

LIBERTÉ D'EXPRESSION

Patrick WACHSMANN

Professeur à l'Université Robert-Schuman de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg

POINTS-CLÉS

1. – La liberté d'expression est indissociable de la **démocratie**. C'est ce qui explique que l'article 10 de la **Convention européenne des droits de l'homme**, dont le droit français prend encore insuffisamment en compte les exigences, impose la reconnaissance d'une très large liberté d'expression lorsque sont en cause des **questions d'intérêt public**. Une jurisprudence abondante de la **Cour européenne des droits de l'homme** définit de manière stricte les conditions dans lesquelles s'exerce le pouvoir des autorités nationales (juridictions, mais aussi législateur) en la matière (V. n° 1 à 32).

2. – C'est la **loi du 29 juillet 1881** qui constitue en France le droit commun de la presse et, plus généralement, de tout propos diffusé dans le public. Il s'agit d'un texte d'inspiration libérale, aux nombreux particularismes de procédure et de fond destinés à rendre difficiles les poursuites pour abus de la liberté d'expression (V. n° 33 à 44).

3. – Les tentatives pour réintroduire le **droit civil**, spécialement l'article **1382** du Code civil, en matière de presse se sont intensifiées ces dernières années, mais ont été fortement limitées par un arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000. Cependant, les textes extérieurs à la loi de 1881 et imposant des limites à la liberté d'expression sont extrêmement nombreux (V. n° 45 à 57).

4. – La **diffamation** est l'infraction de presse qui donne lieu au plus grand nombre de procès. Elle se définit comme l'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. Lorsque les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, le prévenu peut échapper à la condamnation s'il parvient à démontrer la **vérité des faits** ou qu'il a été de **bonne foi**. Mais les tribunaux français se montrent, sur ces deux terrains, extrêmement restrictifs, position qui apparaît incompatible avec les standards résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (V. n° 58 à 91).

5. – L'**injure** permet la répression des attaques outrageantes ne reposant sur aucun fait précis, tandis que l'institution du **droit de réponse**, si elle ne suppose pas nécessairement une mise en cause préalable de l'honneur de la personne nommée par une publication périodique, est, de plus en plus, limitée par la jurisprudence à ce type d'hypothèses (V. n° 92 à 105).

6. – La protection de la **vie privée** des personnes leur permet de s'opposer à des révélations qu'elles jugeraient inopportunes et à la reproduction de leur **image** sans leur autorisation. Ces prérogatives cèdent actuellement, dans une mesure croissante, devant le droit du public à être informé, dès lors qu'une question d'intérêt public est en jeu (V. n° 106 à 117).

7. – La protection des divers éléments que comporte l'**ordre public** se fait à travers un très grand nombre de dispositions qui visent à assurer la sauvegarde de l'**ordre matériel** (incrimination des provocations, des apologies, de la diffusion de fausses nouvelles propres à troubler la paix publique), le respect des aspects essentiels de l'égalité (incrimination des **propos discriminatoires**), la protection des **mineurs**, qui sert souvent de paravent à celle de la morale, et, enfin, celle des **institutions**, notamment juridictionnelles (V. n° 118 à 163).

8. – L'activité de communication n'est pas soumise au même régime, quelles que soient les voies qu'elle emprunte. La **presse** fait traditionnellement l'objet d'un régime libéral, dit « répressif », qui la soustrait en principe à toute intervention préalable des autorités publiques. Celui-ci ne fait pas obstacle à l'imposition à la presse des exigences de **transparence** et de **pluralisme**. En revanche, l'intervention du juge civil des référés, celle d'une autorité de police générale, enfin, l'existence d'une police spéciale destinée à la protection de la jeunesse constituent autant d'exceptions à ce principe (V. n° 164 à 186).

9. – L'évolution du **régime des spectacles** est allée dans le sens d'une libéralisation croissante : les **spectacles vivants** sont désormais tous dispensés d'une autorisation préalable, le **cinéma**, toujours assujéti à une telle exigence, a fait l'objet d'une pratique de plus en plus réticente à l'interdiction et donne lieu à un contrôle juridictionnel étroit (V. n° 187 à 201).

10. – Le secteur de l'**audiovisuel**, enfin, connaît un particularisme marqué, du fait des contraintes techniques qui sont les siennes. L'abolition du monopole public fait place à la proclamation du pluralisme et à la mise en place d'une autorité administrative indépendante chargée de le mettre en œuvre (V. n° 202 à 207).

11. – Le pouvoir de **régulation**, confié à partir de 1982 à une autorité administrative indépendante (le Conseil supérieur de l'audiovisuel depuis 1989), comporte un contrôle, sans cesse renforcé, du secteur public aussi bien que du secteur privé. Il revêt en particulier la forme d'un pouvoir de sanction destiné à imposer le respect des principes fixés par la loi (V. n° 208 à 216).

SOMMAIRE ANALYTIQUE

INTRODUCTION : 1 à 33.

I. – RÉGLEMENTATION DU CONTENU DE L'EXPRESSION : 34 à 163.

A. – Droit applicable : 35 à 55.

- 1° PROBLÈMES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : 36.
- 2° LOI DU 29 JUILLET 1881 : 37 à 44.
- 3° ARTICLE 1382 DU CODE CIVIL : 45 à 49.
- 4° TEXTES SPÉCIAUX : 50 à 55.

B. – Principales limitations apportées à la liberté d'expression : 56 à 163.

- 1° LIMITATIONS DESTINÉES À PROTÉGER L'HONNEUR DES PERSONNES : 57 à 105.
 - a) Diffamation : 58 à 91.
 - b) Injure : 92 à 94.
 - c) Droit de réponse : 95 à 105.
- 2° LIMITATIONS DESTINÉES À PROTÉGER LA VIE PRIVÉE DES PERSONNES : 106 à 117.
 - a) Protection de la vie privée proprement dite : 107 à 111.
 - b) Protection du droit à l'image : 112 à 117.
- 3° LIMITATIONS DESTINÉES À ASSURER LA PROTECTION D'UN ÉLÉMENT DE L'ORDRE PUBLIC : 118 à 163.

- a) Protection de l'ordre public matériel : 119 à 130.
- b) Protection des éléments essentiels du principe d'égalité : 131 à 139.
- c) De la protection de la morale à celle de la jeunesse : 140 à 149.
- d) Protection des institutions : 150 à 163.

II. – RÉGLEMENTATION DES MODALITÉS DE L'EXPRESSION : 164 à 216.

A. – Presse : 165 à 186.

- 1° EXCLUSION DE PRINCIPE DES RÉGIMES PRÉVENTIFS EN MATIÈRE DE PRESSE : 168 à 175.
- 2° RÉINTRODUCTION DE MESURES PRÉVENTIVES EN MATIÈRE DE PRESSE : 176 à 186.

B. – Spectacles : 187 à 201.

- 1° SPECTACLES VIVANTS : 188 à 191.
- 2° RÉGIME DU CINÉMA : 192 à 201.

C. – Communication audiovisuelle : 202 à 216.

BIBLIOGRAPHIE.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Alcool, 55, 123.	– international privé, 36.	Questions d'intérêt public
Apologie, 124 à 128.	– de rectification, 163.	V. <i>Débat d'intérêt général</i> .
Audiovisuel, 105, 164, 202 à 216.	– de réponse, 95 à 105.	
Autorisation préalable, 38, 165 à 168, 192 à 199, 78, 204 à 216.	Image, 112 à 117.	Racisme, 23, 42, 215.
Autorité des tribunaux, 153 à 160.	Injure, 92 à 94, 132, 139.	Référé, 51, 52, 67 à 72, 110, 117 à 186, 198, 199, 201, 212 à 216.
Bonne foi, 66, 79 à 91.	Mineurs, 54, 122, 143 à 149, 183 à 186.	Religion, 26, 92, 131 à 137, 195, 197, 200.
Bonnes mœurs, 53, 140 à 144, 192 à 201.	Nécessité des restrictions, 13 à 32.	Saisie, 28, 109, 182.
Cinéma, 192 à 201.	Négationnisme, 23, 136.	Secrets, 161, 162.
Convention européenne des droits de l'homme, 3 à 32, 67 à 69, 73 à 78, 86 à 89, 98, 106, 166.	Offense au Président de la République, 151, 152.	Sondages, 55.
Débat d'intérêt général, 18 à 25, 81, 107, 115 à 117.	Particularités procédurales, 40 à 44.	Sources journalistiques, 24.
Démocratie, 2, 13 à 25, 81 à 91, 94, 107, 108, 131 à 137, 151 à 163, 172 à 175, 207.	Personnes responsables, 41.	Spectacles vivants, 187 à 191.
Diffamation, 46 à 49, 58 à 91, 132 à 134, 139, 178.	Photographies, 27, 87, 112 à 117.	Suicide, 123, 146.
Diffusion de fausses nouvelles, 129, 130.	Pluralisme, 172 à 175, 204 à 211.	Tabac, 55.
Droit civil, 45 à 49, 106 à 117, 177, 178.	Prescription, 42.	Théâtre, 188 à 191.
	Présomption d'innocence, 27, 52, 103.	Transparence, 172 à 175, 204 à 206.
	Presse, 18, 28 à 32, 165 à 186.	Vérité des faits diffamatoires, 66 à 89.
	Provocation, 119 à 128.	Vie privée, 27, 51, 67 à 72, 106 à 117.

INTRODUCTION

1. – **Notion.** – La liberté d'expression sera ici entendue dans son sens le plus large, qui correspond à celui qui résulte de l'article 10 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, repris tel quel à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, art. II-71) : « Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». L'étendue conférée au droit ici examiné est une constante dans les sociétés libérales, quels que soient d'ailleurs les termes utilisés pour le désigner : liberté d'expression, de la pensée, d'opinion, d'information, de commu-

nication, de la presse, des médias (*P. Wachsmann, Liberté d'expression in Dictionnaire des droits de l'homme : PUF, 2008*), comme en témoigne l'article 11 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui énonce : « 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 ».

2. – **Importance de cette liberté.** – Non moins constant est le lien établi entre la liberté ici envisagée et la sauvegarde du régime démocratique lui-même. Le Conseil constitutionnel français énonce ainsi, dans sa décision des 10 et 11 octobre 1984 relative

à la loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, qu'est en cause « une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale », tandis que la Cour européenne des droits de l'homme dit des médias qu'ils sont les « chiens de garde » de la démocratie et des droits de l'homme et affirme que « la démocratie se nourrit (...) de la liberté d'expression » (*CEDH, 10 oct. 2000, Aksoy c/ Turquie*, § 77) et que la Cour suprême du Canada indique qu'« Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figure la liberté d'expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie » (*C. suprême Canada, 26 janv. 2001, R. c/ Sharpe*). La contre-épreuve de ces affirmations est, malheureusement, facile à faire : la censure, voire les limitations à la liberté d'expression, les menaces à l'encontre des journalistes et des organes de presse sont invariablement le prélude à d'autres confiscations des libertés et à la mise en péril ou à la suppression de la démocratie.

3. – Caractère déterminant de l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme. – Le fait que la France n'ait ratifié la Convention européenne des droits de l'homme qu'en 1974 – et qu'elle ait attendu sept ans de plus pour accepter le droit de recours individuel – explique que cette influence ait tardé à se faire sentir en France. Le développement d'une jurisprudence aujourd'hui considérable de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 10 fournit pourtant des indications sur les implications de cette disposition qui devraient conduire à la remise en cause de nombreux pans du droit français, issu pour l'essentiel des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. En effet, les dispositions de ce texte et aussi l'esprit dans lequel nos tribunaux les ont interprétées ne correspondent pas toujours aux exigences de la Cour de Strasbourg, de sorte qu'en l'absence de réformes législatives et d'infléchissements jurisprudentiels, le risque de voir se multiplier les condamnations de la France est important, ce qu'attestent déjà de nombreux arrêts (*CEDH, 21 janv. 1999, Fressoz et Roire*. – *CEDH, 3 oct. 2000, Du Roy et Malaurie*. – *CEDH, 17 juill. 2001, Assoc. Ekin c/ France*. – *CEDH, 25 juin 2002, Colombani et a. : RTDH, 2003, p. 982, note P. Wachsmann*. – *CEDH, 18 mai 2004, Sté Plon*. – *CEDH, 22 déc. 2005, Paturel*. – *CEDH, 31 janv. 2006, Giniewski*. – *CEDH, 11 avr. 2006, Brasilier*. – *CEDH, 7 nov. 2006, Mamère*. – *CEDH, 7 juin 2007, Dupuis et a.*). Les juridictions françaises l'ont bien compris, qui, de plus en plus, visent la Convention et veillent à introduire dans notre droit les principes qui animent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (V. ainsi *TGI Paris, 10 sept. 1996 : Légipresse*, n° 138, 1997, III, 7, note E. Derieux. – *CA Paris, 18 sept. 1997 : Gaz. Pal.* 1997, 2, p. 697. – V. aussi *Cass. ch. mixte, 24 nov. 2000 : Bull. inf. C. cass., 15 janv. 2001, concl. Lucas*. – *Cass. crim., 20 févr. 2001 : D. 2001, p. 3001, note P. Wachsmann*. – *Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2006 : Légipresse*, n° 235, 2006, III, 171, note E. Dreyer. – *Cass. crim., 17 févr. 2006 : Bull. crim. 2006, n° 42 : Légipresse*, n° 232, 2006, III, 116, note A. Tricoire. – *Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2006 : Légipresse*, n° 237, 2006, III, 223, note G. Tillement. – *TGI Paris, 21 mai 2007 : Légipresse*, n° 246, 2007, III, 227, note L. François). Le législateur ayant une tendance marquée à l'inertie, c'est très souvent aux tribunaux qu'il incombe de prendre les initiatives propres à prévenir des condamnations, notamment en utilisant les ressources du « contrôle de conventionnalité des lois » ouvert par l'article 55 de la Constitution. Il faut relever que la Cour européenne des droits de l'homme attache beaucoup de prix à la prise en compte, par les juridictions

nationales, des impératifs issus de sa jurisprudence (V. ainsi le contraste entre l'arrêt « *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark* » du 17 décembre 2004, relevant, dans son § 91, que la Cour suprême avait dûment pris en compte la jurisprudence européenne, et les arrêts « *Paturel c/ France* » du 22 décembre 2005, dont le § 44 indique que la Cour de cassation avait considéré l'invocation de l'article 10 de la Convention comme « inopérante voire abusive », ou « *Kobenter c/ Autriche* » du 2 novembre 2006, § 32, notant que les standards appliqués par les juridictions nationales étaient incompatibles avec les principes résultant de l'article 10). C'est ce qui rend indispensable un rappel détaillé des solutions adoptées en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme.

4. – Interprétation de l'article 10 par la Cour européenne des droits de l'homme. – C'est à partir de son arrêt « *Handyside c/ Royaume-Uni* » du 7 décembre 1976 que la Cour de Strasbourg a indiqué la manière dont elle entendait interpréter les dispositions de l'article 10, en particulier de son § 2 autorisant les États parties à soumettre l'exercice de la liberté d'expression

à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

5. – Champ d'application de l'article 10. – La Cour avait, peu avant l'arrêt « *Handyside* », indiqué qu'elle entendait faire prévaloir une applicabilité très large de l'article 10 : « Bien entendu, la liberté d'expression garantie par l'article 10 vaut pour les militaires comme pour les autres personnes relevant de la juridiction des États contractants » (*CEDH, 8 juin 1976, Engel c/ Pays-Bas*, § 100. – V. aussi *CEDH, 25 nov. 1997, Grigoriades c/ Grèce*). Un haut magistrat dispose pareillement de la protection conférée par l'article 10 (*CEDH, 28 oct. 1999, Wille c/ Liechtenstein*). Mais les membres de la fonction publique, en raison de leur statut, peuvent être assujettis à une obligation de réserve (*CEDH, 14 mars 2002, De Diego Nafria c/ Espagne*, § 37).

