à l'optimisme.

Les faits étaient assez peu originaux, puisqu'il était question une fois encore de la diffusion, à l'occasion d'un reportage télévisé, de documents extraits d'un dossier pénal en cours d'instruction. Or, pour écarter le grief faisant état d'une violation de l'article 10 de la Convention EDH et rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt ayant condamné le journaliste pour recel de violation du secret de l'instruction, la Cour énonce « qu'en l'espèce, la présentation des procès-verbaux obtenus au mépris du secret de l'information [...] ne s'imposait pas ».

*En l'espèce*, et non dans l'absolu, ce sont les mots d'un arrêt de 2007, donc antérieur à la prise en compte des débats d'intérêt général dans l'appréciation des faits justificatifs de la diffamation, dans un mouvement qui gagne progressivement les infractions en conflit avec la liberté d'expression. Gageons que, en matière de secrets protégés également, le pouvoir neutralisant du débat d'intérêt général finira par être reconnu, à la condition bien sûr que les pièces publiées présentent un intérêt suffisant pour l'information du public.

En d'autres termes, et si cette évolution devait se concrétiser, une part substantielle du débat judiciaire serait reportée sur la détermination du contenu du débat d'intérêt général.

---

<sup>316</sup> Cass. Crim. 12 juin 2007, *Bull.* N° 157 : JCP G 2007, I, p.210, *obs.* E. DREYER, et II, p.10159, *note* F. FOURMENT, C. MICHALSKI, P. PIOT

## **CHAPITRE 2 :**

### **Un contenu imprévisible**

Il est bien sûr paradoxal de conclure l'étude d'une notion, dont la portée pourrait bien être considérable, par une réflexion sur son contenu. Mais cela nous permet de mettre en évidence l'une des incohérences de cette évolution de la matière, dès lors qu'il s'agit d'attacher d'importantes conséquences juridiques à un concept presque philosophique, ou en tout cas éminemment subjectif, sans avoir pris soin au préalable d'en fixer les limites.

La raison doit être recherchée dans sa nature jurisprudentielle, et son insertion dans une démarche casuistique, qui contraint à une détermination *a posteriori* de son contenu (première section) et fait pour l'instant obstacle à une définition fiable de la notion (seconde section).

#### **SECTION 1 : Une détermination *a posteriori***

Bien qu'elle soit influencée en amont par plusieurs facteurs (I), l'identification d'un débat d'intérêt général relève en définitive d'un monopole du juge (II).

##### **I. Des influences anté-judiciaires multiples**

Dans un article consacré à la référence nouvelle du débat d'intérêt général en droit de la presse, un auteur a mis en évidence les raisons qui devraient empêcher de reconnaître un quelconque pouvoir aux « acteurs de l'information » dans la détermination du contenu de la notion. Ainsi, souligne-t-il à juste titre : « si le public le décide, le risque démagogique est proche ; si le journaliste le veut, il est à la fois suspect et juge de sa propre incrimination »<sup>317</sup>.

Et pourtant, force est de constater que la notion est influencée par ces deux facteurs externes que sont l'opinion publique (A) et la pression médiatique (B).

---

<sup>317</sup> C. MICHALSKI, *Liberté d'expression et débat d'intérêt général* : AJ Pénal 2013, p.19

## **A. L'influence de l'opinion publique**

Comme le précise l'auteur précédemment cité, il s'agit d'abord d'appréhender la question sous l'angle de la demande d'information, pour éventuellement en conclure que « serait d'intérêt général ce qui suscite l'intérêt général »<sup>318</sup>. La notion prendrait alors une dimension objective, presque « statistique », avec pour conséquence d'instaurer une hiérarchie entre les opinions et les informations.

On comprend très vite qu'une telle approche est *a priori* éloignée de la philosophie de la Cour EDH en matière de liberté d'expression, celle-ci rappelant dès qu'elle en a l'occasion que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »<sup>319</sup>. Hors de question, dans ces conditions, de considérer qu'intérêt général pourrait être synonyme d'intérêt majoritaire, ni d'ailleurs d'intérêt commun aux membres d'un groupe jugé suffisamment significatif.

Pourtant, la notion même d'intérêt général semble renvoyer à l'idée de « bien commun ». Ainsi, selon le dictionnaire Larousse, elle désigne la conception de ce qui est bénéfique à l'ensemble d'une communauté ; les intérêts, les valeurs, les objectifs partagés par une société.

Dès lors, n'est-il pas vain de chercher à dissocier le contenu des débats d'intérêt général... de l'intérêt exprimé par les membres d'une communauté ?

La Cour EDH s'est souvent montrée réticente, au fil de sa jurisprudence, à porter un jugement de valeur sur la qualité des différents types de presse, et par conséquent sur la légitimité de l'intérêt de leurs publics respectifs. Elle craignait qu'une telle attitude ne puisse rejaillir sur « les domaines du reportage politique et du journalisme d'investigation » qui, eux, doivent impérativement bénéficier « d'un haut niveau de protection conventionnelle »<sup>320</sup>.

Ainsi par exemple, condamner en bloc la presse « *people* » et ses lecteurs risquait de se répercuter sur une presse plus « sérieuse », dont l'utilité sociale est cette fois plus évidente.

Manifestement, cette position n'était tenable que jusqu'à un certain point, au risque

---

<sup>318</sup> *Ibid*

<sup>319</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §49

<sup>320</sup> Actualités Droits et Libertés, 11 mai 2011, sur arrêt *Mosley c. Royaume-Uni*, Req. 48009/08

d'amener le juge à confondre l'intérêt général avec « une certaine curiosité du public »<sup>321</sup>, voire pire, la curiosité « d'un certain public »<sup>322</sup>. Cela aurait signifié devoir considérer non plus seulement que toute information *peut* être socialement utile, mais bien que toutes les informations *sont* légitimes, dès lors qu'elles suscitent de l'intérêt.

Dans sa jurisprudence plus récente, la Cour EDH a opté pour une approche normative du débat d'intérêt général<sup>323</sup>, consistant à apprécier la contribution réelle d'une information, sans s'attacher à la réaction qu'elle a suscitée chez le public. Dès lors, la presse dite « people » ne peut que souffrir d'un *a priori* défavorable, et la juridiction strasbourgeoise de souligner que « les publications de la presse dite "à sensation" ou "de la presse du cœur", [ont] habituellement pour objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée d'une personne. Quelle que soit la notoriété de la personne visée, lesdites publications ne peuvent généralement passer pour contribuer à un débat d'intérêt public pour la société dans son ensemble »<sup>324</sup>.

Il ne s'agit cependant que d'une « présomption » d'absence de contribution à l'intérêt général, dont nous verrons qu'elle peut toujours être renversée, et parfois de manière assez critiquable.

Aussi pouvons-nous espérer que les juges, notamment français, fassent preuve de mesure dans l'identification du débat d'intérêt général. Il s'agira de « veiller à ne pas faire de l'intérêt général une notion purement morale visant à définir judiciairement ce qu'est la bonne presse par opposition à la mauvaise », à défaut de quoi l'on « risque d'instituer une liberté d'expression socialement à deux vitesses »<sup>325</sup>.

Doit en outre être régulée, l'incidence du contexte médiatique sur l'intérêt général d'une affaire.

## **B. L'influence du contexte médiatique**

Il est bien sûr illusoire de dissocier purement et simplement la médiatisation d'un événement de l'appréciation de son « intérêt général ». A l'évidence, une affaire a d'autant plus de chance d'être « largement débattu[e] dans les médias »<sup>326</sup> qu'elle touche à une question ayant un grand intérêt général, et l'on peut même considérer un tel lien comme un

<sup>321</sup> CEDH, *Leempoel et SA Éditions Ciné Revue c/ Belgique*, 9 novembre 2006, req. 64772/01, §73

<sup>322</sup> CEDH, *Von Hannover c/ Allemagne (1)*, 24 juin 2004, req. 59320/00, §65

<sup>323</sup> P. WACHSMANN, *Liberté d'expression*, Jurisclasseur libertés, fasc.800

<sup>324</sup> CEDH, *Hachette Filipacchi (Ici Paris) c/ France*, 23 juillet 2009, req. 12268/03, §40

<sup>325</sup> C. BIGOT, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général* : *Légipresse* n°290, janv.2012, p.26

<sup>326</sup> CEDH, *Thoma c/ Luxembourg*, 29 mars 2001, req. 38432/97, §58

gage de qualité de l'information.

Il n'est dès lors pas étonnant de constater que tant le juge européen, que le juge français, font fréquemment référence dans leurs décisions à « un retentissement médiatique particulièrement important »<sup>327</sup> ou encore au « retentissement national » de l'affaire<sup>328</sup>, afin semble-t-il de conforter leur appréciation.

Dans ces conditions, « on ne peut sans doute pas exclure qu'un sujet de portée *a priori* limitée devienne d'intérêt général par l'effet de circonstances particulières, tel un retentissement que, pour une raison ou pour une autre (y compris le choix arbitraire des médias), il viendrait à connaître dans l'opinion publique »<sup>329</sup>.

Faut-il pour autant en déduire que toute affaire suscitant par exemple « un déferlement médiatique »<sup>330</sup> relèverait, *de facto*, de l'intérêt général ?

La réponse à cette question ne peut être que négative, pour une raison évidente : il n'appartiendrait alors « qu'aux journalistes de faire, ou non, d'un sujet un "débat d'intérêt général" »<sup>331</sup>.

En effet, admettre un lien de cause à effet systématique entre un contexte de forte médiatisation et l'intérêt général du sujet aurait pour conséquence de donner un blanc-seing aux journalistes les moins scrupuleux, soucieux de créer eux-mêmes les conditions de leur quasi-immunité judiciaire pour pouvoir se livrer, en toute impunité, à la révélation des secrets de telle ou telle « star » ou, pourquoi pas, injurier à tout-va au nom de la liberté d'expression.