6. – Toutes les formes d'expression bénéficient de la liberté d'expression : « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique », énonce l'arrêt « *Müller c/ Suisse* » du 24 mai 1988 (*CEDH, 24 mai 1988*, § 33, à propos de toiles confisquées lors d'une exposition. – V. aussi, s'agissant d'une représentation théâtrale, *CEDH, 3 mai 2007, Ulusoy et a. c/ Turquie*), mais il en va de même pour la publicité commerciale, la Cour écartant l'argument pris de sa moindre valeur (*CEDH, 20 nov. 1989, Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne*, § 26).

7. – Tout ce qui assure la diffusion des opinions bénéficie des dispositions de l'article 10, y compris la distribution de publications dans les casernes (*CEDH, 19 déc. 1994, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c/ Autriche*, § 27, exclusion de la revue éditée par l'association requérante). Les moyens de transmission et de captage, en tant qu'instruments d'une réception des messages audiovisuels, sont englobés dans la protection offerte par l'article 10 (*CEDH, 22 mai 1990, Autronic AG c/ Suisse*, § 47, à propos d'une antenne parabolique permettant de capter les émissions diffusées par un satellite).

8. – La Cour a fait application sur le terrain de l'article 10 de sa jurisprudence exigeant des États qu'ils assurent la protection des droits inscrits dans la Convention « contre des atteintes provenant même de personnes privées » (*CEDH, 29 févr. 2000, Fuentes Bobo c/ Espagne*, § 38), au nom de la nécessité, pour les États, de garantir des droits concrets et effectifs. Dès lors que l'atteinte alléguée à la liberté d'expression est légitimée par le droit interne, notamment du fait de l'intervention des juridictions, la responsabilité de l'État se trouve engagée (*CEDH, 28 juin 2001, VGT Verein gegen Tierfabriken c/ Suisse*, § 47). La Cour a également posé l'obligation, pour l'État, d'assurer une protection adéquate contre les menaces d'agression dirigées contre un organe de presse et ses employés (*CEDH, 16 mars 2000, Özgür Gündem c/ Turquie*).

9. – La reconnaissance, par l'article 10, § 1, de la liberté d'expression « sans considération de frontière » rend normalement contraire à cette disposition un régime dérogatoire applicable aux publications de provenance étrangère (*CEDH, 17 juill. 2001, Assoc. Ekin c/ France*).

10. – **Exigence de légalité.** – La condition de légalité des restrictions (« prévues par la loi ») doit s'entendre conformément à la conception qu'en a dégagée la Cour pour l'ensemble de la Convention : il doit s'agir d'une norme générale et impersonnelle, peu important qu'elle émane ou non du Parlement (le pouvoir exécutif, une autorité internationale ou une personne privée peut en être l'auteur, de même que les juridictions peuvent être amenées à préciser le sens des textes qu'il leur revient d'appliquer), répondant à des exigences de « qualité », à savoir l'accessibilité et la prévisibilité. L'accessibilité suppose que toute personne dont les activités sont susceptibles de tomber sous le coup de la norme soit en mesure d'en connaître la teneur (publicité assurée par la publication, par tous moyens utiles). La prévisibilité, quant à elle, exige que la norme soit « énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite » ; celui-ci, « en s'entourant au besoin de conseils éclairés », « doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (*CEDH, 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni* [n° 1], § 49).

11. – À propos des éditeurs d'ouvrages ou de périodiques, la Cour a relevé qu'il s'agissait de « professionnels habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier » et qui sont à même de recourir aux conseils d'avocats spécialisés en la matière (*CEDH, 29 juin 2004, Chauvy et a. c/ France*, § 45-48. – *CEDH, 24 nov. 2005, Tourancheau et July c/ France*, § 61). L'objectif visé est que les journalistes soient « en position d'évaluer le risque auquel ils s'exposaient au moment de la publication de l'article », y compris du fait de dispositions rarement appliquées de la loi (*arrêt « Tourancheau et July », préc.*). Dans son arrêt « *Hashman et Harrup c/ Royaume-Uni* » du 25 novembre 1999, la Cour a conclu à l'absence de base légale suffisante, en constatant que les termes extrêmement vagues de l'injonction judiciaire adressée aux requérants ne leur permettaient pas de savoir avec une précision suffisante ce qu'il leur était interdit de faire. L'arrêt « *Gaweda c/ Pologne* » du 14 mars 2002 conclut également à l'absence de prévisibilité, dans une espèce où le refus d'enregistrer un périodique s'était fondé sur l'absence de sincérité de son titre, alors que ce motif ne concernait *a priori* que les renseignements concrets figurant dans la déclaration. De même, l'existence d'une contradiction entre deux textes légaux constitue, en l'absence de solution claire, un manquement à l'exigence de légalité (*CEDH, 17 janv. 2006, Goussev et Marenk c/ Finlande*, § 54). Seul un contrôle juridictionnel efficace (cela implique notamment une célérité suffisante) des mesures prises en vertu de la loi est de nature à assurer une protection efficace contre les abus (*CEDH, 17 juill. 2001, Assoc. Ekin c/ France*, § 61).

12. – **Motifs légitimes des restrictions.** – Les objectifs que les autorités nationales peuvent légitimement viser en restreignant l'exercice de la liberté d'expression s'analysent en des variantes, assez nombreuses et diversifiées, de l'ordre public et en la protection des droits d'autrui.

13. – **Condition de nécessité des restrictions dans une société démocratique.** – Relevant que l'adjectif « nécessaire » revêt un caractère contraignant nettement marqué, la Cour déclare vouloir vérifier l'existence d'un « besoin social impérieux » (*CEDH, 7 déc. 1976, Handyside*, § 48). Pour ce faire, elle exerce un « contrôle européen » (§ 49) sur la nécessité des ingérences, tout en consentant aux autorités nationales une marge d'appréciation dont l'existence tient aux caractéristiques du mécanisme de contrôle mis en place par la Convention : celui-ci ne peut être enclenché qu'après intervention des autorités nationales, singulièrement des juridictions nationales. La Cour estime celles-ci en principe mieux à même qu'elle d'apprécier les besoins du milieu social en cause, ce qui conduit à leur consentir une certaine latitude d'action (§ 48).

14. – L'ampleur exacte de cette dernière reste largement indéterminée : elle varie selon la nature du problème posé et selon qu'il paraît ou non possible à la Cour d'imposer un point de vue uniforme à l'ensemble des États parties (en ce sens, *CEDH, 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni* [n° 1], § 59 : « une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des États contractants » quant à ce qu'implique la protection de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, d'où l'exercice d'un contrôle européen beaucoup plus poussé qu'à propos de la protection de la morale).

15. – En toute hypothèse, la Cour doit se convaincre que la restriction imposée à la liberté d'expression repose sur des motifs « pertinents et suffisants », selon les termes de l'arrêt « *Handyside* » (*préc.*, § 50). La pertinence impose à l'État une obligation de cohérence : il doit exister un rapport raisonnable entre l'objectif, mentionné dans le texte de l'article 10, que l'État déclare viser et la mesure intervenue.

16. – À ce contrôle de l'adéquation de la mesure s'ajoute celui du caractère suffisant des motifs invoqués. Sur ce plan, la tendance dominante de la jurisprudence va nettement dans le sens d'un affermissement du contrôle européen. Celui-ci peut s'appuyer sur le fait que la nécessité, à laquelle l'article 10 subordonne toute restriction, doit s'apprécier non dans un cadre quelconque, mais dans celui d'une « société démocratique ». Dès son arrêt « *Handyside* » du 7 décembre 1976, la Cour a précisé les corollaires de cette dernière, affirmant avec force qu'il fallait sauvegarder « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique » (§ 49), et en précisant les implications pour la liberté d'expression, qui « 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 » (*ibid.*).

17. – Cette mission de préservation des conditions mêmes d'existence de la société démocratique qui incombe ainsi à la Cour explique d'abord qu'elle procède à un contrôle qui englobe la totalité des éléments de l'affaire qui lui est soumise, « y compris la publication dont il s'agit et les arguments et moyens de preuve invoqués par le requérant dans l'ordre juridique interne puis sur le plan international » (*ibid.*). Elle est aussi à l'origine de solutions rendant extrêmement difficile la démonstration par les États de la nécessité d'une restriction à la liberté d'expression en certaines matières.

18. – **Questions d'intérêt public.** – Il en va ainsi pour les propos tenus au sein d'une assemblée d'élus (*CEDH, 27 févr. 2001, Jerusalem c/ Autriche*), ceux d'un avocat ou d'une partie au cours

du procès, lorsqu'ils visent le procureur, des policiers ou les juges eux-mêmes, en l'absence d'attaque personnelle (*CEDH, 21 mars 2002, Nikula c/ Finlande*. – *CEDH, 28 oct. 2003, Steur c/ Pays-Bas*. – *CEDH, 15 déc. 2005, Kyprianou c/ Chypre*), les déclarations hostiles au Gouvernement d'un parlementaire de l'opposition (*CEDH, 23 avr. 1992, Castells c/ Espagne*, la Cour notant que « la position dominante qu'il [le Gouvernement] occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires ou des médias »), les échanges d'informations et d'opinions en période préélectorale (*CEDH, 19 févr. 1998, Bowman c/ Royaume-Uni, § 42*), ou la critique des hommes politiques visés en cette qualité (*CEDH, 8 juill. 1986, Lingens c/ Autriche*, commentaire critique d'une alliance passée par le chancelier fédéral avec un parti dont le dirigeant était un ancien SS. – *CEDH, 23 mai 1991, Oberschlick c/ Autriche*, comparaison des déclarations faites par un homme politique sur les prestations sociales à accorder aux étrangers avec les thèses du parti nazi. – *CEDH, 28 août 1992, Schwabe c/ Autriche*, mention de condamnations pénales prononcées à l'encontre d'un homme politique pour avoir provoqué un accident de la route en état d'ivresse, celles-ci pouvant « entrer en ligne de compte pour apprécier son aptitude à exercer des fonctions politiques ». – *CEDH, 12 juill. 2001, Feldek c/ Slovaquie*, allusion au passé fasciste d'un homme politique. – *CEDH, 13 nov. 2003, Scharsach et News Verlagsgesellschaft c/ Autriche*, politicienne traitée de nazie inavouée pour stigmatiser les relations de son parti avec l'extrême-droite) ou du dirigeant d'une entreprise importante (*CEDH, 14 déc. 2006, Verlagsgruppe News GmbH c/ Autriche [n° 2]*).

19. – C'est aussi le cas, plus généralement, à chaque fois que les propos litigieux s'inscrivent dans le cadre d'un débat d'intérêt général, la Cour entendant cette notion d'une manière large. Ont ainsi bénéficié de cette qualification des questions aussi diverses que :

- les informations et idées sur les litiges dont connaissent les tribunaux (*CEDH, 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni [n° 1]*) ;

- l'organisation du service de nuit des vétérinaires à Hambourg (*CEDH, 25 mars 1985, Barthold c/ Allemagne*) ;

- le fonctionnement de la justice (*CEDH, 22 févr. 1989, Barfod c/ Danemark*. – *CEDH, 26 avr. 1995, Prager et Oberschlick c/ Autriche*. – *CEDH, 24 févr. 1997, De Haes et Gijssels c/ Belgique*. – *CEDH, 29 août 1997, Worm c/ Autriche*) ;

- la santé publique (*CEDH, 25 août 1998, Hertel c/ Suisse*, débat sur l'innocuité des fours à micro-ondes) ;

- les conflits sociaux (*CEDH, 21 janv. 1999, Fressoz et Roire c/ France*) ;

- la chasse aux phoques dans le Grand Nord (*CEDH, 20 mai 1999, Bladet Tromsø et Stensaas c/ Norvège*) ;

- l'existence d'abus commis par la police (*CEDH, 23 nov. 1999, Nilsen et Johnsen c/ Norvège*) ;

- la gestion de la télévision publique (*CEDH, 29 févr. 2000, Fuentes Bobo c/ Espagne*) ;

- la qualité des soins dispensés dans une clinique privée de chirurgie esthétique (*CEDH, 2 mai 2000, Bergens Tidende et a. c/ Norvège*) ;

- la politique du logement (*CEDH, 19 avr. 2001, Maronek c/ Slovaquie*) ;

- la protection et l'élevage des animaux (*CEDH, 28 juin 2001, VGT Verein gegen Tierfabriken c/ Suisse*) ;

- l'immigration, son contrôle et le statut des étrangers (*CEDH, 26 févr. 2002, Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c/ Autriche*) ;

- la politique locale d'aménagement des aires de jeu (*CEDH, 6 mai 2003, Appleby et a. c/ Royaume-Uni*) ;

- les conditions de passation des marchés publics (*CEDH, 17 déc. 2004, Cumpăna et Mazare c/ Roumanie*) ;

- le passé d'un pays et l'attitude à son propos des divers partis politiques (*CEDH, 27 oct. 2005, Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH c/ Autriche, § 36*) ;

- le débat sur les sectes (*CEDH, 22 déc. 2005, Paturel c/ France*) ;

- les origines de la Shoah (*CEDH, 31 janv. 2006, Giniewski c/ France*) ;

- un cambriolage spectaculaire et très médiatisé (*CEDH, 25 avr. 2006, Dammann c/ Suisse*) ;

- des négociations internationales et les personnes chargées de les conduire (*CEDH, 25 avr. 2006, Stoll c/ Suisse*) ;

- la protection de l'environnement et les mesures prises par les autorités après la catastrophe de Tchernobyl (*CEDH, 7 nov. 2006, Mamère c/ France*) ;

- le tracé d'une route et son influence éventuelle sur l'environnement (*CEDH, 23 janv. 2007, Almeida Azevedo c/ Portugal*) ;

- les conditions de réalisation d'une privatisation d'entreprise (*CEDH, 12 juill. 2007, A/S Diena et Ozolins c/ Lettonie*).

Il peut d'ailleurs s'agir d'un sujet d'intérêt local (*CEDH, 19 déc. 2006, Dabrowski c/ Pologne*) ou restreint à un petit groupe (*CEDH, 15 févr. 2007, Boldea c/ Roumanie*, à propos d'un conflit à l'intérieur du département d'informatique d'une université).

20. – La diversité de ces thèmes conduit la Cour à souligner l'importance de la presse comme véhicule privilégié des questionnements qui doivent animer la société démocratique (d'où l'expression, déjà citée, de « chien de garde » utilisée pour caractériser la presse : la Cour précise, dans son arrêt « *A/S Diena et Ozolins c/ Lettonie* » du 12 juillet 2007, § 77, que « ce rôle implique le devoir d'alerter le public lorsqu'on est informé de prétendues malversations de la part des élus et des membres du Gouvernement ») et spécialement des organes du journalisme d'investigation, qui doivent appeler l'attention du public sur tous les « phénomènes indésirables dans la société, dès que les informations pertinentes entrent en leur possession » (*CEDH, 17 déc. 2004, Cumpăna et Mazare c/ Roumanie, § 96*). Il en résulte une très grande immunité de la presse, jugée excessive par certains, mais fondée sur cette conception exigeante de la société démocratique.

21. – Des arrêts plus récents ont introduit une approche normative du débat d'intérêt public, qui n'est pas celui qui intéresse de larges fractions du public, mais bien celui qui porte sur des questions d'intérêt général, soit sur celles qui concernent le devenir de la société ou d'une fraction de celle-ci. Dans son arrêt « *Janowski c/ Pologne* » du 21 janvier 1999, la Cour avait déjà noté que des injures adressées à des fonctionnaires lors d'un incident survenu dans la rue ne faisaient pas « partie d'un débat ouvert concernant des questions d'intérêt général » (§ 32). L'arrêt « *von Hannover c/ Allemagne* » du 24 juin 2004 a estimé que la vie privée d'une

personnalité n'exerçant aucune responsabilité officielle « se situe en dehors de la sphère de tout débat politique ou public » (§ 64) et que les photographies et informations s'y rapportant ont « eu pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public » (§ 65. – V. déjà en ce sens la décision *CEDH, 1^{er} juill. 2003, Prisma Presse c/ France*). L'arrêt « *Leempoel et SA Editions Ciné Revue c/ Belgique* » du 9 novembre 2006 complète cette approche en jugeant que la publication des notes prises par une magistrate en vue de son audition par une commission d'enquête parlementaire, si elle satisfait « une certaine curiosité du public », n'a pas « servi l'intérêt public » (§ 73). C'est faire porter l'interrogation sur l'apport propre du document en cause au débat d'intérêt général dans le cadre duquel il s'insère, démarche que la Cour n'avait pas cru devoir adopter dans son arrêt du 18 mai 2004, « *Société Plon c/ France* », à propos du contenu du livre publié par l'ex-médecin du président Mitterrand.

22. – Ampleur de la liberté d'expression sur les questions d'intérêt public. – Lorsqu'est en jeu une question d'intérêt public, doit prévaloir une liberté aussi large que possible (« Un adversaire des idées et positions officielles doit pouvoir trouver sa place dans l'arène politique », note la Cour dans *CEDH, 27 avr. 1995, Piermont c/ France*, § 76 ; « les autorités d'un État démocratique doivent tolérer la critique lors même qu'elle peut être considérée comme provocatrice », ajoute *CEDH, 6 avr. 2004, Mehdi Zana c/ Turquie* [n° 2], § 35. – aussi *CEDH, 29 mars 2005, Groupement des médias ukrainiens c/ Ukraine*, § 67), la Cour récusant toute mesure qui aurait pour conséquence de restreindre l'ampleur de la discussion, en dissuadant des personnes susceptibles de lui apporter une contribution intéressante d'y participer (*CEDH, 25 mars 1985, Barthold c/ Allemagne*. – *CEDH, 17 oct. 2002, Stambuk c/ Allemagne*).

23. – Les conséquences d'une telle conception sont parfois de nature à déplaire (V. ainsi *CEDH, 23 sept. 1994, Jersild c/ Danemark*, la condamnation pour complicité dans la diffusion de propos racistes viole l'article 10, dans la mesure où le journaliste s'était borné à diffuser, dans une émission de télévision, les propos violemment racistes d'un jeune marginal, sans qu'il puisse être soupçonné de complaisance. – *CEDH, 23 sept. 1998, Lehideux et Isorni c/ France*, constitue une violation de l'article 10 la condamnation des requérants pour apologie des crimes de guerre ou de crimes ou délits de collaboration, suite à la publication d'un placard publicitaire visant à réhabiliter la mémoire de Pétain, au nom « des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire ». – *CEDH, 18 mai 2004, Sté Plon c/ France*, l'interdiction définitive d'un livre rédigé en violation flagrante du secret médical porte une atteinte excessive à la liberté d'expression sur la question de l'état de santé des dirigeants politiques. – *CEDH, 25 janv. 2007, Vereinigung Bildender Künstler c/ Autriche*, l'interdiction d'exposer une œuvre représentant des scènes sexuelles auxquelles participent des personnages nus dont la tête est constituée d'un collage de photographies de personnages contemporains, dont un parlementaire, enfreint l'article 10, en dépit du caractère outrageant et caricatural de celle-ci), mais il faut y voir la rançon indispensable de la « société ouverte » que vise à instaurer la Convention, qui est une société dans laquelle même les opinions non conformistes, hétérodoxes ou agressives doivent pouvoir nourrir le débat public, jamais clos ou forclos (en ce sens *CEDH, 25 août 1998, Hertel c/ Suisse*, § 50, à propos d'une interdiction d'exprimer une thèse soutenant la dangerosité des fours à micro-ondes. – *CEDH, 7 févr. 2002, E.K. c/ Turquie*, à propos d'un article très critique sur la question kurde. – *CEDH, 9 juill. 2002, Seher Karatas c/ Turquie*, relevant qu'un article d'inspiration marxiste comprenant un appel à la grève et à la résistance générales ne se distingue en rien de ceux qui sont diffusés dans les autres pays membres du Conseil de l'Europe. – *CEDH, 15 févr. 2005, Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, § 89, à propos d'une campagne de tracts dirigée par un petit groupe contre une multinationale de l'alimentaire). Il est évidem-

ment difficile de distinguer la polémique, qui s'inscrit dans la logique ici visée, ainsi que la satire (*CEDH, 25 janv. 2007, Vereinigung Bildender Künstler c/ Autriche*. – *CEDH, 22 févr. 2007, Nikowitz et Verlagsgruppe News GmbH c/ Autriche*, § 26), de l'agressivité excessive, qui en sort (*CEDH, 21 mars 2000, Andreas Wabl c/ Autriche*, § 40. – *CEDH, 22 oct. 2007, Lindon, otchakovsky-Laurens et July c/ France*, § 57). Quant au négationnisme, il s'analyse en un abus caractérisé de la liberté d'expression (*CEDH, 24 juin 2003, Garaudy c/ France*).

24. – Ici encore, la Cour s'est attachée à consacrer tous les corollaires nécessaires à l'existence d'un débat aussi large que possible, telle la protection des sources journalistiques, qui « est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse », parce que sans elle, les personnes détenant des informations importantes pourraient être dissuadées « d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général », amoindrissant ainsi son « aptitude à fournir des informations précises et fiables » (*CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 39). Il en résulte que des perquisitions pratiquées au lieu de travail et au domicile d'un journaliste en vue de découvrir l'identité de son informateur ne peuvent être admises que très exceptionnellement (*CEDH, 25 févr. 2003, Roemen et a. c/ Luxembourg*).

25. – En revanche, il ne saurait être question, pour la Cour, de faire bénéficier de la protection de l'article 10 les auteurs de propos racistes (*CEDH, 23 sept. 1994, Jersild c/ Danemark*, § 35. – *CEDH, décision, 24 juin 2003, Garaudy c/ France*) ou appelant à la violence, à la résistance armée, au soulèvement, à l'hostilité ou à la haine entre citoyens ou au désordre (*CEDH, 25 nov. 1997, Zana c/ Turquie*, propos ambigus pouvant s'analyser comme un soutien à la violence terroriste. – *CEDH, 8 juill. 1999, Sürek c/ Turquie* [n° 1 et n° 3], publication de lettres et d'un article incitant à la violence – comp. avec d'autres arrêts contre la Turquie rendus le même jour et concluant à la violation de l'article 10. – *CEDH, 7 févr. 2006, Halis Dogan c/ Turquie*. – *CEDH, 7 mars 2006, Hocaogullari c/ Turquie*, ce dernier soulignant que les articles publiés n'étaient pas compatibles avec l'esprit de tolérance et allaient « à l'encontre des valeurs fondamentales de justice et de paix qu'exprime le Préambule de la Convention »).

26. – Questions pour lesquelles la marge nationale d'appréciation est plus importante. – Les questions qui donnent lieu à un contrôle en principe restreint de la part de la Cour sont actuellement :

- la protection de la morale (*CEDH, 7 déc. 1976, Handyside c/ Royaume-Uni*, § 57) ;

- le domaine « complexe et fluctuant » (?) de la concurrence déloyale (*CEDH, 20 nov. 1989, Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne*, § 33. – *CEDH, 23 juin 1994, Jakubowski c/ Allemagne*, § 26. – *CEDH, 15 févr. 2005, Steel et Morris c/ Royaume-Uni* § 94) ;

- la réglementation des professions (*CEDH, 24 févr. 1994, Casado Coca c/ Espagne*, § 54-55) ;

- la protection des croyances religieuses (*CEDH, 20 sept. 1994, Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, § 55-56. – *CEDH, 25 nov. 1996, Wingrove c/ Royaume-Uni*, § 58. – *CEDH, 13 sept. 2005, I. A. c/ Turquie*, § 25, ce dernier arrêt étant cependant rendu par 4 voix contre 3, avec une forte opinion dissidente) ;

- la réglementation des activités politiques des fonctionnaires territoriaux (*CEDH, 2 sept. 1998, Ahmed et a. c/ Royaume-Uni*, § 62) ;

- l'octroi d'autorisations à des opérateurs commerciaux dans le cadre de l'audiovisuel, compte tenu du caractère délicat des arbitrages à réaliser pour l'attribution de ressources limitées (*CEDH, 5 nov. 2002, Demuth c/ Suisse*) ;

- la possibilité de diffuser des publicités audiovisuelles de nature religieuse (*CEDH, 10 juill. 2003, Murphy c/ Irlande*).

L'intérêt public d'une question est d'ailleurs susceptible de degrés (*CEDH, 16 nov. 2004, Karhuvaara et Italehti c/ Finlande*, § 45, la mention de la condamnation pénale du mari d'une parlementaire ne se rattache à aucun débat politique, mais est tout de même de nature à influencer les électeurs).

27. – **Cas des conflits entre la liberté d'expression et d'autres droits.** – En cas de conflit entre la liberté d'expression et une autre liberté protégée par la Convention, la Cour s'est d'abord limitée à un contrôle restreint (*CEDH, 20 sept. 1994, Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, § 55-56, atteinte à la liberté de pensée, de conscience et de religion des Catholiques par la projection d'un film blasphématoire. – *CEDH, 29 août 1997, Worm c/ Autriche*, compte-rendu d'un procès tenant pour acquise la culpabilité de l'accusé, au mépris des droits que celui-ci tient de l'article 6 de la Convention. – V. aussi *CEDH, 24 nov. 2005, Tourancheau et July c/ France*), avant de procéder à une pure et simple substitution de son appréciation à celle des juridictions nationales (*CEDH, 18 mai 2004, Sté Plon c/ France*, sur le terrain de l'article 10, pour l'atteinte grave qu'un ouvrage consacré par son ancien médecin à la maladie de François Mitterrand avait portée au droit au respect de la vie privée, l'article 8 de la Convention n'étant cependant pas invoqué, et, sur le terrain de cette dernière disposition. – *CEDH, 24 juin 2004, von Hannover c/ Allemagne*, à propos de la publication de photographies représentant la requérante dans le cadre de sa vie privée). L'arrêt « *Hachette Filipacchi Associés c/ France* » du 14 juin 2007 confirme la nécessité de prendre en compte, au titre de l'article 8 cette fois, le traumatisme subi par la famille du disparu, surtout lorsqu'il s'est agi d'un assassinat, pour la publication de clichés représentant le cadavre, au moins dans les jours suivants l'événement (publication, nonobstant l'opposition formelle de ses proches, de la photographie du préfet Érignac gisant sur le pavé d'Ajaccio). Le contrôle est également entier lorsque la Cour oppose le droit à la liberté d'expression et le droit à la réputation, conçu, de manière fort contestable, comme un élément du droit au respect de la vie privée consacré à l'article 8 (*CEDH, 29 juin 2004, Chauvy et a. c/ France*). La requête de personnes empêchées de distribuer des tracts dans un centre commercial privé a été considérée comme appelant à concilier le droit à la liberté d'expression et celui au respect de ses biens (1^{er} Protocole, art. 1^{er}) : la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 10, dès lors que d'autres moyens d'exposer leurs thèses subsistaient pour les requérants (*CEDH, 6 mai 2003, Appleby et a. c/ Royaume-Uni*). La Cour admet aussi qu'il puisse y avoir conflit, au sein même de l'article 10, entre le droit de celui qui s'exprime et les destinataires de son message – la Cour parle du « droit des téléspectateurs de recevoir une information objective et transparente » (*CEDH, 21 sept. 2006, Monnat c/ Suisse*, § 57).

28. – **Prise en compte de la gravité de l'atteinte à la liberté d'expression.** – Le contrôle de nécessité de la restriction comporte, enfin, la vérification que le but légitime visé par l'État n'eût pu être atteint par des moyens moins contraignants : pratiquement ignoré dans les premiers temps de la jurisprudence (*CEDH, 7 sept. 1976, Handyside c/ Royaume-Uni*. – *CEDH, 20 sept. 1994, Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, concluant à l'absence de violation de l'article 10, en dépit du fait qu'avaient été ordonnées, respectivement, la saisie et la destruction de tous les exemplaires de l'ouvrage et la saisie et la destruction du film), cet élément fait ensuite l'objet d'un contrôle (*CEDH, 13 juill. 1995, Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, jugeant disproportionné le montant des dommages-intérêts auxquels avait été condamné l'auteur d'une diffamation. – *CEDH, 27 mai 2003, Skalka c/*

Pologne, adoptant la même solution pour une condamnation à l'emprisonnement en raison de la critique véhémement d'un magistrat contenue dans une lettre adressée au président de la juridiction. – *CEDH, 18 mai 2004, Sté Plon c/ France*, jugeant excessive l'interdiction définitive d'un ouvrage, mais non l'interdiction provisoire qui en avait été ordonnée en référé. – *CEDH, 16 nov. 2004, Karhuvaara et Italehti c/ Finlande*, jugeant trop élevé le montant de l'amende prononcée à l'encontre des requérants. – *CEDH, 15 févr. 2005, Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, § 96, appréciant le rapport entre le montant des dommages-intérêts alloués et les ressources des intéressés. – *CEDH, 22 févr. 2005, Pakdemirli c/ Turquie*, § 53-60, relevant le caractère punitif des dommages-intérêts mis à la charge du requérant. – *CEDH, 22 déc. 2005, Paturel c/ France*, § 49, prenant en compte l'ensemble des sommes à acquitter par le requérant, compte tenu de ses ressources assez modestes).

29. – Il résulte des deux arrêts rendus en Grande Chambre le 17 décembre 2004, « *Cumpăna et Mazare c/ Roumanie* » et « *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark* », qu'au delà de l'examen de la gravité objective de la mesure prise, la cour s'interroge sur la question de savoir si cette mesure est ou non susceptible d'avoir un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression (réponse positive dans la première espèce, où avait été prononcée une peine d'emprisonnement et une interdiction d'exercer la profession pendant un an, négative dans la seconde, s'agissant d'une condamnation à une amende modérée et à des dommages-intérêts). Témoigne aussi de la prise en compte par la Cour de « l'attention portée par les juridictions nationales au respect de la liberté rédactionnelle du magazine » la motivation du constat de non-violation de l'article 10 dans l'affaire de la publication de clichés représentant le cadavre du préfet Érignac gisant assassiné sur un trottoir : la Cour relève le soin avec lequel les autorités judiciaires ont rédigé le communiqué dont elles ont imposé la publication, de manière à rendre l'ingérence dans la liberté d'expression aussi légère que possible (*CEDH, 14 juin 2007, Hachette Filipacchi Associés c/ France*, § 57 s.). Cet arrêt de chambre fait l'objet d'une demande de réexamen en Grande chambre.

30. – L'infliction d'une sanction pénale, peu important sa gravité ou la question de savoir si elle a ou non été exécutée, est toujours analysée comme constitutive d'une atteinte à la liberté d'expression appelant une justification particulièrement forte (*CEDH, 20 avr. 2006, Raichinov c/ Bulgarie*, § 50). L'article 10 prohibe encore les législations édictant des interdictions trop générales (*CEDH, 3 oct. 2000, Du Roy et Malaurie c/ France*, l'interdiction de publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile revêt une généralité excessive, à opposer à *CEDH, 24 nov. 2005, Tourancheau et July c/ France*, rendu, il est vrai, par 4 voix contre 3, relatif à l'interdiction de publier les actes d'accusation et autres pièces de procédure pénale avant leur lecture en audience publique).

31. – Aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, tout régime d'exception est tenu en suspicion et appelle une démonstration convaincante de sa nécessité, qu'il s'agisse d'un régime préventif dérogeant au régime répressif de droit commun (*CEDH, 17 juill. 2001, Assoc. Ekin c/ France*, pour le régime d'interdiction applicable aux publications de provenance étrangère) ou de restrictions par rapport au droit commun de la diffamation (*CEDH, 25 juin 2002, Colombani et a. c/ France* : *RTDH 2003*, p. 982, note P. Wachsmann, pour l'interdiction de prouver la vérité des faits en cas d'offense à un chef

d'État étranger). L'utilisation du droit commun pour arriver à un résultat identique à celui qui eût résulté d'un statut spécial est justiciable de la même analyse (CEDH, 22 févr. 2005, *Pakdemirli c/ Turquie* § 51, relevant qu'il y a eu « surprotection du statut du Président de la République »). Les mesures sanctionnant un comportement intervenu à un stade antérieur à la publication (en l'occurrence, une recherche de renseignement) sont regardées comme suspectes, dès lors qu'elles risquent de dissuader les journalistes de participer à la discussion de questions d'intérêt général (CEDH, 25 avr. 2006, *Dammann c/ Suisse*, § 57).

32. – S'agissant des restrictions préalables à la publication, la Cour ne les a pas interdites absolument, mais a tenu à préciser que « De telles restrictions présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux. Il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse : l'infor-

mation est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt » (CEDH, 26 nov. 1991, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, § 60).

33. – **Caractéristiques générales de la réglementation régissant la liberté d'expression en France.** – Après une alternance, à un rythme très rapide, tout au long du XIX^e siècle, de régimes libéraux et de régimes autoritaires appliqués à la presse, la France a adopté une solution libérale avec la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, texte qui est toujours en vigueur (mais qui a subi de très nombreuses modifications). Cette loi s'applique en principe au contenu de l'expression rendue publique par n'importe quel moyen (I), tandis que les modalités de l'expression obéissent à des régimes divers (II).

I. – RÉGLEMENTATION DU CONTENU DE L'EXPRESSION

34. – La détermination du droit applicable soulève un certain nombre de difficultés qu'il faut évoquer, avant d'étudier les prin-

cipales limitations résultant de ces textes quant au contenu de ce qu'il est loisible de dire.

A. – Droit applicable

35. – Le premier problème qui peut se poser concerne le droit international privé : quelles sont les situations que le droit français a vocation à régir ? S'agissant de ce dernier, la loi du 29 juillet 1881 est d'applicabilité générale, mais vient parfois en concurrence avec l'article 1382 du Code civil et avec des textes spéciaux.

1° Problèmes de droit international privé

36. – **Large compétence des juridictions françaises.** – La compétence des tribunaux français est conçue de manière large, en vertu de la Convention de Bruxelles comme en dehors d'elle. Une telle compétence est en effet retenue lorsque le lieu du fait générateur du dommage ou le lieu de réalisation du dommage se situe en France. À ce dernier titre, il suffit que l'écrit dont le caractère dommageable est allégué ait été diffusé en France (quelques exemplaires suffisent, même s'ils ne représentent qu'une faible fraction de la diffusion globale), que l'émission radiodiffusée puisse être captée en France ou encore que les informations figurant sur un site Internet puissent être accessibles à partir du territoire français. Il a ainsi été jugé que les tribunaux français sont compétents, s'agissant d'une action intentée par une actrice à l'encontre du responsable de la publication d'une revue éditée en Allemagne, à partir du moment où celle-ci était diffusée en France (TGI Paris, 18 avr. 1969 : *Rev. crit. DIP* 1971, p. 281, note P. Bourel. – CA Paris, 19 mars 1984 : *Gaz. Pal.* 1985, I, p. 6). La même solution résulte de l'interprétation donnée par la Cour de justice des Communautés européennes de l'article 5, point 3, de la Convention de Bruxelles (CJCE, 7 mars 1995, *aff. C-68/93, Fiona Shevill e.a. c/ Presse Alliance SA* : *Rec. CJCE* 1995, p. 415, concl. Darmon et Léger). L'effectivité des mesures ordonnées par les juridictions françaises peut évidemment poser problème, notamment lorsqu'il s'agit de les exécuter dans un État où prévaut une conception plus protectrice de la liberté d'expression, ce qui est, par exemple, le cas aux États-Unis. Le problème se pose en particulier pour le réseau Internet, de sorte que les injonctions prononcées le sont à l'encontre des fournisseurs d'accès opérant sur le territoire français (V. ainsi l'ordonnance rendue en référé par TGI Paris, 13 juin 2005 : *Légipresse*, n° 225, 2005, III, 179, note S. Albrieux).

2° Loi du 29 juillet 1881

37. – **Un code libéral de la presse.** – La loi du 29 juillet 1881 vise à constituer un code de la presse, comme le souligne Barbier dans la préface de son célèbre *Code expliqué de la presse* (2^e éd. 1911, t. I, p. 1) indiquant que le texte comprend « toute la législation autrefois éparsée dans plus de quarante documents de diverses origines », ce qui signifie qu'il a vocation à recueillir l'ensemble des infractions que l'on est susceptible de commettre par voie de presse. Ce projet en soi est libéral, qui vise à mettre sous les yeux des professionnels et des citoyens concernés l'intégralité des limites que la loi entend poser à leur activité dans ce domaine.

38. – D'autres traits de la loi en font l'aboutissement du combat mené par les libéraux tout au long du dix-neuvième siècle. Tout d'abord, elle met en place un régime « répressif », c'est-à-dire fondé sur une absence de contrôle préalable des publications et la seule répression *a posteriori* des infractions, prédéfinies par la loi pénale, que les écrits publiés pourraient contenir. « En résumé, point de mesures préventives, et répression des seuls actes qui réunissent tous les caractères des délits de droit commun, tels sont les deux principes qui servent de fondement à la liberté de la presse, et tels sont ceux auxquels la loi du 29 juillet 1881 a voulu donner une pleine consécration », écrit Barbier (*op. cit.*, p. 3). Cette référence au droit pénal commun signifie que les infractions doivent être définies avec une précision propre à éviter la possible incrimination des « délits d'opinion, d'une qualification assez vague pour laisser une large place à l'arbitraire et aux procès de tendance » (Barbier, *op. cit.*, p. 4), contrairement à ce que l'on avait connu antérieurement, par exemple sous le Second Empire. La loi du 2 août 1882 ayant pour objet la répression des outrages aux bonnes mœurs inaugure le mouvement, qui ne s'est plus arrêté depuis, d'altération du schéma libéral originel ou d'adjonction d'infractions de presse à celles contenues dans la loi de 1881, sans nécessairement les y incorporer, au détriment du projet de codification. En revanche, la vocation générale de la loi de 1881 a été récemment réaffirmée, dans une espèce où les articles 9 et 1382 du Code civil avaient été invoqués à propos d'une photographie dont la Cour de cassation relève qu'elle « ne faisait qu'illustrer les propos » par ailleurs incriminés (Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007 : *Légipresse*, n° 243, 2007, III, 158, note T. Hassler).

39. – Les infractions énoncées par la loi de 1881 ont, par ailleurs, vocation à s'appliquer non seulement aux écrits publiés (la presse, rigoureusement, ne désigne qu'eux), mais également à tout propos rendu public par n'importe quel moyen (prise de parole en public, images ou dessins mis en circulation, projection, radiodiffusion, usage des télécommunications adressées à des destinataires indéterminables à l'avance).

40. – **Particularités liées à l'application de la loi du 29 juillet 1881.** – Ces particularités se rapportent à des points de fond ou de procédure, la plupart d'entre elles s'inscrivant dans une perspective libérale visant à entraver les poursuites dirigées contre les organes de presse ou à atténuer la sévérité de leurs conséquences.

41. – Tel n'est cependant pas le cas pour ce qui concerne la détermination des personnes responsables en vertu de la loi de 1881. Le système de responsabilité « en cascade » institué à l'article 42 de la loi est destiné à ménager la possibilité de trouver toujours une personne responsable des infractions commises à raison de la circulation d'un écrit. Les auteurs principaux désignés par cette disposition sont les directeurs de publications ou éditeurs ; à leur défaut, les auteurs ; à défaut des auteurs, les imprimeurs ; à défaut des imprimeurs, les vendeurs, les distributeurs et afficheurs. Les auteurs peuvent être poursuivis comme complices lorsque le directeur ou l'éditeur sont recherchés comme auteurs principaux. Les imprimeurs ne peuvent être poursuivis comme complices qu'exceptionnellement (*L. 29 juill. 1881, art. 43*), leur responsabilité civile pouvant cependant être engagée lorsqu'ils ont commis une faute.

42. – L'institution d'une courte prescription de trois mois, à compter de la publication ou de l'accomplissement du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait (*L. 29 juill. 1881, art. 65*), s'inscrit, quant à elle, dans la perspective libérale décrite *supra* n° 37 à 39 : si un écrit constitue une infraction punie par la loi, la réaction doit être à la fois rapide et suivie d'efforts soutenus. Cette courte prescription s'applique à la fois aux poursuites pénales et aux actions civiles fondées sur la loi de 1881, mais ne vaut que dans le strict champ d'application de celle-ci (elle ne joue pas, par exemple, en cas d'atteinte à l'intimité de la vie privée). La loi du 9 mars 2004 a toutefois porté ce délai à un an pour la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, pour la diffamation et pour l'injure, lorsque ces infractions revêtent une dimension raciste, ainsi que pour la contestation des crimes contre l'humanité commis par le régime nazi.

43. – Relève de la même inspiration libérale la non-applicabilité de l'aggravation des peines résultant de la récidive (*L. 29 juill. 1881, art. 63, 1^{er} al.*, sous réserve des exceptions prévues qui concernent certaines apologies, provocations et discriminations), ainsi que le non-cumul des peines en cas de convictions de plusieurs crimes ou délits prévus par la loi sur la presse, la peine la plus forte étant seule prononcée (*L. 29 juill. 1881, art. 63, al. 2*). De même, l'arrestation préventive des inculpés domiciliés en France est-elle en principe exclue (*L. 29 juill. 1881, art. 52* qui indique limitativement les exceptions à ce principe).

44. – Les infractions de presse relèvent, depuis l'ordonnance du 6 mai 1944, de la compétence de principe des tribunaux correctionnels (*L. 29 juill. 1881, art. 45*, à l'exception de la provocation directe à la commission d'un crime, lorsque la provocation a été suivie d'effet, qui ressortit à la compétence de la cour d'assises, et des contraventions, jugées par les tribunaux de police).

Avant 1944, la compétence de la cour d'assises en matière de presse était considérée comme indissociable d'un régime libéral, en raison de l'indulgence dont elle faisait habituellement bénéficier les personnes poursuivies.

Attention :

Il y a lieu d'insister sur la complexité des règles procédurales applicables en vertu de la loi de 1881 et sur le caractère irréparable des erreurs commises. Ainsi, l'initiative des poursuites est-elle précisément réglementée selon l'infraction visée (*L. 29 juill. 1881, art. 48 à 48-6*) et les articles 50 et 53 de la loi prescrivent-ils au réquisitoire introductif et à la citation de préciser et de qualifier le fait incriminé et d'indiquer le texte de loi applicable à la poursuite. Cette formalité interdit de requalifier différemment les faits en cours d'instance (*Cass. crim., 30 nov. 1982 : Bull. crim. 1982, n° 273*, l'acte introductif d'instance « fixe irrévocablement la nature et l'étendue de la poursuite »), de même qu'elle ne peut être tournée par « des qualifications cumulatives ou alternatives de nature à créer dans l'esprit du prévenu une incertitude quant à l'objet de la poursuite » (*Cass. crim., 30 mars 2005 : Bull. crim. 2005, n° 111*). De même, l'obligation de notifier la citation et les mentions que celle-ci doit comporter se transforment-elles aisément en chausse-trappes fatales à l'avocat inexpérimenté ou insuffisamment attentif...

3° Article 1382 du Code civil

45. – **La faute civile éliminée par le jeu de la loi de 1881 ?** – La question de la combinaison entre la loi de 1881 et l'article 1382 du Code civil est également susceptible de contourner l'entreprise de codification. Il s'agit de savoir si la responsabilité des organes de presse peut être recherchée exclusivement par la voie d'une demande de réparation fondée sur la loi de 1881 (aux termes de ce texte, cette demande peut être adressée, au choix de la victime, à la juridiction répressive ou à la juridiction civile, sauf dans les hypothèses visées à l'article 46 qui imposent de la joindre à l'action publique) ou si la responsabilité civile de droit commun peut également jouer. Une fidélité absolue à l'esprit de la loi de 1881 imposerait la première solution. Selon la formule de Carbonnier (*Le silence et la gloire : D. 1951, chron. p. 119*), « si la liberté de la presse doit être garantie, ne faut-il pas qu'elle le soit au regard des actions en dommages-intérêts autant que de la répression pénale ? ». Pourtant, ce n'est pas en ce sens que la question a été résolue : elle l'a été, comme le disait encore Carbonnier (*ibid.*), « en faveur du droit commun niveleur ». Nos tribunaux se sont toujours refusés à exclure le jeu de la faute civile de l'article 1382 en matière de presse. Cette solution, en son principe compatible avec l'exigence de légalité résultant de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme (*CEDH, 29 mars 2001, Thoma c/ Luxembourg*), a pour conséquence de déplacer la question sur le point de savoir dans quelle mesure une substitution de l'article 1382 aux dispositions de la loi de 1881 est possible.

46. – **Restriction de l'empire de la faute civile.** – La commission d'une faute, au sens de l'article 1382, expose-t-elle à en devoir réparer les conséquences dommageables, quand bien même aucun manquement aux obligations issues de la loi de 1881 n'aurait été constitué ? L'enjeu de la question est important pour la détermination de l'étendue de la liberté d'expression : il s'agit de savoir dans quelle mesure la faute civile embrasse des hypothèses que la loi de 1881 ne saisit pas.

47. – Dans sa célèbre chronique (*D. 1951, chron. p. 119, citée supra* n° 45), Carbonnier s'inquiétait de ce que la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 février 1951, ait pu considérer comme

fautive une omission (en l'espèce, celle du nom de Branly parmi les inventeurs de la TSF), faisant valoir qu'au moins aux yeux d'un non-juriste, « la liberté d'opinion est bien menacée si un auteur n'a plus le choix de ses silences ». De fait, la Cour de cassation a longtemps fait prévaloir une large applicabilité de l'article 1382 en matière de presse. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait été censuré pour avoir entendu limiter, au nom de la libre communication des pensées et des opinions, le jeu de l'article 1382 au seul cas d'abus constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux de la personne, la Cour de cassation (*Cass. 2^e civ., 5 mai 1993 : Légipresse, n° 109, 1994, III, 20, obs. B.A.*) relevant :

Qu'en limitant en matière de presse la portée générale de l'article 1382 du Code civil à une atteinte aux droits fondamentaux des personnes, tout en constatant que les photographies représentaient des jeunes gens revêtus de l'uniforme de scout se livrant à des jeux érotiques, et que les légendes grivoises reprenaient, en les parodiant, certaines expressions du vocabulaire utilisé par les scouts, ce qui caractérisait une faute, la cour d'appel a, par refus d'application, violé le texte susvisé.

Cette position de la Cour de cassation a suscité une vive opposition des juges du fond, qui devait finalement conduire à un revirement de jurisprudence opéré par la formation la plus solennelle de la Cour de cassation.