La Cour EDH elle-même semble avoir conscience de ce risque, si l'on en croit sa jurisprudence relative à la liberté d'expression des professionnels de la justice, et en particulier des avocats.

Ainsi l'arrêt *Mor c/ France*, du 15 décembre 2011, a-t-il été très souvent présenté comme un nouveau triomphe de la liberté d'expression sur les secrets, professionnel et de l'instruction, en ce qu'il a conclu à une violation de l'article 10 par l'Etat français pour avoir condamné une avocate ayant commenté dans la presse un rapport d'expertise extrait d'une instruction en cours.

---

<sup>327</sup> CEDH, *July et SARL Libération c/ France*, 14 fév. 2008, req. 20893/03, §67 : RSC 2008, p.628, J. FRANCILLON ; JCP G 18 juin 2008, II, 10118, E. DERIEUX

<sup>328</sup> Cass. crim., 12 mai 2009, précité

<sup>329</sup> P.CONTE, *Diffamation et sujet d'intérêt général*, comm. Cass. crim. 11 mars 2008, RPDP 2008, p.869

<sup>330</sup> CEDH, *R. Dumas c/ France*, 15 juill. 2010, req. 34875/07, § 43

<sup>331</sup> C. BIGOT, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, précité

Or, s'il est vrai que la juridiction européenne a estimé que l'ingérence ne relevait pas en l'espèce d'un « besoin social impérieux », c'est après avoir pris soin de relever que « l'auteur de la divulgation du rapport en tant que tel à la presse n'a pas été identifié et [...] la requérante n'a pas été sanctionnée pour avoir divulgué le rapport d'expertise aux médias, mais pour avoir divulgué des informations qui y étaient contenues »<sup>332</sup>.

La précision n'est pas sans importance, mais permet au contraire de souscrire au constat suivant : « la liberté d'expression d'un avocat dans un contexte médiatique n'est élargie que s'il n'a pas lui-même provoqué la médiatisation de l'affaire par une violation du secret de l'information »<sup>333</sup>.

Le lien avec la situation des journalistes n'est peut-être pas évident, dès lors que les avocats occupent « un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux »<sup>334</sup>, et qu'ils sont à ce titre astreints à « certaines limites spécifiques »<sup>335</sup> quant à leur expression publique.

Mais il est aussi vraisemblable que la Cour ait cherché, par cette décision, à prévenir d'éventuels abus d'avocats souhaitant mobiliser l'opinion publique par le biais de « fuites » dans les médias, au mépris de l'intérêt de la justice.

Notons cependant que les journalistes ont toujours bénéficié d'un statut à part dans la jurisprudence européenne, cette dernière étant davantage encline à leur accorder une confiance à la hauteur de leur rôle de « quatrième pouvoir ». A voir maintenant si ce statut sera suffisant pour convaincre les juges que ce qui fait l'actualité est nécessairement d'intérêt général...

Toujours est-il qu'en l'état actuel de la jurisprudence, les « animateurs privilégiés du débat public »<sup>336</sup>, tels les journalistes ou les acteurs politiques, comme tous les autres intervenants dans ce débat, restent contraints de demeurer dans une grande incertitude.

Bien malin qui pourrait prévoir, au moment même où il s'exprime, les conséquences – notamment pénales – de ses propos, conséquences dont on sait qu'elles seront largement dépendantes de la reconnaissance, ou non, d'un débat d'intérêt général.

Cette situation peu satisfaisante sur le plan des principes, en ce qu'elle va à l'encontre de la

---

<sup>332</sup> *Mor c/ France*, précité, §51

<sup>333</sup> J.-P. MARGUENAUD, *L'extension du droit à la liberté d'expression de l'avocat par la médiatisation du contexte* : RSC 2012, p.260

<sup>334</sup> *Mor c/ France*, précité, §42

<sup>335</sup> J.-P. MARGUENAUD, *L'extension du droit à la liberté d'expression de l'avocat par la médiatisation du contexte*, précité

<sup>336</sup> S. MANSON, *La liberté d'expression des élus locaux devant la Cour européenne des droits de l'homme* : RFDA 2012, P.941

prévisibilité du droit, génère surtout des effets pervers. En effet, en dehors des cas où l'intérêt général est évident, les justiciables se retrouvent incités à prendre le risque de poursuites pénales, et à invoquer devant le juge le débat d'intérêt général, plutôt que de renoncer en amont à une publication litigieuse.

C'est ce qu'illustre par exemple la fameuse « affaire *Closer* », ayant secoué la sphère médiatique au début de cette année. Le magazine avait comme l'on s'en souvient, publié une série de clichés de l'actuel Président de la République en compagnie d'une actrice, en leur prêtant une relation amoureuse. Poursuivis au civil<sup>337</sup> par l'actrice en question, pour atteinte à sa vie privée, le directeur de publication et l'auteur des clichés ont tenté de se défendre devant le Tribunal de Grande Instance de Nanterre<sup>338</sup>. Ils faisaient valoir sans surprise le droit à l'information du public, dès lors qu'était en cause, selon eux, « la sécurité du président », ou encore son « devoir de transparence vis-à-vis des Français », autant de questions « d'intérêt général ».

L'argument n'a cette fois pas fait mouche, la juridiction condamnant les défendeurs à verser 15 000€ de dommages et intérêts, et à procéder à une publication judiciaire. Elle a en effet estimé que cet argument n'était pas recevable vis-à-vis de la demanderesse, dont le magazine aurait dû au moins s'abstenir de publier l'identité.

En l'occurrence, il est probable que le magazine ait agi en connaissance de cause, assumant le risque d'une condamnation judiciaire largement compensée par l'explosion des ventes du numéro controversé.

Et pour cause, nombre de médias n'ont pas attendu la consécration du débat d'intérêt général pour adopter la stratégie dite de la faute « lucrative », c'est-à-dire des fautes qui « malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer - et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime - laissent à leur auteur une marge bénéficiaire pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre »<sup>339</sup>.

On peut cependant regretter que le droit souscrive à cette logique, omettant que le principe ne doit pas être la réparation *a posteriori* des atteintes aux droits des personnes, mais la prévention de ces atteintes par un système répressif suffisamment accessible et dissuasif.

C'est pourtant l'une des conséquences d'une notion dont la délimitation est soumise à un monopole des juges.

<sup>337</sup> Une plainte contre X a depuis été déposée, qui a abouti au renvoi en correctionnelle du directeur de publication, de la directrice de rédaction, du photographe et d'un de ses collaborateurs, sur le fondement de l'article 226-1 du Code pénal.

<sup>338</sup> TGI Nanterre, 27 mars 2014, R.G. 14/02736

<sup>339</sup> B. STARK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, I. Responsabilité délictuelle*, 5e éd., 1996, Litec, spéc. N°1335

## **II. Le monopole des juges**

Le droit de la presse est l'un des domaines où l'influence de la Cour EDH est la plus manifeste, avec bien souvent pour conséquence un accroissement des pouvoirs du juge. Le débat d'intérêt général s'inscrit indéniablement dans ce mouvement.

Si certains auteurs saluent cette évolution, propre à assurer une conciliation des intérêts en présence « selon les circonstances de chaque cas d'espèce », et traduisant ainsi « une approche équilibrée et saine plus à même de garantir le fonctionnement de tout régime démocratique »<sup>340</sup>, d'autres au contraire s'inquiètent devant le constat d'un « conflit de cultures juridiques », opposant « notre tradition de légalité », à un « système d'opportunité qui donne naissance à une simple justice d'opinions (oxymore?) dont on cherche en vain, par définition, la légitimité »<sup>341</sup>.

Dans ce contexte, il n'est guère étonnant que la question de la détermination du contenu du débat d'intérêt général concentre les critiques, positives ou négatives, dès lors qu'elle est pratiquement l'œuvre exclusive du juge, selon une démarche arbitraire (A), ou plutôt des juges, par une hiérarchisation des opinions judiciaires (B).

### **A. Le règne de l'arbitraire**

L'arbitraire du juge prend très souvent une connotation péjorative, et d'autant plus lorsqu'il est évoqué en matière pénale. La raison est simple : il renvoie immédiatement à l'un des maux à l'origine de la Révolution de 1789 et de la consécration du principe de légalité des délits et des peines. L'objectif de ce principe nouveau, au lendemain de la Révolution, était alors clairement de « protéger les personnes d'un exercice arbitraire du pouvoir de punir, les juges et autres parlements cristallisant alors, sur ce terrain, l'essentiel des critiques »<sup>342</sup>.

Si les craintes ne sont plus aujourd'hui les mêmes, la finalité du principe de légalité demeure inchangée : prémunir les justiciables contre la subjectivité des juges, inhérente à tout jugement d'opportunité.

C'est pourtant bien d'un retour en force de l'opportunité, et donc de l'arbitraire<sup>343</sup>, dont il est question à travers la prise en compte du débat d'intérêt général. Il incombe en effet au juge d'apprécier l'utilité sociale d'un propos, et la nécessité de le sanctionner. Or, « à l'évidence,

<sup>340</sup> B. BEIGNER, B. DE LAMY, E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, précité, n°171

<sup>341</sup> P. CONTE, *Diffamation : art.10, Conv. EDH, bonne foi et sujet d'intérêt général*, RPDP 2011, p.160

<sup>342</sup> A. GIUDICELLI, *Le principe de la légalité en droit pénal français* : RSC 2007, p.509

<sup>343</sup> Voir P. CONTE, *Diffamation : art.10, Conv. EDH, bonne foi et sujet d'intérêt général*, précité

nous n'avons pas tous la même vision de ce "socialement utile" »<sup>344</sup>.