48. – La question posée était celle de savoir si la diffamation dirigée contre la mémoire des morts, que l'article 34 de la loi de 1881 n'incrimine que dans le cas où son auteur aurait eu « l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants », pouvait être considérée comme fautive, par application de l'article 1382, en l'absence d'une telle intention. La Cour d'appel de Paris ayant refusé de s'incliner, suite à la réitération, par la deuxième chambre civile, de la position favorable à une applicabilité générale de l'article 1382 (*Cass., 2^e civ., 22 juin 1994 : Bull. civ. 1994, II, n° 165*), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation se rallie finalement à une position plus restrictive, énoncée dans un attendu de principe rédigé de manière très obscure : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil » (*Cass. ass. plén., 12 juill. 2000 : Bull. civ. ass. plén. 2000, n° 8*). En l'espèce, cette nouvelle position conduit à refuser d'utiliser l'article 1382, l'une des conditions posées par l'article 34 de la loi de 1881 – l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de personnes vivantes – faisant défaut.

49. – Cette jurisprudence met fin à la possibilité de saisir par la faute de l'article 1382 des hypothèses envisagées et réglées par la loi de 1881. Il est désormais interdit d'utiliser la faute civile pour aller au-delà des limites à la liberté d'expression résultant de la loi spéciale sur la presse (*V. aussi Cass. 2^e civ., 25 janv. 2007 : Légipresse, n° 242, 2007, III, 134, obs. B. Ader*), sauf pour combler les lacunes de celle-ci, s'agissant d'hypothèses non envisagées par elle. Il est ainsi possible d'utiliser l'article 1382 du Code civil pour obtenir réparation du préjudice que causerait la parution d'une interview déformant les propos tenus, parce que ce type d'hypothèses n'est nullement envisagé par la loi de 1881. Cela pourra conduire à des difficultés lorsque se posera la question de savoir dans quelle mesure la substance d'une infraction visée par la loi de 1881 coïncide avec celle de la faute civile que l'on demandera au juge de constater. S'agissant des atteintes à l'honneur ou à la considération, il est en revanche clair que seule la loi de 1881 est susceptible d'être utilisée.

4° Textes spéciaux

50. – **Multiplicité et diversité de ces textes.** – C'est à une véritable prolifération que l'on assiste depuis la fin du XIX^e siècle

(ainsi la loi du 28 juillet 1894 ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes, dénoncée comme « loi scélérate » parce qu'elle renouait avec l'imprécision dans la définition des infractions que la loi de 1881 avait entendu abolir pour éviter la possibilité des condamnations pour délit d'opinion), de sorte qu'il est difficile de faire une énumération exhaustive des limites posées par la loi à l'exercice de la liberté d'expression. Le législateur s'est tout de même soucie d'abroger ceux de ces textes qui avaient été déclarés contraires aux exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ou qui s'avéraient trop visiblement contraires aux mœurs actuelles (à ce dernier titre, voir l'abrogation des dispositions du Code de la santé publique qui incrimaient la provocation à l'interruption de grossesse ou la propagande pour des substances ou dispositifs de nature à provoquer ou favoriser l'avortement).

51. – **Protection de la vie privée : article 9 du Code civil.** – Alors que la protection de la vie privée se faisait traditionnellement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens lui a assigné un fondement spécifique, en donnant à l'article 9 du Code civil la rédaction suivante :

Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a lieu, être ordonnées en référé.

Si le principe du respect de la vie privée était acquis, la loi de 1970 s'emploie à conférer explicitement au juge les pouvoirs, y compris en urgence, propres à assurer sa protection efficace.

52. – **Protection de la présomption d'innocence : article 9-1 du Code civil.** – La même démarche a été reprise à l'article 47 de la loi du 4 janvier 1994 pour ce qui concerne la présomption d'innocence, dont le législateur déplorait qu'elle soit trop souvent contredite par la presse. L'article 9-1 inséré dans le Code civil dispose :

Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

Lorsqu'une personne placée en garde à vue, mise en examen ou faisant l'objet d'une citation à comparaître en justice, d'un réquisitoire du procureur de la République ou d'une plainte avec constitution de partie civile, est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable des faits faisant l'objet de l'enquête ou de l'instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, ordonner l'insertion dans la publication concernée d'un communiqué aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, sans préjudice d'une action en réparation des dommages subis et des autres mesures qui peuvent être prescrites en application du Nouveau Code de procédure civile et ce, aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de l'atteinte à la présomption d'innocence.

Ce texte a fait l'objet d'une interprétation restrictive, seule compatible avec le respect de la liberté d'opinion : il ne peut s'appliquer que si l'écrit en cause contient des « conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité » de la personne en cause (*Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 123*. – *Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 286*).

53. – **Textes d'incrimination extérieurs à la loi de 1881.** – Les infractions pénales susceptibles d'être commises par voie de presse résultent souvent de textes autres que la loi sur la presse, sans que le législateur prenne la peine d'en intégrer les dispositions dans cette dernière. Ici encore, il s'agit d'une pratique ancienne : alors que l'article 28 de la loi du 29 juillet 1881 incriminait l'outrage aux bonnes mœurs, la loi du 2 août 1882 ayant pour objet la répression des outrages aux bonnes mœurs vient modifier les conditions de la répression de cette infraction en

dehors du cadre de la loi de 1881. Par la suite, l'outrage aux bonnes mœurs sera « sorti » de ce texte, pour être incriminé par le Code pénal, dont une section était intitulée « *De l'outrage aux bonnes mœurs commis notamment par la voie de la presse et du livre* ». Cette infraction a cédé la place à celle que définit l'article 227-24 du nouveau Code pénal qui punit « *Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message (...) lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* ». On remarquera que les auteurs du « nouveau » Code pénal se sont en réalité bornés à convertir l'ancienne infraction en termes plus compatibles avec le goût du jour et plus « politiquement corrects », en omettant de la réintégrer dans la loi de 1881.

54. – La loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse s'emploie notamment à prévoir une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 3 750 euros lorsqu'a été enfreinte l'interdiction pour les publications principalement destinées aux enfants et adolescents de ne comporter « aucune illus-

tration, aucun récit, aucune chronique, aucune rubrique, aucune insertion présentant sous un jour favorable le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche ou tous actes qualifiés crimes ou délits ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse ou à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques ». La dernière rubrique mise à part, on conviendra que ces dispositions, si elles étaient appliquées, voueraient les publications tombant sous leur empire à décrire le monde d'une manière qui susciterait le légitime scepticisme de l'enfant le plus attardé...

55. – On citera encore la loi du 19 juillet 1977, qui interdit la publication, la diffusion et le commentaire, la veille de chaque tour de scrutin électoral ou référendaire ainsi que le jour de celui-ci, de tout sondage se rapportant directement ou indirectement à ce scrutin, ou encore l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique, issu des lois du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme et du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, qui incrimine « *la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac* » ou des produits du tabac.

B. – Principales limitations apportées à la liberté d'expression

56. – On étudiera les principales d'entre elles, en distinguant selon qu'elles sont justifiées par la protection de l'honneur des personnes, par celle de leur vie privée ou par la protection d'un élément de l'ordre public.

1° Limitations destinées à protéger l'honneur des personnes

57. – On entend ici très largement le mot honneur, ce qui nous amènera à étudier successivement la diffamation, l'injure et l'institution du droit de réponse, quand bien même cette dernière n'est pas subordonnée à une mise en cause de l'honneur de celui qui en sollicite le bénéfice.

a) Diffamation

58. – **Définition de la diffamation.** – L'incrimination de la diffamation est commune à tous les systèmes juridiques et représente l'un des cas les plus typiques d'abus de la liberté d'expression. L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme « *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* ». Derrière cette définition unique, il y a plusieurs infractions distinctes (*Le Poittevin, Dictionnaire-formulaire des Parquets et de la police judiciaire* : t. I, 1911, p. 398) : « L'allégation, c'est l'énonciation d'un fait, sur la foi d'autrui, ou l'assertion qui se produit sous l'ombre du doute ; l'imputation, c'est l'affirmation personnelle de celui qui parle ou écrit ». La loi les incrimine toutes deux pour éviter les habiletés

consistant dans des insinuations ou des calomnies mises au compte de tierces personnes.

60. – L'allégation ou l'imputation d'un fait est l'élément qui distingue la diffamation de l'injure. La jurisprudence entend cet élément comme impliquant que la diffamation repose sur un fait qu'il est possible, au moins théoriquement (c'est-à-dire peu important que la loi ouvre effectivement ou non cette possibilité – *V. infra* n° 67 à 72), de prouver : « pour être diffamatoire, une allégation ou une imputation doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire » (*Cass. crim.*, 6 mars 1974 : *Bull. crim.* 1974, n° 96).

61. – L'honneur ou la considération de la personne ou du corps doit être atteint. S'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi de 1819, Barbier (*cité supra* n° 59, p. 411) indique que l'honneur a pour fondement la probité, tandis que la considération englobe « les qualités de talent et de mérite qui donnent la réputation ou la célébrité », au moins les « qualités morales, qui attirent vers celui qui les possède ou paraît les posséder, suivant sa position sociale ou sa profession, l'estime ou la considération du public ». Il résulte de la jurisprudence que l'honneur et la considération doivent s'entendre selon l'opinion commune, indépendamment de l'image que l'opinion peut avoir de l'intéressé (pour reprendre l'exemple de Barbier (*ibid.*), « c'est diffamer une fille publique, notoirement connue comme telle, que de l'accuser publiquement de vivre de prostitution »), et sans que l'on puisse tirer argument de ce que l'intéressé lui-même a antérieurement tenté de justifier le comportement qui lui est imputé (ainsi *Cass. crim.*, 7 nov. 1989 : *Légipresse*, n° 67, 1989, III, 115, note Bilger, refusant le raisonnement aux termes duquel, ayant par le passé approuvé l'usage de la torture durant la guerre d'Algérie, un ancien militaire ne pouvait plus soutenir avoir été atteint dans son honneur par l'affirmation qu'il avait lui-même pratiqué la torture à cette époque).

62. – La question cruciale que pose la qualification d'écrits ou de déclarations comme diffamatoires est celle de savoir si les pro-

pos critiques qui ont été tenus envers une personne sont ou non constitutifs d'une atteinte à son honneur ou à sa considération. Le seuil, dont il s'agit de déterminer s'il a été ou non franchi, ne peut être fixé sans arbitraire. La ligne séparative entre la critique licite et celle qui apparaît diffamatoire est souvent indécise : il faut évidemment admettre la possibilité d'exprimer l'idée que le présent fascicule est mauvais, il est clair que le qualifier de plagiat serait diffamatoire, de même que le fait de dire qu'il a visiblement été écrit sous l'empire de l'alcool, il est plus délicat de se prononcer sur des expressions telles que : il est aussi mauvais que les autres productions de son auteur ou : on peut s'interroger sur les raisons qui ont pu conduire à conférer le titre de professeur à son auteur. Compte tenu de l'habituelle sévérité des tribunaux en la matière, on peut penser que les deux derniers exemples seraient également considérés comme diffamatoires, notamment parce qu'ils ne se contentent pas de juger le produit soumis à une légitime critique, mais s'en prennent à la personne même de son fabricant. Le genre de la critique expose par lui-même à de tels glissements : il est difficile de s'en prendre à un livre, une œuvre d'art, un spectacle, un repas que l'on n'a pas aimé, sans être tenté d'attaquer les personnes qui l'ont écrit, créée, conçu ou joué, préparé ou servi... De même est-il aisé, dans les combats politiques, de se montrer véhément et de ne pas s'en tenir au débat d'idées. C'est dès ce stade que la prise en compte des impératifs de la libre discussion des questions d'intérêt général dans une société démocratique (*V. supra* n° 22 à 25) doit se faire. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les éléments constitutifs de la diffamation sont réunis, il est presque fatal qu'interviennent déjà des considérations relatives à la bonne foi, puisque l'absence d'animosité personnelle, relevée à ce dernier titre (*V. infra* n° 81 à 85), interfère avec la question de savoir s'il y a eu mise en cause de la personne même.

63. – La personne ou le corps à qui est imputé le fait diffamatoire détermine l'infraction commise. Encore faut-il que cette personne soit nommée ou identifiable sans difficulté (cette exigence découle également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *CEDH*, 31 juill. 2007, *Diouldine et Kisloc c/ Russie*, § 43), que le corps visé soit un de ceux que la loi fait bénéficier d'une protection en incriminant la diffamation le visant. C'est ainsi qu'il avait été décidé que les propos de l'évêque de Strasbourg qualifiant les homosexuels d'infirmes ne pouvaient donner lieu à indemnisation, en raison de la très grande généralité du groupe visé (*CA Colmar*, 27 juin 1983 : *D.* 1983, *jurispr.* p. 550, note R. Koering-Joulin), tandis qu'il s'agirait aujourd'hui d'un cas de diffamation visé par l'article 32, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881. La Cour de cassation a récemment (*Cass. crim.*, 11 juill. 2007, n° 06-86024) cassé un arrêt qui avait interprété le texte publicitaire d'un groupe de rap comme visant non la police, mais l'ensemble des acteurs politiques et sociaux des trente dernières années, malgré la phrase : « des centaines de nos frères abattus par les forces de police sans qu'aucun des assassins n'ait été inquiété », qu'elle juge constitutive d'une diffamation envers une administration publique.

64. – Il faut distinguer :

– la diffamation envers les particuliers (*L.* 29 juill. 1881, art. 32, 1^{er} al.) ;

– la diffamation envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (*L.* 29 juill. 1881, art. 32, al. 2) ;

– la diffamation envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap (*L.* 29 juill. 1881, art. 32, al. 3) ;

– la diffamation envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l'air, les corps constitués et les administrations publiques (*L.* 29 juill. 1881, art. 30) ;

– la diffamation, « à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs

membres de l'une ou de l'autre chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un juré ou un témoin à raison de sa déposition » (*L.* 29 juill. 1881, art. 31).

65. – Les peines encourues sont une amende de 12 000 euros s'il s'agit de diffamation envers les particuliers, de 45 000 euros dans les autres cas, une peine d'un an d'emprisonnement pouvant venir s'y rajouter dans les hypothèses visées aux alinéas 2 et 3 de l'article 32. Les formalités auxquelles est subordonnée la poursuite sont précisées, selon l'infraction en cause, à l'article 48 (s'agissant des particuliers, il faut une plainte de la personne diffamée), tandis que les associations habilitées à exercer les droits reconnus à la partie civile sont énumérées par les articles 48-1 et suivants pour certains types de diffamations.

66. – **Possibilités pour l'auteur d'une diffamation de n'être pas condamné.** – Lorsque les faits constitutifs d'une des diffamations prévues par la loi sont réunis, le prévenu conserve la possibilité d'être relaxé. Il peut soit prouver la vérité des faits qu'il a allégués, à moins que la loi ne lui en refuse la possibilité, soit démontrer qu'il a été de bonne foi, ces deux moyens de défense étant distincts (solution traditionnelle rappelée par *Cass. crim.*, 24 mai 2005 : *Bull. crim.* 2005, n° 155). La difficulté de la preuve de la vérité des faits est telle que c'est sur le terrain de la bonne foi que se décident la plupart des procès en diffamation.

67. – **Preuve de la vérité des faits allégués.** – L'*exceptio veritatis*, comme on l'appelle, est ouverte aux prévenus du délit de diffamation, mais elle ne l'est généralement que depuis 1944 et, enfin, est soumise à des conditions particulièrement rigoureuses. Avant l'ordonnance du 6 mai 1944, la possibilité d'établir la vérité des faits diffamatoires n'existait que dans les cas très précis que mentionnent les deux premiers alinéas de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881. Ladite ordonnance, qui a négligé de donner à l'article 35 une rédaction unifiée, pose que « La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée », sauf dans trois hypothèses ensuite énumérées. La généralisation, à cette époque, de l'exception de vérité était destinée à ne pas décourager les dénonciations de faits de collaboration. Elle correspond aujourd'hui aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme qui, s'agissant d'allégations de fait intéressant une question d'intérêt général, considère comme contraire à l'article 10 l'impossibilité d'apporter la preuve des faits sur lesquels se fonde l'assertion litigieuse (*CEDH*, 25 juin 2002, *Colombani et a. c/ France*. – *CEDH*, 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*). L'impact des condamnations pour diffamation obtenues par les victimes est d'ailleurs renforcé par cette possibilité, pour le défendeur, de prouver la vérité des faits qu'il allègue : le succès de leur action démontrera la fausseté des accusations portées à leur encontre et non simplement la mauvaise foi de leur adversaire.

68. – Les trois hypothèses dans lesquelles l'article 35 de la loi de 1881 interdit de rapporter la preuve de la vérité des faits allégués sont les suivantes :

a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ;

b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ;

c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

Il faut ajouter que les alinéas a) et b) ne jouent pas lorsque sont en cause « des faits prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du Code pénal et ont été commis contre un mineur » (il s'agit notamment du viol et des agressions sexuelles autres que le viol).

69. – Ces trois hypothèses appellent des appréciations très différentes au regard de l'article 10 de la Convention européenne

des droits de l'homme. L'exception relative à la vie privée trouve aisément son fondement dans l'article 8 de la Convention, selon la logique mise en œuvre dans l'arrêt « *von Hannover c/ Allemagne* » du 24 juin 2004 (V. *supra* n° 27), le cas de la révision peut également être considéré comme répondant aux exigences du § 2 de l'article 10, dans la mesure où la condamnation révisée s'est avérée injustifiée. L'interdiction de prouver la vérité des faits remontant à plus de dix années se heurte clairement à la jurisprudence de la Cour indiquant que les personnes poursuivies en raison de propos qu'elles ont tenus sur un sujet d'intérêt général doivent pouvoir prouver la véracité des assertions de faits que ceux-ci comportent (CEDH, 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, § 23-24, la loi française interdisant de rapporter cette preuve lorsque les faits en question remontent à plus de dix années ne répond pas à l'exigence de proportionnalité, spécialement lorsque l'écoulement du temps apporte de nouvelles lumières sur des faits historiques ou scientifiques). L'application de cette logique conduit à retenir la même solution pour les infractions amnistiées, prescrites ou effacées par la réhabilitation, sauf à imposer qu'ait été apportée la précision pertinente. Il apparaît en effet peu normal d'interdire absolument de rapporter la preuve des faits dans ces hypothèses, alors qu'il est constant que l'imposition officielle de l'oubli produit des effets de refoulement très préjudiciables (la longue occultation du régime de Vichy, comme l'expérience de maints pays d'Amérique latine au sortir des dictatures l'attestent). Beaucoup des cas dans lesquels l'exception de vérité est actuellement fermée par la loi de 1881 apparaissent, on le voit, fort problématiques, ce qu'a admis, à propos des faits remontant à plus de dix années, un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 21 mai 2007 (*cité supra* n° 3), qui écarte le texte législatif en cause comme contraire aux exigences de l'article 10 de la Convention européenne.

70. – Lorsqu'elle est admise, la preuve de la vérité des faits allégués est soumise par la loi et la jurisprudence à des conditions draconiennes dont la conformité à l'article 10 est également douteuse. L'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 soumet, en premier lieu, l'administration de la preuve de la vérité des faits diffamatoires à des contraintes procédurales extrêmement lourdes. Pour être admis à rapporter cette preuve, le prévenu devra, 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 éléction de domicile près le tribunal correctionnel, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve.

71. – Le formalisme qui imprègne ces dispositions paraît peu compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, attachée à permettre aux participants à un débat d'intérêt général de prouver sans difficulté la vérité des allégations qui leur sont reprochées. Il faut ajouter qu'il a cependant produit un effet favorable dans l'hypothèse où une action en référé est introduite en matière de diffamation : le juge des référés doit ménager au défendeur le délai de dix jours prévu par la loi et ne peut, en conséquence, prescrire aucune mesure avant que ce délai soit expiré (Cass. 2^e civ., 5 févr. 1992 : D. 1993, *jurispr.* p. 53, *note P. Wachsmann*). L'idée qui anime ces dispositions est que le diffamateur, en raison même du fait que ses allégations por-

tent atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne, devait être en mesure, au moment de la publication, d'étayer ses dires par des éléments en sa possession, comme l'a souligné la Cour de cassation (Cass. crim., 10 déc. 1991 : Bull. crim. 1991, n° 468). Il n'en reste pas moins que cette rigueur est incompatible avec la liberté d'expression telle que la conçoit la Cour de Strasbourg (V. *infra* n° 73 à 78).

72. – Les exigences de fond quant à la preuve de la vérité des faits ne sont pas moins contraignantes. Cette preuve doit être « complète, parfaite et corrélatrice aux imputations ou allégations formulées » (Cass. crim., 10 déc. 1991, *cité supra* n° 71). Cela signifie que chacune des allégations ou imputations diffamatoires devra donner lieu à une démonstration de son entière vérité, tâche probatoire qui aboutit dans presque tous les cas à un échec du prévenu sur ce terrain. Même s'il y a lieu de relativiser cette sévérité par la possibilité donnée au prévenu de démontrer sa bonne foi (V. *infra* n° 79 à 91), elle apparaît incompatible avec ce qui résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, quelles que soient les fluctuations que celle-ci a pu connaître sur cette question.

73. – **Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la preuve des faits.** – La question de la preuve de la vérité des allégations litigieuses a en effet donné lieu à de perceptibles flottements dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Alors que l'arrêt « *Lingens c/ Autriche* » du 8 juillet 1986 (§ 46) oppose nettement faits et jugement de valeur, pour conclure que l'article 10 interdit d'exiger du prévenu la preuve des seconds, l'arrêt « *Thorgeir Thorgeirson c/ Islande* » du 25 juin 1992 relève que le fait de rapporter le récit d'un tiers, dès lors au moins que ce récit n'était pas entièrement faux, ne peut non plus donner lieu à une obligation de prouver l'exactitude des assertions en cause (§ 65. – CEDH, 24 févr. 1997, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, § 47, vérifiant que les allégations litigieuses n'étaient pas faites « en l'absence de toute base factuelle ». – le § 50 de l'arrêt « *Dalban c/ Roumanie* » du 28 septembre 1999 et le § 39 de l'arrêt « *Sabou et Pircalab c/ Roumanie* » du 28 septembre 2004 relevant, pour fonder un constat de violation de l'article 10, que « rien ne prouve que les faits décrits dans les articles étaient totalement faux ». – le § 51 de l'arrêt « *Nilsen et Johnsen c/ Norvège* » du 25 novembre 1999, relevant que l'article en cause reposait sur « certains éléments factuels ». – V. aussi CEDH, 12 juill. 2001, *Feldek c/ Slovaquie*, § 82-86). L'arrêt « *Thoma c/ Luxembourg* » du 29 mars 2001 marque l'apogée de ce courant jurisprudentiel, en concluant à la violation de l'article 10 dans une hypothèse où le journaliste avait été condamné pour avoir repris les propos accusateurs d'un tiers sans s'en distancer suffisamment : une telle solution rend extrêmement difficile la répression de la diffamation indirecte, en renvoyant systématiquement au seul auteur initial des propos la charge de prouver leur véracité. D'une manière générale, s'agissant de questions d'intérêt public, la Cour n'admet pas qu'un organe de presse puisse être condamné pour avoir cité des propos déjà largement diffusés (CEDH, 14 déc. 2006, *Verlagsgruppe News GmbH c/ Autriche* [n° 1]).

74. – D'autres arrêts, au contraire, imposent que des allégations préjudiciables reposent sur « une base factuelle suffisante » (CEDH, 26 avr. 1995, *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, § 37, vive critique, dans un reportage, du comportement d'un magistrat, sans que le requérant ait assisté à aucune audience présidée par lui ni ne lui ait donné l'occasion d'exprimer son point de vue) ou « solide » (CEDH, 25 juill. 2001, *Perna c/ Italie*, § 47).

L'arrêt « *McVicar c/ Royaume-Uni* » du 7 mai 2002 renforce encore ces exigences en matière de diffamation envers un particulier (§ 84-87). L'arrêt « *Radio France c/ France* » du 30 mars 2004 indique, quant à lui, que lorsque sont rapportés des faits d'une « extrême gravité » pour la personne mise en cause, les journalistes doivent faire preuve « de la plus grande rigueur et d'une particulière mesure » (§ 39. – à propos d'un ouvrage relatif à l'histoire de la Résistance, *CEDH, 29 juin 2004, Chauvy et a. c/ France*).

75. – Ce second courant jurisprudentiel a été consacré par deux arrêts de Grande Chambre du 17 décembre 2004, « *Cumpana et Mazare c/ Roumanie* » et « *Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark* » adoptant le critère de la « base factuelle suffisante », le second arrêt indiquant que la Cour doit « rechercher si les requérants ont agi de bonne foi et se sont conformés à l'obligation ordinaire incombant aux journalistes de vérifier une déclaration factuelle. Cette obligation signifie qu'ils devaient s'appuyer sur une base factuelle suffisamment précise et fiable qui pût être tenue pour proportionnée à la nature et à la force de leur allégation, sachant que plus l'allégation est sérieuse, plus la base factuelle doit être solide » (§ 78). La reprise de ce critère ne va cependant pas toujours sans incertitude (*CEDH, 21 déc. 2004, Busuioc c/ Moldavie*, se contentant de relever qu'une des imputations en cause n'était pas « entièrement dépourvue de fondement » et créditant le journaliste de « recherches d'une ampleur raisonnable » (§ 90), compte tenu de l'importance de la question en cause – une affaire de détournement de deniers publics – pour l'intérêt général. – *CEDH, 22 déc. 2005, Paturel c/ France*, exigeant, au § 38, une base factuelle « suffisante », puis se contentant de relever, au § 39, que celle-ci n'était « pas inexistant ». – *CEDH, 11 avr. 2006, Brésilier c/ France*, § 38, adoptant exactement les mêmes termes et, au contraire, les arrêts « *Stângu et Scutelnicu c/ Roumanie* » du 31 janvier 2006, dont le § 53 relève, au rebours de la jurisprudence « *Thoma* », qu'en reprenant des déclarations attribuées à des tiers, les requérants « auraient dû faire preuve d'une plus grande rigueur et d'une mesure particulière » ou « *A/S Diena et Ozolins c/ Lettonie* » du 12 juillet 2007, § 82, relevant que les commentaires n'étaient pas totalement dépourvus de base factuelle, tout en concluant qu'on ne voit pas quelles précisions supplémentaires sur les faits auraient pu être produites, ce qui revient à exiger une démonstration très minutieuse...). En définitive, le critère du « commentaire acceptable » (*CEDH, 14 déc. 2006, Karman c/ Russie*, § 42) s'avère, au fil des espèces, être assez fuyant. Dans l'arrêt du 22 octobre 2007 « *London, otchakovsky-Laurens et July contre France* » (citée supra n° 23, § 55), la Cour étend à un roman intégrant « des personnages et des faits réels » l'exigence d'une base factuelle suffisante.

76. – Symétriquement, l'arrêt « *Fressoz et Roire c/ France* » du 21 janvier 1999 déclare contraire à l'article 10 la condamnation d'un journaliste pour avoir publié la feuille d'impôt d'un particulier, normalement couverte par le secret fiscal, dès lors que celle-ci venait confirmer l'exactitude des informations diffusées. Il a également été jugé par la Cour de Strasbourg qu'il était loisible à un journaliste de s'appuyer sur un rapport officiel sans avoir à vérifier lui-même l'exactitude des faits qui y sont mentionnés (*CEDH, 20 mai 1999, Bladet Tromsø et Stensaas c/ Norvège*, § 72), y compris lorsqu'il s'agit d'un rapport commandé par une autorité et diffusée par elle sous une forme édulcorée (*CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c/ France*, § 65) et peu important les moyens, licites ou non, par lesquels le ledit document est parvenu à la connaissance des journalistes (*CEDH, 17 déc. 2004, Cumpana et Mazare c/ Roumanie*, § 96. – *CEDH, 19 déc. 2006, Radio Twist A.S. c/ Slovaquie*). Cette solution, qui vaut également pour les rapports établis par la police (*CEDH, 16 nov. 2004, Selistö c/ Finlande*, § 60), a été étendue à l'hypothèse où sont repris « un article détaillé et documenté et une interview, à paraître dans un hebdomadaire dont le sérieux n'est pas en cause », à condition qu'il soit dûment fait mention de cette source (*CEDH,*

30 mars 2004, *Radio France c/ France*, § 37), mais seulement dans la mesure où le contenu de l'information ainsi rapportée n'est pas déformé (*CEDH, 30 mars 2004, Radio France c/ France*, § 38), ou à celle où les allégations reposent sur « une source fiable », en l'espèce, les déclarations du directeur adjoint d'une usine à propos d'affaires réalisées par le président d'un groupe parlementaire (*CEDH, 3 juill. 2007, Flux c/ Moldavie [n° 2]*, mais pas à la reprise sans vérification d'un communiqué de presse émanant d'une formation politique rivale de la personne en cause (*CEDH, 22 févr. 2007, Standard Verlagsgesellschaft MBH c/ Autriche*).

77. – On relèvera qu'en toute hypothèse, la Cour a jugé qu'on ne saurait exiger d'un journaliste s'exprimant dans le cadre d'un débat d'intérêt général le même niveau de précision dans la preuve que celui requis d'un tribunal pour établir le bien-fondé d'une accusation en matière pénale (*CEDH, 26 févr. 2002, Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c/ Autriche*, § 43. – *CEDH, 13 nov. 2003, Scharsach et News Verlagsgesellschaft c/ Autriche*, § 42) ou d'un expert en économie (*CEDH, 31 juill. 2007, Diouldine et Kislov c/ Russie*, § 48). Les journalistes, note la Cour, ne peuvent être astreints à une objectivité totale (*CEDH, 16 nov. 2004, Selistö c/ Finlande*, § 63) ou à une précision absolue dans la description des procédures judiciaires auxquelles ils se réfèrent (*CEDH, 17 juill. 2007, Ormanni c/ Italie*, § 69), la Cour se montrant de manière générale assez (trop ?) indulgente pour les cas où, mentionnant des faits exacts, l'auteur en omet d'autres, si importants soient-ils (*CEDH, 2 sept. 1998, Lehideux et Isorni c/ France*. – *CEDH, 16 nov. 2004, Selistö c/ Finlande, préc.*).