Doit-on pour autant en déduire que cette évolution est viciée en son principe, et qu'il faut la rejeter en bloc ?

Une telle solution serait sans doute excessive. Bien sûr, une démarche arbitraire représente un danger en terme de sécurité juridique, et d'égalité des justiciables devant la loi, mais derrière ces reproches incontestablement fondés, on sent poindre la volonté de remettre en cause plus généralement le pouvoir du juge de créer du droit.

Pourtant, il semble difficile de nier aujourd'hui que « la fonction de juger [est] aussi en partie une contribution à la fonction de légiférer »<sup>345</sup>, de sorte que le juge n'est plus uniquement la « bouche de la loi », il en est également le complément nécessaire.

Pourquoi ce qui est unanimement approuvé lorsqu'il s'agit pour ce même juge de dégager, dans le silence des textes, des « principes généraux du droit » ou encore d'en combler les zones d'ombre ou les lacunes par une interprétation téléologique, devrait être sacrifié sur l'autel de la légalité quand il est question de promouvoir une liberté aussi déterminante et indispensable que la liberté d'expression ?

Il nous semble que le véritable problème de la notion de débat d'intérêt général ne réside pas dans l'acte de « création normative »<sup>346</sup> dont s'est effectivement rendu coupable le juge, mais bien dans le produit de cet acte, à savoir une notion qui s'avère aussi insaisissable qu'elle est susceptible de bouleverser la matière.

En d'autres termes, si la fin est bonne, le moyen mériterait d'être perfectionné, pour ne plus contraindre à l'indétermination.

La solution passe par une systématisation de la démarche judiciaire. En effet, s'il peut paraître illusoire d'enfermer le débat d'intérêt général dans une définition figée, il faut bien reconnaître que la notion souffre à l'heure actuelle d'une grande imprécision quant à la délimitation de ses contours. A tel point que l'on se demande parfois si elle n'est pas susceptible d'être appliquée à n'importe quelle information.

Dès lors, le juge n'est plus seulement l'arbitre de l'intérêt général, il en est l'« oracle »<sup>347</sup>, ce dont le droit pénal ne peut se satisfaire. Lorsqu'en plus, ce sont plusieurs de ces

---

<sup>344</sup> C. BIGOT, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, précité

<sup>345</sup> S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique* : D. 2009 p.238

<sup>346</sup> *Ibid*

<sup>347</sup> C. MICHALSKI, *Liberté d'expression et débat d'intérêt général*, précité

« oracles » qui se retrouvent en concurrence, la prévisibilité du droit ne peut qu'y perdre.

## **B. La concurrence des opinions judiciaires**

Chaque juge devant se prononcer sur l'opportunité de sanctionner une infraction de presse, par ailleurs constituée, et donc établir s'il y avait une utilité sociale à la commettre, ne peut que se situer sur « le registre du jugement de valeur et de l'idéologie »<sup>348</sup>. Or, comme nous l'avons déjà rappelé, la Cour EDH se veut garante du « pluralisme, [de] la tolérance et [de] l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique »<sup>349</sup>.

De là à en conclure que celle-ci devrait limiter son contrôle des décisions internes ayant procédé, conformément à ses prescriptions, à la « mise en balance » des intérêts, il n'y a qu'un pas qu'elle a décidé de ne pas franchir.

L'on est en droit de s'interroger sur ce qui fonde la supériorité d'une appréciation de l'intérêt général, lorsqu'elle émane de la juridiction européenne, dès lors que cette dernière reconnaît volontiers qu'il n'y a pas de vérité en matière de jugements de valeur<sup>350</sup>. Ainsi, « en quoi le simple avis d'un juge, siégerait-il à Strasbourg, serait-il meilleur que celui d'un autre ? »<sup>351</sup>

Il est d'autant plus difficile de répondre à cette question que la Cour indique n'avoir point l'intention de « substituer son appréciation à celle des juridictions nationales »<sup>352</sup>... alors même qu'elle le fait en pratique.

Si le même raisonnement pourrait être tenu à l'égard de la Cour de cassation, il convient néanmoins d'y apporter une nuance importante, dans la mesure où la démarche suivie par La Haute juridiction s'avérerait en l'occurrence salutaire. Il apparaît en effet que « la chambre criminelle semble vouloir faire de la notion une question de droit, soumise à son contrôle et, partant, à même, au gré des affaires, de revêtir petit à petit un contenu moins imprécis »<sup>353</sup>.

Sur le plan de la rigueur juridique, la qualification de « question de droit » est peut être

<sup>348</sup> C. BIGOT, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, précité

<sup>349</sup> *Handyside c/ Royaume-Uni*, précité, §49

<sup>350</sup> Par exemple : *Lingens c/ Autriche*, précité, §46

<sup>351</sup> P. CONTE, *Diffamation : art.10, Conv. EDH, bonne foi et sujet d'intérêt général*, précité. L'auteur rappelle d'ailleurs que la Cour EDH n'a pas hésité dans l'un de ses arrêts à substituer son opinion à celle des juges français, au motif que cette dernière ne lui avait pas paru « raisonnable » (CEDH, *R. Dumas c/ France*, précité, §50)

<sup>352</sup> *Brunet Lecomte et Lyon Mag. C/ France*, précité, §48

<sup>353</sup> P. CONTE, *Diffamation et sujet d'intérêt général*, comm. Cass. crim. 11 mars 2008, RPDP 2008, p.869

contestable, s'agissant d'une notion reposant justement sur une appréciation, toute subjective, de l'ensemble des circonstances de la cause<sup>354</sup>. Mais elle présente l'avantage de soumettre l'examen de cette notion à une même juridiction, ce qui constitue à n'en pas douter un facteur d'harmonisation des solutions, en la matière.

Il est de toute façon admis depuis longtemps que le contrôle de la Cour de cassation, notamment en cas de diffamation, est très étendu<sup>355</sup>. Ainsi a-t-elle rappelé dans son arrêt du 11 mars 2008<sup>356</sup> que les « circonstances intrinsèques ou extrinsèques aux faits poursuivis que comporte l'écrit qui les renferme » sont examinées par les juges du fond, mais « sous le contrôle de la Cour de cassation qui peut se reporter à l'écrit lui-même afin de vérifier s'il contient les éléments de l'infraction ».

Toujours est-il qu'il en résulte une multiplication d'appréciations arbitraires qui se substituent les unes aux autres, sans que l'on puisse rationnellement considérer la dernière plus légitime que la précédente.

Dans ces conditions, la priorité n'est visiblement pas à doter la notion de contours bien définis.

## **SECTION 2 : Une notion indéfinie**

Le débat d'intérêt général ne porte pas, en lui-même, de limites à son expansion. Il ne peut être enfermé dans un cadre intemporel et immuable, mais évolue nécessairement à mesure que progresse l'aspiration sociale à la transparence.

Le Conseil d'Etat, qui fait lui aussi usage de la notion d'intérêt général, envisagée comme la « finalité ultime de l'action publique », énonçait ainsi dans son Rapport annuel de 1999 : « la plasticité est consubstantielle à l'idée d'intérêt général, qui peut ainsi évoluer en fonction des besoins sociaux à satisfaire et des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la société »<sup>357</sup>.

Dès lors, le débat d'intérêt général ne dispose pas de contours fixes (A), et il existe un risque de dilution de la notion (B).

<sup>354</sup> D'autant plus lorsque la Cour apprécie le « *retentissement médiatique* » d'une affaire, et il n'est alors pas excessif de considérer que la Cour de cassation « *est quasiment devenue juge du fait* » en matière de presse (E. AGOSTINI, *Diffamation : la cassation devance l'appel* : D. 2009, p.2316)

<sup>355</sup> Sur cette question, voir P. GUERDER, *Le contrôle de la Cour de cassation en matière de délit de presse* : Gaz. Pal. 1995. I. p.623 et J. BORE, *La cassation en matière pénale*, LGDJ, 1985, n° 3712, p.1137

<sup>356</sup> Cass. crim., 11 mars 2008, précité

<sup>357</sup> Rapport public Conseil d'Etat, 1999, *Réflexions sur l'intérêt général*

## **I. Les contours fluctuants du débat d'intérêt général**

Les critères mobilisés pour identifier un débat d'intérêt général sont très instables. L'un des critères est bien sûr celui de la généralité du thème, mais il est très souvent pondéré par les circonstances propres à chaque affaire.

### **A. La généralité du thème**

L'examen de la jurisprudence de la Cour EDH révèle l'existence de « sujets qui, par nature même, seraient d'intérêt général »<sup>358</sup>. Doivent être rattachés à cette catégorie, tous les sujets directement liés aux activités démocratiques des citoyens, cela afin d'assurer la libre circulation des informations indispensables à un exercice éclairé de ces activités. C'est bien sûr le cas du « débat politique » *stricto sensu* (1), mais aussi des « autres problèmes d'intérêt général » (2).

#### ***1) Les débats politiques***

Depuis longtemps, la Cour de cassation tient compte, notamment dans son appréciation des critères de la bonne foi, de l'insertion des propos litigieux dans un débat intéressant « le rôle et le fonctionnement des institutions fondamentales de l'Etat »<sup>359</sup>, qualifié déjà à l'époque de « sujet d'intérêt public ». En la matière, la justice française fait même figure de précurseur, puisqu'elle a adopté cette réserve de la polémique politique avant que la Cour EDH ne la reprenne à son compte<sup>360</sup>.

Il s'agit d'offrir à tous les citoyens « le droit d'être renseignés sur les opinions ou doctrines »<sup>361</sup> qui ont cours dans l'arène politique, mais aussi de tenir compte d'un contexte de lutte politique, qui implique de la part des participants une certaine liberté de ton.