78. – La Cour allège sensiblement la charge probatoire pesant sur celui qui s'exprime lorsque la personne visée, par son comportement, s'est exposée à la critique. Il en va ainsi :

- de l'accusation d'avoir soutenu un amendement favorable à l'un de ses clients formée contre un parlementaire qui est resté inscrit au barreau (*CEDH, 26 févr. 2002, Dichand et a. c/ Autriche*) ;

- d'une accusation de partialité dirigée contre un juge qui avait été candidat à des élections sur la liste d'un parti ayant des positions bien précises sur le point en litige (*CEDH, 20 juill. 2004, Hrico c/ Slovaquie*, reprenant la position d'un arrêt, infirmé, *CEDH, 25 juill. 2001, Perna c/ Italie*) ;

- du reproche de minoration des camps nazis adressé à un politicien qui s'est signalé par des déclarations ambiguës à l'égard du régime national-socialiste (*CEDH, 27 oct. 2005, Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH c/ Autriche*, § 40) ;

- de l'imputation de mensonge adressée au haut fonctionnaire en charge de la surveillance du territoire français au moment de la catastrophe de Tchernobyl, alors que celui-ci, de son côté, avait manqué de prudence dans son évaluation de la situation (*CEDH, 7 nov. 2006, Mamère c/ France*, § 28) ;

- d'une déclaration véhémement d'un parent d'élèves à l'encontre des enseignants d'un établissement dans lequel règne une tension marquée (*CEDH, 1^{er} févr. 2007, Ferihumer c/ Autriche*) ;

- de la réaction d'un homme politique après qu'un journaliste eût mis en cause sa gestion des affaires de la commune (*CEDH, 17 juill. 2007, Sanocki c/ Pologne*, § 67).

Attention :

De tous ces éléments, il ressort que la loi et la jurisprudence françaises sont d'une sévérité excessive quant à la preuve de la vérité des faits allégués et, par suite, ne répondent pas à l'exigence de proportionnalité mise en avant par la Cour. Trop de formalisme quant à l'administration de la preuve, trop d'exigences quant à la complétude de la preuve ne peuvent s'accorder avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, quand bien même on ne séparerait pas la question de la preuve de la vérité des faits et celle de la bonne foi dont il va être question à présent.

79. – **Présomption d'une intention de nuire et preuve de la bonne foi.** – Aux termes d'une jurisprudence constante, le seul fait que le délit de diffamation est constitué, c'est-à-dire qu'il y a eu atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée, fait présumer que son auteur a été de mauvaise foi. Pour la Cour de cassation, « le principe selon lequel l'intention de nuire est attachée de plein droit aux imputations diffamatoires n'est pas incompatible avec les dispositions » des articles 6 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Cass. crim., 16 mars 1995 : Bull. crim. 1995, n° 115*), dès lors qu'est offerte au prévenu la possibilité d'apporter la preuve contraire, et ce, dans le respect des droits de la défense. C'est, en conséquence, au prévenu qu'il incombe de rassembler les éléments lui permettant de convaincre les juges qu'il a été de bonne foi, ceux-ci ne pouvant se prononcer d'office sur la bonne foi (V. ainsi *Cass. crim., 26 mars 1996 : Bull. crim. 1996, n° 134*).

80. – La présomption de mauvaise foi « est détruite lorsque les juges du fond s'appuient sur des faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi » (*Cass. crim., 27 oct. 1938 : DP 1939, I, p. 77, note P. Mimin*). Comme le relevait P. Mimin (*note préc.*), la bonne foi « n'efface ni l'élément matériel de l'infraction, qui est le discours diffamatoire ou injurieux, ni l'intention – *dolus generalis* – qui est la volonté tendue vers ce fait avec la perception de son caractère diffamatoire ou injurieux, ni l'intention de nuire – *dolus specialis* – qui est la conscience du préjudice que le discours diffamatoire ou injurieux va occasionner à la personne désignée. La bonne foi, qui rend l'infraction non punissable, soutient donc une affinité avec les faits justificatifs de droit commun, la légitime défense, l'autorisation de la loi, l'état de nécessité ». P. Mimin énonce ensuite les quatre éléments qu'il juge constitutifs de la bonne foi au vu de la jurisprudence, en des formules devenues classiques. La bonne foi, dit l'auteur, suppose la sincérité, un but légitime, que l'imputation diffamatoire soit proportionnée à ce but légitime et enfin la prudence. Ces précisions reflètent, à quelques nuances près, l'état actuel du droit, ainsi résumées par la 17^e chambre du Tribunal de grande instance de Paris : « les imputations diffamatoires peuvent être justifiées lorsque le but poursuivi par le journaliste apparaît légitime et lorsque ce journaliste apporte la preuve qu'il a écrit son article en se conformant à un certain nombre d'exigences, notamment de sincérité, prudence et objectivité, susceptibles d'établir sa bonne foi » (*TGI Paris, 17 nov. 1988 : Légipresse, n° 58, 1989, III, 10*). On relèvera d'emblée que ces exigences sont cumulatives, aux termes de la jurisprudence : échouer dans l'une de ces démonstrations, c'est échouer à prouver sa bonne foi. Comme on le verra (*V. infra n° 86 à 89*), il est douteux, cette fois encore, que cette rigueur soit compatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

81. – **Éléments de la bonne foi.** – La légitimité du but visé est un élément qui, aux termes de la jurisprudence européenne qu'on a étudiée (*V. supra n° 22 à 25*), doit jouer en la matière un rôle déterminant, dans la mesure où, aux yeux de la Cour, l'insertion du propos en cause dans un débat d'intérêt public fait bénéficier son auteur d'une large immunité. Pour la jurisprudence française traditionnelle, il ne s'agit là que d'un élément parmi d'autres, qui a trait au mobile qui était celui du diffamateur, comme l'avait bien montré P. Mimin (*note citée supra n° 80 : DP 1939, I, p. 77*). Les « bons diffamateurs », comme les nommait cet auteur, « poursuivent une œuvre salutaire, utile à la vie politique, à la vie intellectuelle, à la vie morale de la nation », tandis que les « mauvais diffamateurs » ne visent qu'à « satisfaire la curiosité du public » (*ibid.*). C'est ainsi que l'intention d'« éclairer les électeurs sur les

mérites des candidats » à une élection permet de justifier le rappel d'incidents antérieurs ayant impliqué ces candidats (*Cass. crim., 5 nov. 1969 : Bull. crim. 1969, n° 292*). Un arrêt de chambre mixte a encore accentué le poids de cette considération, sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, prescrivant que la bonne foi soit retenue « lorsque les imputations, exprimées dans le contexte d'un débat politique, concernent l'activité publique de la personne mise en cause, en dehors de toute attaque contre sa vie privée, et à la condition que l'information n'ait pas été dénaturée » (*Cass. ch. mixte, 24 nov. 2000 : Bull. civ. 2000, n° 4*). Rappelons qu'aux termes de la jurisprudence européenne, une telle solution doit prévaloir en-dehors même du champ politique, pour tout débat d'intérêt général.

82. – La sincérité implique que l'auteur des propos diffamatoires ait cru à la vérité des affirmations par lui véhiculées. Cela implique le refus du bénéfice de la bonne foi à qui a délibérément menti ou déformé les informations en sa possession. Les juges vérifient que le prévenu ait pu croire à l'exactitude de celles-ci.

83. – La prudence signifie, quant à elle, l'obligation de vérifier l'exactitude de l'information publiée, à la mesure de la gravité de l'atteinte qu'elle porte à l'honneur ou à la réputation d'autrui. Le journaliste, en particulier, doit respecter l'éthique de sa profession et veiller, en conséquence, à ne pas se faire le véhicule de la calomnie. Il ne devra pas se contenter de sa croyance subjective en la vérité de l'information, mais entreprendre les démarches propres à le convaincre de cette vérité selon les normes en vigueur pour ce faire. La multiplicité et la fiabilité des éléments réunis caractérisent « une enquête sérieuse, qui avait été effectuée avec un souci d'analyse et de réflexion conforme à la mission d'information du journaliste et justifiant la tenue des propos litigieux » (*Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2007 : Légipresse, n° 245, 2007, III, 198, obs. B. Ader*). La prudence implique, lorsque la vérité d'une information n'est pas assurée, que le message transmis au public fasse état des incertitudes qui subsistent et se garde d'affirmer une certitude là où il est impossible de prétendre en acquérir une. La prudence s'impose également dans le ton utilisé et ne doit pas faire apparaître un parti pris hostile.

84. – L'objectivité, enfin, impose à celui qui s'exprime de ne pas se laisser emporter par ses passions personnelles. Il convient, en particulier, que les thèses qui s'affrontent soient toutes mentionnées, y compris le point de vue de la personne mise en cause, dont il est exigé du journaliste qu'il cherche à l'obtenir.

85. – Le caractère cumulatif que revêtent ces exigences rend extrêmement difficile pour le prévenu la démonstration qu'il a été de bonne foi. L'exemple du jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 17 novembre 1988 (*TGI Paris, 17 nov. 1988, cité supra n° 80*), est particulièrement illustratif de cette difficulté. Le Journal *Actuel* avait fait paraître un écho faisant état de ce qu'un candidat à l'Académie française, professeur de droit public et de science politique, avait publié dans sa jeunesse un commentaire du statut de la fonction publique de Vichy approuvant l'exclusion des Juifs et de ce que l'intéressé aurait fait disparaître des bibliothèques le numéro de la revue contenant ce commentaire. Examinant la bonne foi des défendeurs, le tribunal relève la légitimité du but visé (la volonté d'éclairer le public sur l'honorabilité d'une personne qui présente sa candidature à l'Académie justifie qu'il soit fait état de faits, même anciens, susceptibles de l'affecter – on remarquera que cela atténue considérablement les inconvénients de l'interdiction de prouver la vérité de faits remontant à plus de dix années) et accorde qu'un lecteur moyen pouvait déduire de la lecture du commentaire publié à la

Revue de droit public de 1940-1941 que son auteur adhérait au texte par lui commenté en ce qu'il excluait les Juifs de la fonction publique, la seule critique émise concernant l'exclusion des femmes, de sorte que la sincérité des défendeurs pouvait être admise sur ce point. En revanche, le tribunal leur dénie la prudence et l'objectivité nécessaires à l'admission de leur bonne foi : si « le genre de la rubrique dite de polémique autorise une certaine liberté de ton dans l'expression de la pensée », le tribunal estime que la brièveté de cette rubrique était inadaptée « à l'importance du sujet abordé, qui aurait nécessité des explications circonstanciées » et relève surtout « que, pour aucune des imputations diffamatoires retenues, le journaliste ne justifie avoir mené une enquête complète et objective » et qu'en l'espèce, ce dernier aurait dû recueillir ou tenter de recueillir les explications de l'intéressé et en faire état « afin de livrer au public une information impartiale et respectueuse des droits des tiers, sauf ensuite à critiquer le point de vue ainsi exprimé au moyen des autres éléments d'enquête rassemblés », aucun compte ne pouvant être tenu des précisions apportées par un article paru ultérieurement. Le refus d'accorder aux prévenus le bénéfice de la bonne foi témoigne bien de la sévérité des juridictions françaises en la matière. La condamnation, dans les attendus qu'on a cités, de la manière dont l'information en cause a été traitée se concilie difficilement avec l'approche de la liberté d'expression qui résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (V. aussi un arrêt récent qui considère que « la cour d'appel n'a pas caractérisé la prudence et la mesure dans l'expression, ni la fiabilité de l'enquête nécessaire à l'admission du fait justificatif de la bonne foi », alors qu'avait été relevée l'importance de la documentation, y compris officielle, sur laquelle s'était appuyé l'auteur des propos litigieux, *Cass. 1^{re} civ.*, 3 avr. 2007 : *D.* 2007, p. 1277). Dans l'arrêt de grande chambre du 22 octobre 2007, « *Lindon, otchakovsky-Laurens et July contre France* », la Cour épouse pourtant entièrement la démarche des juridictions françaises confrontant successivement le roman litigieux, mêlant réalité et fiction à propos du dirigeant du Front national, à tous les éléments repris pour l'admission de la bonne foi (V. *supra* n° 23). L'explication de cette attitude nous paraît cependant résider dans la particularité de l'œuvre en question, que la Cour à la fois accepte et refuse, en une approche particulièrement embarrassée et critiquable (V. l'opinion dissidente).

86. – Jurisprudence européenne et conception française de la bonne foi. – L'affirmation de la liberté d'expression passe, la Cour y a insisté, par la liberté du mode d'expression des idées : « 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 » (*CEDH*, 23 sept. 1994, *Jersild c/ Danemark*, § 31, possibilité, pour l'auteur d'une émission télévisée, de rendre compte de la montée du racisme en donnant la parole à un jeune extrémiste, aucune complaisance envers les thèses exposées ne pouvant lui être reprochée). « La Cour est consciente de ce que la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation » (*CEDH*, 26 avr. 1995, *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, § 38. – V. aussi *CEDH*, 25 nov. 1999, *Nilsen et Johnsen c/ Norvège*, § 52. – pour un tract attaquant une société multinationale, *CEDH*, 15 févr. 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, § 90), surtout en matière politique, car « dans ce domaine l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel : ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique » (*CEDH*, 28 sept. 2000, *Lopes Gomes da Silva c/ Portugal*, § 34, suivi de nombreux autres. – V. aussi *CEDH*, 26 févr. 2002, *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c/ Autriche*, § 43, distinguant polémique et attaque personnelle gratuite). Dans le cadre d'une polémique, l'emploi de termes d'argot comportant des connotations sexuelles et obscènes peut aussi se concilier avec la liberté d'expression (*CEDH*, 31 oct. 2006, *Klein c/ Slovaquie*, § 49).

87. – Pareillement, il est loisible aux organes de presse de décider s'il convient ou non d'illustrer leurs articles de photographies : l'interdiction absolue de diffuser la photographie de suspects revêt un degré de généralité incompatible avec l'article 10 (*CEDH*, 11 janv. 2000, *News Verlag GmbH & CoKG c/ Autriche*, § 59) de même que l'injonction de ne pas publier la photographie d'un politicien accusé d'avoir disposé de revenus illégaux (*CEDH*, 26 févr. 2002, *Krone Verlag GmbH & Co. KG c/ Autriche*, § 37) ou l'image d'un membre d'un parti néo-nazi à l'occasion de sa mise en liberté provisoire, la Cour notant que cette image est en rapport avec le contenu du reportage (*CEDH*, 7 déc. 2006, *Österreichischer Rundfunk c/ Autriche*).

88. – La même solution a été adoptée s'agissant des interviews (*CEDH*, 16 nov. 2004, *Selistö c/ Finlande*, § 59), à condition qu'ils ne soient pas l'occasion de fournir à leurs auteurs « un support pour attiser la violence et la haine » (*CEDH*, 7 févr. 2006, *Halis Dogan c/ Turquie*, § 39). L'emploi du registre de l'ironie est également admis par la Cour (*CEDH*, 13 déc. 2005, *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft M.B.H. c/ Autriche* [n° 3], utiliser les termes « Bonnie et Clyde » à l'égard d'un homme politique en fuite avec sa compagne ne revient pas à imputer à celle-ci des agissements criminels). Parfois, la Cour va jusqu'à considérer que l'emploi de termes à forte connotation pénale (« escroquerie », « voler », « dérober », « arnaque ») devait apparaître au public comme traduisant simplement l'« attitude subjective » du journaliste au sujet de faits largement connus (*CEDH*, 12 juill. 2007, *A/S Diena et Ozolins c/ Lettonie*, § 86). Cette liberté ne va toutefois pas, sauf si le contexte particulier d'une affaire le justifie, jusqu'à permettre l'emploi de termes insultants dont on ne voit pas en quoi ils constitueraient un apport quelconque au débat (*CEDH*, 27 juin 2000, *Constantinescu c/ Roumanie*, § 72-74), surtout lorsqu'ils attaquent la vie privée de la personne (*CEDH*, 6 févr. 2001, *Tammer c/ Estonie*, § 66-68. – *CEDH*, 10 juin 2003, *Cumpăna et Mazare c/ Roumanie*). Dans l'arrêt du 22 octobre 2007, « *Lindon, otchakovsky-Laurens et July contre France* », la Cour a été inhabituellement sensible à la virulence de la critique d'un homme politique, dans un roman mêlant réalité et fiction, insistant sur la conservation d'un « *minimum de modération et de bienséance* » dans les luttes politiques (*cit supra* n° 23, § 57) et allait jusqu'à estimer que la teneur des propos litigieux « est de nature à attiser la violence et la haine » (*ibid.*).