Par extension, la Cour de cassation comme la Cour EDH estiment qu'il est légitime pour un citoyen d'être informé sur les divers aspects de la personnalité de leurs dirigeants, ce qui inclut par exemple les conditions d'acquisition de sa fortune par un homme public<sup>362</sup>, son

<sup>358</sup> P. CONTE, *Diffamation et sujet d'intérêt général*, précité

<sup>359</sup> Cass. crim., 23 mars 1978 D. 1999 p.134

<sup>360</sup> *Lingens c/ Autriche*, précité, §42

<sup>361</sup> Cass. crim., 23 mars 1978, précité

<sup>362</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ. 20 octobre 1993, Y. PICOD : D. 1994 p.594 ; CEDH, *Fressoz et Roire c/ France*, précité

passé judiciaire<sup>363</sup>, ou encore les questions touchant à la moralité<sup>364</sup>.

Pour autant, la Cour EDH, à l'inverse du juge français, ne s'est pas limitée à une telle approche strictement politique du débat d'intérêt général<sup>365</sup>, en ajoutant au « domaine du discours politique » celui des « questions d'intérêt général »<sup>366</sup>. C'est cette divergence qui a conduit aux nombreuses condamnations françaises à Strasbourg, puis à l'alignement des jurisprudences.

## 2) Les autres questions d'intérêt général

La participation à la vie démocratique et sociale suppose d'avoir accès à des informations qui, si elles ne concernent pas directement la politique, n'en ont pas moins un caractère « d'intérêt public »<sup>367</sup> évident. La Cour EDH affirme ainsi que « rien dans sa jurisprudence ne permet de distinguer [...] entre le débat politique et la discussion d'autres problèmes d'intérêt général »<sup>368</sup>.

On touche là au cœur de la fonction sociale de la presse, et l'on conçoit dès lors que la liste de ces sujets, d'importance plus ou moins capitale, ne puisse qu'être très longue.

Il en va ainsi, et sans prétendre loin s'en faut à l'exhaustivité, des questions intéressant le fonctionnement de la justice<sup>369</sup>, ou l'actualité judiciaire<sup>370</sup>; la protection de l'environnement<sup>371</sup> ou de la santé publique<sup>372</sup>; les questions économiques de toutes sortes<sup>373</sup>, ou encore les problématiques touchant à la religion<sup>374</sup>...

Bref, comme le relève astucieusement un auteur, « il semble donc que l'intérêt général de la question découle, sans mauvais jeu de mots, de la généralité du thème évoqué et de son caractère "d'intérêt public" »<sup>375</sup>.

Mais en réalité, des questions d'ampleur a priori plus limitée peuvent très facilement être

<sup>363</sup> Cass. ch. mixte, 24 nov. 2000, 97-81554

<sup>364</sup> CEDH, *Schwabe c/ Autriche*, 28 août 1992, req. 13704/88

<sup>365</sup> Voir, pour une critique de cette extension du domaine du débat d'intérêt général : J. MORANGE, *La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression*, in Mélanges Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, p.1252 s.

<sup>366</sup> *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, §58

<sup>367</sup> *Brasiliér c/ France*, précité, §37

<sup>368</sup> CEDH, *Thorgeir Thorgeirson c/ Islande*, 25 juin 1992, req. 13778/88

<sup>369</sup> CEDH, *July et SARL Libération c/ France*, précité

<sup>370</sup> Cass. crim., 12 mai 2009, précité

<sup>371</sup> CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c/ Lettonie*, 27 mai 2014, req.57829/00

<sup>372</sup> CEDH, *Bladet Tromso et Stensaas c/ Norvège*, 21980/93

<sup>373</sup> Telle la rémunération des hauts dirigeants (Voir CEDH, *Fressoz et Roire c/ France*, précité)

<sup>374</sup> CEDH, *Chalabi c/ France*, 18 sept. 2008, précité

<sup>375</sup> P.CONTE, *Diffamation et sujet d'intérêt général*, précité

rattachées à un thème plus général, et ainsi intégrer la catégorie des débats d'intérêt général.

En définitive, ce critère n'est pas véritablement opératoire, dès lors qu'il est de plus en plus difficile d'imaginer des sujets dont il serait légitime qu'ils soient maintenus, en toutes circonstances, en dehors du débat public. Au-delà de la thématique, ce sont donc les circonstances de la cause qui détermineront le juge.

## **B. La particularité des circonstances**

Les circonstances qui entourent une publication, soumises ensuite à l'examen du juge, revêtent une importance variable dans l'identification d'un débat d'intérêt général. Ainsi, le contexte seulement local d'un débat n'est pas exclusif de son intérêt général (1), alors que les circonstances factuelles et personnelles sont déterminantes (2).

### ***1) La circonstance indifférente : la localisation du débat***

Un débat d'intérêt général s'entend *a priori* d'un débat ayant obtenu un retentissement conséquent, soit qu'il « agite l'opinion publique d'un pays entier »<sup>376</sup>, soit qu'il puisse a minima être appréhendé par un « auditoire relativement large »<sup>377</sup>. Pour autant, on peut se demander si un débat ayant cours dans un cadre beaucoup plus restreint, et intéressant non seulement une minorité de la population<sup>378</sup>, mais plus précisément un petit groupe de personnes<sup>379</sup>, peut recevoir le qualificatif de débat d'intérêt général.

La Cour EDH n'y est pas hostile, dans la mesure où elle considère que l'intérêt général doit être apprécié dans le cadre où les propos ont été formulés. Ainsi, le mode de diffusion des propos litigieux, et leur résonance éventuelle, ne sont que des éléments supplémentaires qu'il convient de placer dans la « balance des intérêts ».

---

<sup>376</sup> C. MICHALSKI, *Liberté d'expression et débat d'intérêt général*, précité

<sup>377</sup> S. MANSON, *La liberté d'expression des élus locaux devant la Cour européenne des droits de l'homme* : RFDA 2012, p.941

<sup>378</sup> On rappellera que le débat d'intérêt général est en principe indifférent à l'accueil que reçoit un propos, et qu'il ne peut être utilisé pour faire primer les opinions majoritaires. (voir *supra*, p.70)

<sup>379</sup> Un groupe qui ne serait pas constitutif d'une « communauté d'intérêts », exclusive de publicité et, partant, faisant obstacle à la constitution d'une infraction de presse. Voir sur cette question : Y. MAYAUD (*De la mise en cause diffamatoire d'une gestion municipale : l'enjeu de publicité* : RSC 1998, p.104), où l'auteur définit ainsi la communauté d'intérêts : « là où, par une appartenance commune, des aspirations ou des objectifs partagés, les personnes ayant à connaître d'un propos diffamatoire forment une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçues comme des tiers par rapport à son auteur. »

C'est ainsi par exemple que les propos tenus par un maître de conférence d'une université roumaine au cours d'une réunion de son département de recherche, et par lesquels il accusait deux autres professeurs de plagier des publications scientifiques, n'auraient pas dû donner lieu à une condamnation de la part des juridictions roumaines, car « il s'agissait incontestablement d'un sujet d'intérêt général pour le département »<sup>380</sup>.

Le même raisonnement s'applique bien sûr aux propos formulés dans un cadre local, et par exemple aux débats municipaux, lesquels bénéficient même d'une présomption d'intérêt général<sup>381</sup>.

De la même manière, les questions du financement et de la gestion d'un lieu de culte constituent « en principe » des questions d'intérêt général « pour les membres de la communauté religieuse concernée »<sup>382</sup>, indépendamment de la réalité du « débat public » qu'elles auraient pu susciter par ailleurs.

La Cour de cassation semble déjà avoir fait sienne cette conception de l'intérêt général, si l'on en croit l'arrêt de la chambre criminelle du 29 mars 2011<sup>383</sup>. Elle y estime en effet, non sans extrapolation, que la déclaration d'un président de Conseil général, publiée dans un journal local et mettant en cause le préfet du département, s'inscrit dans un « sujet d'intérêt général relatif aux rapports entretenus entre l'Etat et les collectivités territoriales ». Sans doute sont-ce les circonstances particulières du débat qui ont permis d'aboutir à une telle conclusion.

## ***2) Les circonstances déterminantes : les faits et les personnes***

Outre le contexte médiatique, dont nous avons déjà souligné qu'il pouvait permettre de « créer » un débat d'intérêt général à partir d'un sujet d'ampleur beaucoup plus restreinte, une multitude de facteurs circonstanciels peuvent inciter le juge à identifier un débat d'intérêt général, sur un thème qui n'en relèverait pas « par nature ».

C'est en tout cas de cette façon que peut être interprété l'arrêt « fondateur » du débat d'intérêt général en droit interne, et que nous avons déjà évoqué à plusieurs reprises, à savoir l'arrêt du 11 mars 2008<sup>384</sup>.

<sup>380</sup> CEDH, *Boldéa c/ Roumanie*, 15 février 2007, req. 19997/02, §57

<sup>381</sup> Voir *infra*

<sup>382</sup> CEDH, *Chalabi c/ France*, 18 déc. 2008, req. 35916/04, §41 : JCP G. 15 oct. 2008, II, p.10172, E. DERIEUX

<sup>383</sup> Cass. crim., 29 mars 2011, n°10-85.887, *Bull.* n°61

<sup>384</sup> Cass. crim., 11 mars 2008, précité

Pour identifier en l'espèce un sujet d'intérêt général, et en déduire qu'il « ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », la Cour de cassation relève certes que l'article incriminé était « relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger », mais précise surtout qu'il en était résulté « la mise à la charge de l'Etat français, et donc du contribuable, de sommes considérables ».

Les observateurs n'ont alors pas manqué de s'interroger sur la portée réelle de cette précision. Sans aucun doute l'importance des faits allégués sur le public, par leurs « enjeux pour le contribuable »<sup>385</sup>, était incontestable. Mais est-ce à dire qu'il s'agissait là du facteur déterminant, sans lequel il n'y aurait point eu de « débat d'intérêt général » ? Probablement pas.

Le jeu des circonstances s'apparente plutôt à un « effet de cliquet », capable d'enrichir presque à l'infini le champ des débats d'intérêt général, mais s'avérant beaucoup moins susceptible d'en diminuer le contenu, lorsque précisément les circonstances relativisent l'importance d'une information.

C'est encore ce que l'on constate à travers la prise en compte de la qualité des personnes faisant l'objet des propos. La Cour EDH a ainsi tendance à interpréter très largement l'intérêt général, lorsque sont en cause certaines catégories de personnes.

Outre les personnalités politiques<sup>386</sup>, d'ailleurs plus ou moins connues du grand public, ou leurs conjoints<sup>387</sup>, il faut ajouter les personnages publics jouant « un rôle de représentation lors de certaines manifestations »<sup>388</sup>, quand bien même ils n'exerceraient aucune fonction officielle. Mais encore les fonctionnaires, auxquels la Cour EDH assimile les magistrats<sup>389</sup>, ou enfin toutes sortes de personnes « plus médiatiques que politiques »<sup>390</sup>, tel un acteur de série policière « dont le comportement personnel avait fortement divergé de celui que l'on attend généralement du personnage qu'il représentait à l'écran »<sup>391</sup>.

La Cour de cassation semble avoir pris acte de ces indications, lorsqu'elle suggère par exemple l'existence de limites particulières à la liberté d'expression « dans la critique de

---

<sup>385</sup> A. LEPAGE, *Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon* : CCE sept. 2009, Comm. 82

<sup>386</sup> CEDH, *Lingens c/ Autriche*, 8 juillet 1986, précité

<sup>387</sup> CEDH, *Karhuvaara et Iltalehti c/ Finlande*, 16 nov. 2004 req.53678/00

<sup>388</sup> CEDH, *Von Hannover(2) c/ Allemagne*, 7 fév. 2012, précité

<sup>389</sup> CEDH, *July et SARL Libération c/ France*, 14 janv. 2008, précité

<sup>390</sup> J.-P. MARGUENAUD, *La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation* : RTD civ. 2012 p.279

<sup>391</sup> *Ibid*

l'action d'un magistrat », après avoir déjà identifié « un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national »<sup>392</sup>.

Il convient de rappeler une nouvelle fois que l'intérêt général du sujet ne se suffit pas à lui-même, de sorte que même en cas de contribution à une « question sérieuse d'intérêt général », la liberté d'expression n'est pas illimitée<sup>393</sup>. Pour les questions d'intérêt général d'importance plus minime, nul doute que la « valorisation » de cette liberté sera d'autant plus restreinte.

Mais l'on comprend que le débat d'intérêt général, loin d'être enfermé dans ses frontières actuelles, pourrait encore être étendu, et avec lui le droit à l'information du public. La notion présenterait alors un risque de dilution.

## **II. Les risques de dilution du débat d'intérêt général**

La Cour EDH a opté pour une vision extensive du débat d'intérêt général, pour ne pas en limiter la portée à « quelques affaires emblématiques ou de grands sujets historiques ou de société »<sup>394</sup>. A voir maintenant si le juge français s'orientera dans la même direction, en tolérant un rattachement seulement artificiel de certains sujets à l'intérêt général (A), et un recul subséquent des frontières de la vie privée (B).

### **A. Le rattachement artificiel à un débat d'intérêt général**

Ce risque se rencontre, dans la jurisprudence européenne, dans deux types de situations. Il s'agit parfois de rattacher à une polémique politique des propos qui ne sont que des attaques personnelles (1), ou de conclure à l'intérêt général de photographies ne relevant que de la vie privée (2).

#### ***1) Le cas des attaques personnelles***

L'intérêt général ne transparaît pas toujours immédiatement de certains propos pourtant

<sup>392</sup> Cass. crim., 12 mai 2009, précité

<sup>393</sup> CEDH, *Seckerson et Times Newspapers Limited c/ Royaume-Uni*, 24 janv. 2012, req. 32844/10 et 33510/10

<sup>394</sup> C. BIGOT, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, précité

tenus dans le cadre d'un débat politique, de sorte que leur octroyer trop facilement ce « label » pourrait légitimer des abus.

Consciente de ce risque, la Cour de cassation s'est montrée réticente, par le passé, à admettre la justification de propos diffamatoires, malgré leur contexte politique. Elle résumait sa position par cette formule univoque : « la polémique politique cesse là où commencent les attaques personnelles »<sup>395</sup>.

La solution était déjà remise en cause par quelques juges du fond<sup>396</sup>, parfois même en résistance à la chambre criminelle<sup>397</sup>, encouragés en cela par la jurisprudence européenne. Ils estimaient que l'admission, au titre de la polémique politique, de critiques portant sur la moralité ou encore l'attitude d'un homme politique englobait, de fait, les attaques personnelles.

La Cour de cassation est alors intervenue pour conforter la position classique de la chambre criminelle, par un arrêt cette fois de sa deuxième chambre civile du 14 janvier 1998<sup>398</sup>. Elle entendait ainsi exclure de la polémique politique les propos animés d' « une intention malveillante, dépassant les limites acceptables dans le cadre d'un débat démocratique »<sup>399</sup>.

Cette conception française de la polémique politique est néanmoins en sursis, tant la Cour EDH reste attachée, en pareille hypothèse, à une « conception *lato sensu* de ce domaine de très haute protection »<sup>400</sup> qu'est le débat d'intérêt général.

Dans un arrêt rendu le 12 avril 2012<sup>401</sup>, elle devait par exemple se prononcer sur la conformité à l'article 10 de la Convention d'une condamnation pour diffamation. Il s'agissait en l'espèce d'un élu d'opposition qui avait tenu, durant une séance du conseil municipal de la ville de Versailles, des propos assez durs à l'encontre de l'adjoint au maire en charge des finances, lui imputant notamment d'être « plus compétent pour compter les billets dans une mallette que pour régler les questions de personnel ». Allusion à une affaire de financement occulte d'un parti politique dont il avait été le trésorier, et qui faisait

<sup>395</sup> Cass. crim., 20 oct. 1992, *Bull.* n° 329

<sup>396</sup> A condition toutefois de laisser hors du champ de cette polémique « tout fait ou événement se rattachant à l'intimité de la vie familiale ou personnelle » (TGI Paris, 14 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, p. 608, *note* Y. CHARTIER)

<sup>397</sup> CA Rouen, ch. corr., 17 févr. 1997 : *D.* 1998, p. 84, *obs.* C. BIGOT

<sup>398</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 janvier 1998, n° 94-19.867 : *D.* 1999, p.134, *obs.* N. TAVIEAUX-MORO ; Pour un rappel récent : voir Cass. crim., 4 décembre 2007, n°05-87.384 : *AJ Pénal* 2008, p.139

<sup>399</sup> N. TAVIEAUX-MORO, *Polémique politique et bonne foi* : *D.* 1999 p.134

<sup>400</sup> S.MANSON, *La liberté d'expression des élus locaux devant la Cour européenne des droits de l'homme* : *RFDA* 2012 p.941

<sup>401</sup> CEDH, *M. de Lesquen du Plessis-Casso c. France*, n° 54216/09 : *AJDA* 2012. 789 ; *RFDA* 2012. 941 S. MANSON

alors l'objet d'une instruction dans laquelle l'adjoint a finalement bénéficié d'un non-lieu.

Définitivement condamné par les juridictions françaises, l'élu invoquait une atteinte injustifiée à sa liberté d'expression. La Cour EDH lui donne raison, déterminant principalement sa décision sur le constat que « le débat dans le cadre duquel les propos litigieux ont été tenus relevait de l'intérêt général »<sup>402</sup>.

Pourtant, nul doute que les propos tenus relevaient davantage de l'attaque personnelle dans le cadre d'une lutte politique que du véritable débat d'idées, de sorte que leur rattachement au débat d'intérêt général peut être considéré comme artificiel. En d'autres termes, « ce raisonnement laisse à voir une probable présomption au terme de laquelle les propos tenus au cours d'une séance de conseil municipal, entre un élu d'opposition et un adjoint au maire, se rapportent presque nécessairement à un "débat d'intérêt général" »<sup>403</sup>.

Cette divergence de méthodes d'appréciation du débat d'intérêt général entre les juridictions françaises et européennes se retrouve dans un second domaine, celui des photographies privées, artificiellement rattachées à un thème d'intérêt général.

## ***2) Le cas des photographies privées***

Comme nous avons pu l'observer, le débat d'intérêt général est en passe d'étendre son influence aux infractions ayant pour *ratio legis* la protection de la vie privée ou l'image des personnes. La Cour EDH exhorte en tout cas les Etats à suivre cette direction.

Les images bénéficient sans conteste du régime de protection de l'article 10 de la Convention, en tant que composante de la liberté d'expression, notamment parce qu'elles sont parfois indispensables pour communiquer « des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passer »<sup>404</sup>. La jurisprudence française n'est pas d'un avis différent, lorsqu'elle énonce que « le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »<sup>405</sup>.

Encore faut-il que la publication de l'image soit, sinon nécessaire, au moins utile à l'information du public. Pour cela, elle doit non seulement être en lien avec le sujet traité

<sup>402</sup> *Ibid*, §41

<sup>403</sup> S. MANSON, *La liberté d'expression des élus locaux devant la Cour européenne des droits de l'homme* : RFDA 2012 p. 941

<sup>404</sup> CEDH, *Jersild c/ Danemark*, 23 sept. 1994, précité, §31

<sup>405</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 nov. 2004, n° 03-15.397, Bull. civ. II, n° 486 : RTD civ. 2005, p. 363, *obs.* J. HAUSER

dans l'article auquel elle se rapporte, mais aussi présenter un véritable intérêt pour la compréhension de l'article ou pour en asseoir la crédibilité. Ce n'est qu'à cette condition qu'il est possible de reconnaître à cette image une contribution à un débat d'intérêt général.

Or, précisément, cette question n'a été que survolée par la Cour EDH, dans les deux derniers épisodes de sa « saga jurisprudentielle » *Von Hannover*<sup>406</sup>. Elle accorde en effet dans ces deux affaires la qualification de débat d'intérêt général à des photographies de la princesse de Monaco prises à l'insu de cette dernière et dans le cadre intime de sa vie privée, au motif qu'elles accompagnent un article présentant, lui, un contenu informationnel. La Cour note ainsi que « si la photo litigieuse [...] ne contribuait pas à un débat d'intérêt général, il en allait autrement de l'article qui rendait compte d'une nouvelle tendance parmi des célébrités de mettre leurs résidences de vacances en location »<sup>407</sup>.

Un auteur n'a pas manqué de relever une « critiquable articulation entre texte et image », soulignant tout d'abord la faible valeur informative des articles litigieux, mais insistant surtout sur le fait que « les images qui les accompagnent sont d'une telle fragilité, en termes de valeur (informative) propre, que seule la force du lien avec le texte devrait pouvoir leur garantir une survie »<sup>408</sup>.

On peut pour l'heure se réjouir que la jurisprudence française, notamment civile, utilise une méthode génératrice d'un meilleur équilibre entre les droits en présence, présentée parfois comme un « test en deux étapes »<sup>409</sup>.

Ce test consiste à vérifier dans un premier temps que le contexte qui entoure la photographie litigieuse relève bien de l'information légitime du public, avant de contrôler que la photographie en question s'inscrit réellement dans ce contexte, qu'elle constitue un apport, bref qu'elle contribue à l'information.

A défaut d'apport informationnel, l'atteinte n'est pas justifiée<sup>410</sup>.

Une méthode préservant les frontières de la vie privée, alors que celles-ci paraissent parfois menacées par la progression du débat d'intérêt général.

---

<sup>406</sup> CEDH, 7 février 2012, *Von Hannover (2) c/ Allemagne*, req. 40660/08 D. 2012. 1040 J-F RENUCCI; RTD civ. 2012, p.279, J.-P. MARGUENAUD; Gaz. Pal., 14 juin 2012, p.11, C MICHALSKI ; CEDH, 19 sept. 2013, *Von Hannover (3) c/ Allemagne*, req. 8772/10 : RLDI 2013/97, n° 3224

<sup>407</sup> *Von Hannover (3) c/ Allemagne*, précité, §48

<sup>408</sup> J.-B. WALTER, *La protection du droit au respect de la vie privée : entre texte et prétextes (Retour sur les arrêts Von Hannover de la CEDH)* : RLDI 2013, n°98

<sup>409</sup> C. BIGOT, *Le nouveau régime du droit à l'image : le test en deux étapes* : D.2004, p.2596

<sup>410</sup> Voir par exemple : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juillet 2006, n°05-14.831

## **B. Le recul subséquent des frontières de la vie privée**

De toute évidence, des éléments de vie privée peuvent gagner le débat public, lorsqu'il en va par exemple de l'intérêt des citoyens à être « informés des affections graves dont souffre le chef de l'État, et sur l'aptitude à la candidature à la magistrature suprême d'une personne qui se sait gravement malade »<sup>411</sup>. Reste que la tendance actuelle est à une conception de plus en plus large du débat d'intérêt général, s'agissant de faits privés.

Un arrêt rendu par la juridiction strasbourgeoise en janvier dernier<sup>412</sup> en est une nouvelle illustration. En l'espèce, l'ex-petite amie d'un ancien premier ministre finlandais avait publié, alors que celui-ci était encore en fonction, un ouvrage dans lequel elle relatait sa rencontre et sa relation avec l'homme d'Etat, le tout agrémenté de détails sur l'intimité, et même la sexualité du couple. Or, si elle avait effectivement été condamnée, en compagnie de son éditeur, et le livre retiré de la vente, c'est uniquement parce que la Cour suprême finlandaise avait dénié aux détails en question un quelconque « intérêt général », considérant en revanche que le reste de l'ouvrage pouvait, lui, comporter un tel intérêt, en renseignant notamment le public sur la probité du ministre.

La Cour EDH ne trouvant rien à redire à cette appréciation, et n'y voyant surtout aucune violation de l'article 10 de la Convention, l'on peut donc conclure que le débat d'intérêt général ne s'arrête pas à la vie privée, mais tout au plus à l'intimité voire à la sexualité.

Le droit français adopte progressivement une approche semblable, en dépit de l'article 12 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dont on sait qu'il proclame que « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ».

En témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 décembre 2013<sup>413</sup>, rendu sur appel d'une ordonnance de référé du Tribunal de Grande Instance de Paris. Celui-ci avait condamné une société éditrice et ordonné le retrait sous astreinte de certains passages d'un livre qui faisaient état de l'homosexualité d'un haut responsable du Front national, mettant en perspective cette situation avec les prises de position du parti concernant le projet de loi sur l'ouverture du mariage aux couples homosexuels.

Bien que rendu en matière civile, cet arrêt infirmatif n'en reste pas moins significatif, notamment lorsqu'il énonce : « l'évocation de l'homosexualité de M. B. et de la supposée

<sup>411</sup> CEDH, *Sté Plon c/ France*, 18 mai 2004, §44

<sup>412</sup> CEDH, *Ruusunen c/ Finlande*, 14 janvier 2014, req. N°73579/10

<sup>413</sup> CA Paris, pôle 1, ch. 2, 19 décembre 2013, n°13/23969

influence de cette orientation sexuelle sur la politique du Front national est de nature à apporter une contribution à un débat d'intérêt général », et « qu'en conséquence le droit du public à être informé de l'homosexualité de M. B. prime sur le droit au respect de ce pan de sa vie privée. »

Cette vision partagée par les juges français et européens, et consistant à ne pas voir dans la vie privée un écueil au débat d'intérêt général, n'est pas en soi contestable. Nous n'entendons pas nier la légitimité du public à recevoir des informations, fussent-elles d'ordre privé, concernant notamment le comportement de certaines personnalités.

Mais la Cour EDH avait elle-même affirmé, dans la première décision de sa jurisprudence *Von Hannover*, qu'il existe une « zone d'interaction entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de sa vie privée »<sup>414</sup>.

Partant, c'est l'amenuisement de cette « zone d'interaction », et l'affaiblissement corrélatif du droit à la vie privée, qui s'avèrent contestables.

On ne peut dès lors que souscrire à cette mise en garde d'un auteur : « sans vouloir faire preuve de conservatisme d'un autre temps, il ne faudrait pas, à force de faire croire au public que tout peut contribuer à un débat d'intérêt général, qu'il finisse par perdre toute capacité sinon à comprendre, du moins à identifier de vraies questions d'intérêt général »<sup>415</sup>.

---

<sup>414</sup> CEDH, *Von Hannover (I) c/ Allemagne*, 24 juin 2004, req. 59320/00, §50 : D. 2005, p.340, J.-L. HALPERIN ; D.2004, p.2438, J.-F. RENUCCI ; RTD civ. 2004, p.802, J.-P. MARGUENAUD

<sup>415</sup> J.-B. WALTER, *La protection du droit au respect de la vie privée : entre texte et prétextes (Retour sur les arrêts Von Hannover de la CEDH)* : RLDI 2013, n°98

# Conclusion

« Si l'homme échoue à concilier la justice et la liberté, alors il échoue à tout »<sup>416</sup>

L'immixtion des débats d'intérêt général dans le droit de la presse est facteur de progrès, en ce qu'ils visent à promouvoir une liberté plus fondamentale que les autres. Cependant, parce que le but est particulièrement louable et ambitieux, on attend des moyens qu'ils soient irréprochables. Un enjeu aussi fort ne peut se satisfaire de l'indétermination à laquelle il est actuellement contraint.

Certes, il pouvait difficilement en être autrement d'un concept né d'une jurisprudence européenne dont il faut reconnaître la propension à rechercher davantage l'équité et la justice, plutôt qu'à privilégier la certitude juridique. Cependant, son adoption en l'état par les juridictions françaises ne pouvait se faire sans soulever de réelles difficultés.

Si ces difficultés n'étaient pas apparues de manière évidente lors de l'intégration des débats d'intérêt général aux faits justificatifs de la diffamation, dont ils partageaient le fondement mais pas le fonctionnement, leur déclinaison à l'égard d'autres infractions les met aujourd'hui en lumière.

Leur influence ne cesse pourtant de s'étendre, sans que l'on soit mieux renseignés sur ce qu'ils sont vraiment.

Le droit pénal ne peut décidément se satisfaire d'une telle incertitude. Une intervention législative, si elle serait souhaitable, n'est toutefois pas à l'ordre du jour, et elle devrait de toute façon s'inscrire dans le cadre d'une réforme plus globale du droit de la presse. Nous pouvons cependant fonder nos espoirs sur la jurisprudence, afin qu'elle établisse rapidement les critères propres à déterminer la nature de cette notion, dont on sait qu'elle est variable, et surtout son contenu, afin que tout ne soit pas prétexte à une transparence illimitée.

C'est sans doute la condition pour que la liberté d'expression ne risque pas d'évincer le principe lui aussi essentiel de la prévisibilité du droit, gage de sécurité juridique, ni d'être poussée au paradoxe de devenir elle-même liberticide.

---

<sup>416</sup> A. CAMUS, *Carnets* II, janv. 1942 - mars 1951

# BIBLIOGRAPHIE

## Ouvrages généraux :

BARBIER G. *Code expliqué de la presse : traité général de la police de la presse et des délits de publication*, 1911, Marchal, 2è éd.

BEIGNER B., DE LAMY B., DREYER E. *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009

BIGOT C. *Connaître la loi de 1881*, Victoires éditions, 2004

CONTE P. *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4è éd., 2013

CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P. *Droit pénal général*, Armand Colin, 6è édition, 2002

DERIEUX E. *Le droit des média*, Dalloz, 5è éd., 2013

DREYER E. *Responsabilité civile et pénale des médias*, LexisNexis, 3è éd., 2011

LEVINET M., MARGUENAUD J.-P., SUDRE F. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2011

MAYAUD Y. *Droit pénal général*, PUF, 4è. Éd, 2013

STARK B., ROLAND H., BOYER L. *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, 5e éd., 1996, Litec, spéc. N°1335

SUDRE F. *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1989

## Thèses :

DUCOULOMBIER P. *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011

LECUYER G. *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, 2004, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz

## Articles juridiques :

ADER B. « La vitalité de la loi du 29 juillet 1881 », in *Légicom* n°35, 2006, I, p. 105

ADER B. « Bonne foi : la chambre criminelle à l'heure de la jurisprudence européenne sur les questions d'intérêt général » : *Légipresse* 2008, n°253, III, p.130

ADER B. « Bonne foi : la chambre criminelle à l'heure de la jurisprudence européenne sur les questions d'intérêt général », *Légipresse* 2008, n°253, III, p.130

AGOSTINI E. « Diffamation : la cassation devance l'appel » : *D.* 2009, p.2316

AUVRET P. « Diffamation », in *Jurisclasseur Communication, fasc. 3130*

AUVRET P. « Hiérarchie des normes en droit de la communication », in *Jurisclasseur communication, fasc. 1210*

AUVRET P. « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme », in *Gaz. Pal.*, 2005, n°102, p. 2

AUVRET P. « L'évolution de la liberté de communication au regard du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les médias et l'Europe - Le contenu de l'information, Entre errance et uniformisation*, Univ. Nice-Sophia Antipolis, IDPD / CEDORE, 9 et 10 oct. 2008

AUVRET P. « Histoire et objet du droit de la Communication », in *Jurisclasseur communication, fasc.1100*

BELLESCIZE D. « Jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression », *Constitution* 2012, p.645

BIGOT C. « La jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression », *Légipresse* n°254, sept. 2008, p.136

BIGOT C. « La jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression », *Légipresse* n°264, 2009, II, p.114

BIGOT C. « La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général », *Légipresse* n°290, janv. 2012, p.26

BIGOT C. « Le nouveau régime du droit à l'image : le test en deux étapes », *D.*2004, p.2596

BUISSON J. « Perquisition dans un local de presse : régie par les conditions de nécessité et de proportionnalité », *RSC* 2008, p.648

BURGELIN J.-F., « De la liberté d'expression », *D.*2005, p.97

- CONTE P. « Caractère nécessaire et proportionné aux buts poursuivis des perquisitions effectuées au siège d'une entreprise de presse et d'une agence photographique », JCP G 2001, II, p.10615
- CONTE P. « Diffamation et sujet d'intérêt général », RPDP 2008, p.869
- CONTE P. « Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence », RPDP 2008, p.123
- CONTE P. « Diffamation : Art.10, Conv. EDH, bonne foi et sujet d'intérêt général », RPDP 2011, p.160
- CONTE P. « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle » ; *in* Mélanges offerts à Albert Chavanne, Litec, 1990
- COSTA J.-P. « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », D. 2010, p.1364
- DE LAMY B. « La bonne foi en matière de diffamation : un faux ami », D. 1998, p.499
- DE LAMY B. « Les droits de la défense, cause de justification autonome », D.2004, p.317
- DECHENAUD D. « Injure publique », *in Jurisclasseur presse et communication*, fasc. 90
- DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P. « Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », RSC 2002, p.592
- DERIEUX E. « CEDH et liberté d'expression », RLDI 2009, n°52
- DREYER E. « De l'influence du droit pénal sur le droit civil en matière de vie privée », D. 2011, p.2771
- DREYER E. « Droit de la presse et droits de la personnalité », D.2012, p.765
- DREYER E. « l'application par le juge français de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Liberté, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p.677
- DREYER E. « La criminelle, la Convention et la presse, réflexion sur l'étendue d'un contrôle » RTDH 2002, n°15
- EDELMAN B. « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », D.2008, p.1946
- FLAUSS J.-F. « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2008, p.1060

- FLAUSS J.-F. « La diffamation religieuse en droit international », LPA 2002, n° 146, p.5
- FORIERS P. « La relativité de la loi pénale et l'état de nécessité », *in* La pensée juridique de Paul Foriers, t.1, Bruxelles, 1982
- FRANCILLON J. « Diffamation publique envers un particulier. Etendue du contrôle de la Cour de cassation », RSC 2004, p.122
- FRANCILLON J. « Délits de presse en rapport avec des faits constitutifs de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre », RSC 2012, p.175
- FRANCILLON J. « Les délits d'apologie de crimes de guerre et d'apologie du terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RSC 2009, p.124
- FRANCILLON J. « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », RSC 2006, p.625
- FRANCILLON J. « Médias et droit pénal », RSC 2000, p.59
- FRANCILLON J. « Protection des sources journalistiques. Poursuite pour recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel » : RSC 2008, p.95
- FRANCOIS L. « Liberté de la presse : évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1950 à nos jours », CCE 2012, n°5, étude 11
- FRANCOIS L. « Preuve de la vérité des faits diffamatoires et Convention européenne des droits de l'homme », D.2005, p.1388
- FRANCOIS L. « L'exceptio veritatis des imputations diffamatoires : regards croisés des droits français et européen », Gaz. Pal., 2008, n°66
- FRANCOIS L. « La déontologie journalistique dans la jurisprudence de la Cour EDH », Légipresse n°255, p.148
- FRANCOIS L. « Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui », D.2006, p.2953
- GIUDICELLI A. « Le principe de la légalité en droit pénal français » : RSC 2007, p.509
- GRANCHET A. « Le droit de la presse : une spécialité légitime ou dépassée ? » Compte rendu du Forum Légipresse : Légipresse, n° 226, nov. 2005, p.121
- GRIDEL J.-P. « Protection de la vie privée : rupture ou continuité ? », Gaz. Pal. 19 mai 2007, p.4

- GUERDER P. « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de délit de presse », *Gaz. Pal.* 1995. I. p.623
- HENNETTE-VAUCHEZ S. « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *D.* 2009, p.238
- JITRAC J.-M. et SAOUDI H. « La loi de 1881 sur la liberté de la presse est-elle toujours adaptée ? », in *Gaz. Pal.*, 2004, doct. 243.
- KLEITZ C. « Gare au mouvement Wikilibertaire », *Gaz. Pal.* 2010 n°343, p.3
- LAMBERT P. « Restrictions à la liberté de la presse et marge d'appréciation des Etats au sens de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1996, p.143
- LAPOUSTERLE J. « Diffamation : l'infraction écartée en présence d'une interview d'intérêt général », *D.*2008, p.2256
- LAPOUSTERLE J. « Diffamation : l'infraction écartée en présence d'une interview d'intérêt généra », *D.* 2008, p.2256
- LAVRIC S. « Diffamation et sujet d'intérêt général : appréciation par la Cour de cassation », *Dalloz Actualité*, 31 mai 2011
- LAVRIC S. « Le tribunal de Paris fait primer l'information du public sur la vie privée », *Dalloz Actualité*, 22 octobre 2013
- LEPAGE A. « Le droit de savoir - À propos du rapport 2010 de la Cour de cassation », *JCP G* n°18, mai 2011, p.510
- LEPAGE A. « Le droit de la presse à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Légicom* n°30, 2004/1, p. 76.
- LEPAGE A. « Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet », *CCE* 2011, comm. n°79
- LEPAGE A. « Personnalité (Droits de la) », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz
- LEPAGE A. « Le Code pénal et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz 2009, p.135
- LEPAGE A. « Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon », *CCE* 2009, comm. 82
- LEPAGE A. *Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet* : *CCE* 2011, comm. N°79

- MALLET-POUJOL N. « Diffamation et "vérité historique" », D.2000, p.226
- MALLET-POUJOL N. « Le double langage du droit à l'information », D. 2002, p.2420
- MANSON S. « La liberté d'expression des élus locaux devant la Cour européenne des droits de l'homme », RFDA 2012, p.941
- MARGUENAUD J.-P. « La princesse et les paparazzi », RTD civ. 2004, p.802
- MARGUENAUD J.-P. « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », RTD civ. 2012, p.279
- MARGUENAUD J.-P. « Le droit à la liberté d'expression des militants écologistes », D.2007, p.1704
- MARGUENAUD J.-P. « L'extension du droit à la liberté d'expression de l'avocat par la médiatisation du contexte », RSC 2012, p.260
- MARGUENAUD J.-P., ROETS D. « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RSC 2008, p.140
- MARINO L. « Les droits de la personnalité en conflit avec la liberté d'expression », D. 2007, p.2771
- MAYAUD Y. « débats municipaux : un blanc-seing pour la diffamation ? », RLCT 2012, sept. 2012, n°82
- MAYAUD Y. « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM 2007, p.293
- MAYAUD Y. « L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans », RSC 2011, p.401
- MAYAUD Y. « Les abus de la presse, ou de la part respective des responsabilités pénales et civiles », RSC 1996, p.119
- MAYAUD Y. « De la mise en cause diffamatoire d'une gestion municipale : l'enjeu de publicité », RSC 1998, p.104
- MAYER D. « Evolution de l'attitude de la chambre criminelle de la Cour de cassation française à l'égard de la CEDH », in *Mélanges Levasseur, Litec*, 1992, p.239
- MAYER D. « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », D.2001, p.1643
- MICHALSKI C. « Liberté d'expression et débat d'intérêt général », AJ Pénal 2013, p.19

MICHALSKI C. « Propos sur la dangerosité des Roms : sujet d'intérêt général et (donc ?) absence d'infraction », *Gaz. Pal.*, 13 octobre 2011 n°286

MONFORT J.-Y. « L'apparition en jurisprudence du critère du "débat d'intérêt général" dans le droit de la diffamation », *Légipresse* n°290, janv. 2012, p.21

MORANGE J. *Liberté, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p.1252

MORANGE J. « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression », *in Mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004

PIOT P. « Déontologie journalistique : état des lieux et perspective », *AJ Pénal* 2013, p.24

RENUCCI J.-F. « Liberté d'expression et interdiction des discriminations », *RSC* 2011, p.904

RENUCCI J.-F. « La CEDH et l'affaire « *Von Hannover (n° 2)* » : un recul fort contestable du droit au respect de la vie privée », *D.*2012, p.1040

SUDRE F. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 1998, I, p.107

TAVIEAUX-MORO N. « Polémique politique et bonne foi », *D.* 1999, p.134

TERRE E. « L'information ? Des libertés aux droits subjectifs », *Légipresse*, mars 1995, n° 119. II. p.19

VERLY N., « Les écueils de la procédure de presse », *AJ Pénal* 2013, p.12

VÉRON M. « La présomption d'intention de nuire : après la QPC », *Dr. Pénal* 2011, comm. N°16

WALTER J.-B. « La protection du droit au respect de la vie privée : entre texte et prétextes », *RLDI* 2013, n°98

### **Articles de presse :**

« Le Conseil constitutionnel arbitrerait un débat juridique entre liberté d'expression et droit à l'oubli », *in Le Monde*, 22 mai 2013

FAURE S. « La maîtresse d'un homme politique contribue-t-elle au débat d'intérêt général ? », *in Libération*, 14 janv. 2014

HERVIEU N., « La liberté d'expression journalistique aux prises avec la vie privée de célébrités et la confidentialité des délibérations judiciaires » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 10 février 2012.

PIERRAT E. « Les affaires privées des personnalités politiques font partie de la vie publique » in *Le Monde*, 27 janv. 2014

### **Colloques :**

*Le droit de la communication à l'épreuve de l'Europe*, Forum Légipresse, 2003

*La loi de 1881, loi du XXI siècle ?*, Colloque Presse-Liberté, PUF, 2000

# Sommaire

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>p.6</b>
<b><u>PARTIE 1 : UNE REFERENCE OMNIPRESENTE .....</u></b>	<b>p.11</b>
<b><u>CHAPITRE 1 : Un instrument adapté au droit prétorien européen .....</u></b>	<b>p.12</b>
<b>SECTION 1 : Un facteur de renforcement du contrôle européen .....</b>	<b>p.12</b>
<b>I. La réduction de la marge d'appréciation des Etats .....</b>	<b>p.12</b>
A. Un principe de subsidiarité malmené .....	p.12
B. L 'amenuisement du principe de subsidiarité par le débat d'intérêt général ...	p.16
<b>II. L'accroissement de la protection de la liberté d'expression .....</b>	<b>p.19</b>
A. Une conception extensive de la liberté d'expression .....	p.19
B. Une protection rigoureuse de la liberté d'information .....	p.20
<b>SECTION 2 : Un facteur d'équilibre entre les droits et libertés en conflit .....</b>	<b>p.22</b>
<b>I. Le critère déterminant de la résolution des conflits de droits fondamentaux .....</b>	<b>p.22</b>
A. Un rôle essentiel dans la « balance des intérêts » .....	p.24
B. Un domaine d'action étendu .....	p.27
<b>II. Un critère d'appréciation des devoirs et responsabilités attachés à la liberté d'expression .....</b>	<b>p.29</b>
A. Une liberté de forme .....	<b>p.29</b>
1) <i>La liberté de ton</i> .....	p.30
2) <i>La liberté de support</i> .....	p.31
B. Des exigences de fond .....	p.32
1) <i>La nécessaire crédibilité des propos tenus</i> .....	p.32
2) <i>La distinction des faits et des jugements de valeur</i> .....	p.33
<b><u>CHAPITRE 2 : Un instrument adaptable au droit interne de la diffamation .....</u></b>	<b>p.35</b>
<b>SECTION 1 : L'extension de l'exception de vérité .....</b>	<b>p.36</b>
<b>I. L'intérêt général, fondement de l'<i>exceptio veritatis</i> .....</b>	<b>p.36</b>
<b>II. Le démantèlement des obstacles à la vérité au nom du débat d'intérêt général .....</b>	<b>p.39</b>
A. Les extensions acquises .....	p.39
1) <i>L'admission de la vérité de faits anciens</i> .....	p.39
2) <i>L'admission de la vérité de faits « pardonnés »</i> .....	p.42
B. Des extensions potentielles .....	p.43
1) <i>Une limite substantielle : les faits relevant de la vie privée</i> .....	p.43
2) <i>Une limite processuelle : le formalisme probatoire</i> .....	p.45

<b>SECTION 2 : La reconfiguration de l'exception de bonne foi .....</b>	<b>p.46</b>
<b>I. Une intégration aux critères de la bonne foi .....</b>	<b>p.46</b>
A. L'intérêt général, fondement de la conception classique de la bonne foi.....	p.46
1) <i>Les critères traditionnels de la bonne foi .....</i>	<i>p.47</i>
a) <i>La légitimité des moyens .....</i>	<i>p.47</i>
b) <i>La légitimité de but .....</i>	<i>p.48</i>
2) <i>Le fondement de la bonne foi .....</i>	<i>p.49</i>
B. La bonne foi, réceptacle du débat d'intérêt général .....	p.51
<b>II. Une transformation de la méthode d'analyse de la bonne foi .....</b>	<b>p.53</b>
A. Un critère non-exclusif .....	p.53
B. Un facteur de proportionnalité .....	p.55
<b><u>PARTIE 2 : UNE REFERENCE NON MAITRISEE .....</u></b>	<b>p.58</b>
<b><u>CHAPITRE 1 : Une portée incertaine .....</u></b>	<b>p.59</b>
<b>SECTION 1 : Une nature évolutive .....</b>	<b>p.59</b>
<b>I. Une vertu justificative propre .....</b>	<b>p.59</b>
A. L'idée contestée d'un fait justificatif autonome .....	p.60
B. L'idée séduisante d'un rattachement au fait justificatif d'autorisation de la loi .....	p.62
1) <i>Une manifestation possible du fait justificatif général d'autorisation de la loi .....</i>	<i>p.63</i>
2) <i>L'opportunité d'un fondement légal à la justification des infractions de presse .....</i>	<i>p.64</i>
<b>II. Une incidence sur la constitution des infractions .....</b>	<b>p.65</b>
A. L'arrêt fondateur .....	p.65
B. Le fonctionnement du mécanisme .....	p.67
<b>SECTION 2 : Une irradiation potentielle à l'ensemble de la matière .....</b>	<b>p.69</b>
<b>I. Une influence généralisable à toutes les infractions de presse .....</b>	<b>p.69</b>
A. La compatibilité <i>in abstracto</i> des infractions de presse au débat d'intérêt général .....	p.70
B. La généralisation du contrôle de proportionnalité <i>in concreto</i> .....	p.72
<b>II. Une influence extensible aux infractions de droit commun .....</b>	<b>p.73</b>
A. Débats d'intérêt général et atteintes à la personnalité .....	p.73
B. Débats d'intérêt général et violations de secrets protégés .....	p.78
<b><u>CHAPITRE 2 : Un contenu imprévisible .....</u></b>	<b>p.82</b>
<b>SECTION 1 : Une détermination <i>a posteriori</i> .....</b>	<b>p.82</b>
<b>I. Des influences anté-judiciaires multiples .....</b>	<b>p.82</b>
A. L'influence de l'opinion publique .....	p.83
B. L'influence du contexte médiatique .....	p.84

<b>II. Le monopole des juges .....</b>	<b>p.88</b>
A. Le règne de l'arbitraire .....	p.88
B. La concurrence des opinions judiciaires .....	p.90
<b>SECTION 2 : Une notion indéfinie .....</b>	<b>p.91</b>
<b>I. Les contours fluctuants du débat d'intérêt général .....</b>	<b>p.92</b>
A. La généralité du thème .....	p.92
1) <i>Les débats politiques</i> .....	p.92
2) <i>Les autres questions d'intérêt général</i> .....	p.93
B. La particularité des circonstances .....	p.94
1) <i>La circonstance indifférente : la localisation du débat</i> .....	p.94
2) <i>Les circonstances déterminantes : les faits et les personnes</i> .....	p.95
<b>II. Les risques de dilution du débat d'intérêt général .....</b>	<b>p.97</b>
A. Le rattachement artificiel à un débat d'intérêt général .....	p.97
1) <i>Le cas des attaques personnelles</i> .....	p.97
2) <i>Le cas des photographies privées</i> .....	p.99
B. Le recul subséquent des frontières de la vie privée .....	p.101
 <b>CONCLUSION.....</b>	 <b>p.103</b>
 <b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	 <b>p.104</b>