89. – La Cour européenne des droits de l'homme donne, on le voit, à la liberté d'expression une ampleur bien supérieure de celle qui résulte de la jurisprudence française relative à la bonne foi. Ce n'est pas à dire qu'il y ait une incompatibilité radicale entre la jurisprudence européenne et la conception française de la bonne foi dont beaucoup d'éléments lui correspondent indéniablement. Il en est ainsi lorsque la Cour de Strasbourg se réfère expressément à la bonne foi des requérants (*CEDH*, 24 avr. 2007, *Lombardo et autres c/ Malte*, § 59) ou fait état de l'« obligation incombant normalement à un journal de vérifier des allégations factuelles diffamatoires pour des particuliers » et mentionne qu'« À cet égard entrent particulièrement en jeu la nature et le degré de la diffamation en cause et la question de savoir à quel point l'auteur peut raisonnablement considérer ses sources comme crédibles pour ce qui est des allégations » (*CEDH*, 7 mai 2002, *McVicar c/ Royaume-Uni*, § 84. – *CEDH*, 29 juin 2004, *Chauvy et a. c/ France*). De même, des propos reposant sur une base factuelle avérée, mais comportant « une distorsion de la réalité, opérée de mauvaise foi », peuvent transgresser les limites permises par la liberté d'expression (*CEDH*, 27 mai 2004, *Vides Aizsardzibas Klubs c/ Lettonie*, § 45). La Cour considère également comme un élément pertinent pour apprécier la bonne foi du journaliste le fait qu'il ait essayé d'entrer en contact avec la personne en cause ou fait mention du point de vue contraire (*CEDH*, 28 sept. 2004, *Sabou et Pircalab c/ Roumanie*, § 41), la possibilité de réagir à l'article en cause après parution étant cependant

considérée comme suffisante, car elle donne au public l'occasion de confronter les points de vue en présence (*CEDH, 16 nov. 2004, Selistö c/ Finlande*, § 67. – *CEDH, 17 juill. 2007, Ormanni c/ Italie*, § 75). Il faut également relever que dans sa jurisprudence récente, la Cour se montre plus restrictive pour la liberté d'expression, indiquant que « *le contrôle du respect de la déontologie journalistique revêt une importance accrue* » (*CEDH, 10 déc. 2007, Stoll c/ Suisse*, § 104). Le contexte dans lequel s'inscrivent les propos incriminés est également une donnée essentielle (*CEDH, 19 janv. 2006, Albert-Engelmann-Gesellschaft MBH c/ Autriche*, le qualificatif « rebelle » appliqué à un prêtre doit être replacé dans le cadre des débats internes à l'Église catholique. – *CEDH, 31 juill. 2007, Tchémoudorov c/ Russie*, pour le caractère « anormal » attribué à la réaction d'un gouverneur de province à une accusation de détournement de fonds). Mais la Cour de Strasbourg n'approuve pas des analyses concluant à l'absence de bonne foi fondée sur l'imputation au diffamateur d'une « animosité personnelle » à partir du constat de sa partialité, s'agissant d'une controverse sur les sectes (*CEDH, 22 déc. 2005, Paturel c/ France*, § 44-45) et stigmatise la « particulière raideur dans la lecture des propos du requérant » dont ont fait preuve les juridictions françaises dans une autre affaire (*CEDH, 7 nov. 2006, Mamère c/ France*, § 26).

Attention :

On peut conclure à la compatibilité entre les composantes de la bonne foi en droit français de la diffamation et le standard européen, mais aussi à la nécessité d'en faire une application beaucoup plus souple (ce qui, d'une certaine manière avait été le cas des juridictions françaises dans l'affaire « *Lindon, otchakovsky-Laurens et Joly contre France* » (citée *supra* n° 23) dont il vient d'être question), le cumul de toutes les exigences qui pèsent actuellement sur le prévenu s'avérant à l'évidence contraire au principe de proportionnalité, de même que la manière dont, trop souvent encore, ces notions sont interprétées. Les tribunaux français en viennent en effet à exiger de ceux qui s'expriment, y compris sur des questions d'intérêt public, qu'elles se livrent aux recherches que l'on pourrait attendre d'un historien ou d'un magistrat en charge d'un dossier pénal et qu'elles adoptent la mesure dans le ton et le scrupule dans l'exposé propres à ces deux professions. Cela est plus adapté au « peuple de dieux » évoqué par Rousseau qu'aux conditions concrètes de l'existence humaine auxquelles se réfère la Cour de Strasbourg : l'emportement de la polémique ou l'indignation doivent aussi pouvoir être des composantes de la société démocratique.

90. – **Assouplissement des exigences en cas de mise en cause des institutions.** – Aux termes d'une jurisprudence, restée pour l'instant trop peu appliquée, dès lors que les critiques émises « se ramènent à la manifestation d'une opinion sur le fonctionnement de l'une des institutions de l'État », cette manifestation d'opinion bénéficie de la liberté attachée à la critique du fonctionnement de ces institutions et à la discussion des doctrines divergentes relatives à leur rôle, de sorte que « le fait justificatif de la bonne foi, propre à la diffamation, n'est pas nécessairement subordonné à la prudence dans l'expression de la pensée » (*Cass. crim.*, 23 mars 1978 : *Bull. crim.* 1978, n° 115). En l'espèce, M. Foyer, ancien Garde des sceaux, s'en était pris avec véhémence au Syndicat de la magistrature, qu'il avait accusé de vouloir instrumentaliser l'appareil judiciaire au service d'un dessein subversif. La Cour de cassation prête aux outrances de style que contenait l'article « une portée théorique et générale », attache une grande importance au contexte des attaques et note que ces outrances « sont du genre de celles généralement admises sous la plume des polémistes politiques ». Cette approche libérale de la bonne foi, s'agissant d'un « sujet d'intérêt public », préfigure celle que commande

en pareille matière la jurisprudence européenne. Il n'en est que plus regrettable que la Cour de cassation ait refusé, quelques mois plus tard, d'appliquer cette doctrine dans une affaire où les attaques émanaient d'une tout autre sensibilité politique. Une publication d'extrême gauche avait dénoncé une « véritable délinquance policière » au commissariat de la préfecture de Nanterre : la Cour de cassation casse l'arrêt qui avait admis la bonne foi, estimant que « l'amplification et la généralisation systématiques ainsi que la présentation tendancieuse de certains faits révélaient non seulement l'insuffisance des vérifications préalables, mais aussi le manque d'objectivité et de sincérité du journaliste » (*Cass. crim.*, 12 juin 1978 : *Bull. crim.* 1978, n° 191).

91. – On peut espérer que la ligne de l'arrêt « *Foyer* » (citée *supra* n° 90) s'impose désormais, comme le laisse penser l'arrêt de chambre mixte du 24 novembre 2000 (*Cass. ch. mixte*, 24 nov. 2000, citée *supra* n° 81), qui fait bénéficier un homme politique d'un traitement privilégié du point de vue de la bonne foi, en tenant compte de ce que les propos litigieux avaient été tenus lors d'un débat télévisé en direct. Cette orientation est pleinement conforme à ce que commande la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : il a été jugé que des propos virulents tenus dans le cadre d'un « échange oral rapide et spontané » bénéficieraient plus facilement de la liberté conférée par l'article 10 que les mêmes propos consignés par écrit après mûre réflexion (*CEDH, 14 mars 2002, De Diego Nafria c/ Espagne*, § 41. – *CEDH, 4 déc. 2003, Müslüm Gündüz c/ Autriche*, § 49. – *CEDH, 18 avr. 2006, Roseiro Bento c/ Portugal*, § 43). Le caractère de l'émission au cours de laquelle ont été tenus les propos litigieux doit aussi être pris en compte : des expressions qui n'eussent pas été admissibles au cours d'une émission d'information le seront s'il s'agit d'une émission qui « relevait moins de l'information que du spectacle et qui a construit sa notoriété sur l'exagération et la provocation » (*CEDH, 7 nov. 2006, Mamère c/ France*, § 25). De même, ne peut-on assimiler un communiqué de presse à des tracts ou publications, ces derniers procédant d'un travail plus ample de réflexion et de préparation (*CEDH, 25 janv. 2005, Karademirci et a. c/ Turquie*, § 42). Quant aux allégations émises au cours d'une campagne électorale, elles doivent bénéficier d'une tolérance spécialement étendue (*CEDH, 6 avr. 2006, Malisiewicz-Gasior c/ Pologne*, § 65-66), même lorsque les propos tenus sont vifs (*CEDH, 11 avr. 2006, Brasilier c/ France*, § 42), de même que celles qui sont énoncées dans le cadre d'un débat politique animé (*CEDH, 24 avr. 2007, Lombardo et a. c/ Malte*, § 60. – *CEDH, 17 juill. 2007, Sanocki c/ Pologne*. – *CEDH, 31 juill. 2007, Diouldine et Kislov c/ Russie*, § 49).

b) Injure

92. – **Éléments constitutifs.** – Aux termes de l'article 29, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881, « *Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure* ». Comme en matière de diffamation (*V. supra* n° 59 à 64), il faut distinguer selon que l'injure vise les corps ou les personnes protégées par les articles 30 et 31 de la loi, les particuliers, ou qu'elle revêt un caractère discriminatoire (*L. 29 juill. 1881, art. 33*). Ainsi qu'on l'a vu (*V. supra* n° 59 et 60), c'est l'absence d'imputation d'un fait susceptible d'être prouvé qui caractérise l'injure par rapport à la diffamation, avec les difficultés que peut comporter l'utilisation de ce critère (par exemple, s'il est clair que traiter X d'imbécile constitue une injure, en est-il de même si l'on dit que, dans une hypothèse précise, X a eu un comportement d'imbécile ?). Les termes utilisés par la loi ont donné lieu aux précisions suivantes : « si l'invective ou le terme

de mépris implique l'idée de violence ou de grossièreté dans la manifestation de la pensée, il n'en est pas de même de l'expression outrageante, l'outrage résultant évidemment de tout propos de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, quelle que soit la forme donnée à l'expression de la pensée » (*G. Barbier, Code expliqué de la presse*, 2^e éd. par P. Matter et J. Rondelet : t. I, 1911, p. 439). Il résulte de ces définitions que l'emploi de termes violents ou grossiers suffit à caractériser l'injure, tandis qu'il n'en constitue pas une condition nécessaire. Les appréciations en la matière sont essentiellement variables : la plupart des exemples d'injures donnés en 1911 sont aujourd'hui perçus comme anodins (étaient citées les expressions suivantes : drôle, polisson, teigneux, oiseau galeux, bâtard, grand fat...), de même qu'il faut relativiser, à l'heure de la mondialisation, la portée de la remarque suivante : « Une expression qui par elle-même et d'après son sens propre n'a aucun caractère injurieux, peut être injurieuse par le sens que l'usage lui attribue dans chaque localité, par les allusions qu'elle renferme » (*ibid.*, l'exemple était celui d'un arrêt de la Cour de Riom du 18 avril 1888 tenant pour injurieux le propos d'élève de l'auberge de Peirebelle, « parce que cette auberge de la Haute-Loire est célèbre par les crimes qui y ont été commis »). La question se pose aussi de savoir si seuls des mots peuvent revêtir un caractère injurieux. Les termes utilisés par la loi de 1881 l'impliquent, mais la Cour d'appel de Paris a estimé qu'une affiche publicitaire détournant la Cène de Léonard de Vinci (une marque de vêtements pour femmes avait substitué des femmes au Christ et aux apôtres, tandis qu'un jeune homme vêtu seulement d'un pantalon abaissé à mi-hanche se tenait à la droite du premier) s'analysait en une injure aux sentiments religieux et à la foi des catholiques (*CA Paris*, 8 avr. 2005 : *Légipresse*, n° 223, 2005, III, 143, note H. Leclerc). Cet arrêt a été cassé pour un autre motif, l'absence d'intention d'outrager les fidèles de confession catholique ou de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance (*Cass. 1^{re} civ.*, 14 nov. 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 485).

93. – **Excuse de provocation.** – En matière d'injure envers les particuliers, à laquelle l'injure revêtue d'un caractère discriminatoire a été, d'une manière surprenante, assimilée (*Cass. crim.*, 13 avr. 1999 : *Bull. crim.* 1999, n° 77), la loi admet une excuse de provocation, que le prévenu doit expressément invoquer. La provocation consiste en « tout fait accompli volontairement dans le but d'irriter une personne et venant par suite expliquer et excuser les propos injurieux qui lui sont reprochés » (*Cass. crim.*, 17 janv. 1936 : *Gaz. Pal.* 1936, I, p. 320). Elle n'est admise qu'à des conditions restrictives, les tribunaux exigeant qu'elle émane de la personne injuriée ou de personnes agissant sur ses ordres ou bénéficiant de sa complicité avérée, qu'elle soit directe et revête un caractère illicite (V. en ce sens les analyses de A. Chavanne au *Fascicule 151 du Traité de droit de la presse*, [dir. H. Blin et a.] : 1989, n° 60 s.). L'exigence de proportionnalité vient rendre particulièrement difficile l'admission de la provocation lorsque l'injure revêt un caractère raciste (*Cass. crim.*, 13 avr. 1999, *préc.*).

94. – **Vers une admission plus large de l'injure ?** – Il n'y a pas place, en matière d'injure, pour une exception de vérité, par définition sans assise possible, ou pour une bonne foi que contredit l'emploi de termes excessifs. En dépit de ces principes, certains tribunaux ont admis le prévenu au bénéfice de la bonne foi, en acceptant de prendre en compte le contexte de l'affaire, au-delà de la question de la provocation (*TGI Paris*, 10 avr. 1992 : *Légipresse*, n° 94, 1992, III, 93, pour la reprise, par un journaliste, de propos injurieux tenus la veille contre un homme politique. – *TGI Nancy*, 14 juin 1993 : *Légipresse*, n° 104, 1993, III, 108, note Ph. Bilger, pour la prise en compte du contexte dans lequel avaient été tenus les propos litigieux). Cette jurisprudence en voie de constitution rejoint celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui exige que, même en matière d'injure, le contexte dans lequel les propos injurieux ont été tenus soit pris en compte.

A ainsi été jugée contraire aux exigences de l'article 10 la condamnation prononcée contre un journaliste qui avait traité d'imbécile M. Haider, en relevant que ce terme devait être replacé dans le contexte d'un débat politique, dès lors qu'il s'agissait d'une réplique à un discours provocateur du politicien, qui avait fait l'apologie de tous ceux qui avaient participé aux combats de la Deuxième Guerre mondiale (*CEDH*, 1^{er} juill. 1997, *Oberschlick c/ Autriche* [n° 2]) – on notera que dans cette affaire, les conditions mises en France à l'admission de l'excuse de provocation n'eussent pas été remplies, les propos initiaux ne visant nullement le journaliste. La Cour tient également compte des degrés que peut comporter l'injure (*CEDH*, 11 déc. 2003, *Yankov c/ Bulgarie*, § 137, propos insultants, mais pas grossièrement agressifs).

c) Droit de réponse

95. – **Un droit « général et absolu » conféré à toute personne nommée ou désignée dans un écrit périodique.** – L'institution d'un droit de réponse au profit des personnes mises en cause dans un écrit périodique, que notre droit connaît depuis la loi du 25 mars 1822 dont la loi de 1881 a repris les termes, paraît offrir à celles-ci une protection adéquate, en rétablissant à leur profit un équilibre des points de vue qu'une présentation tendancieuse ou simplement partielle des faits aurait perturbé, tout en évitant le prononcé de condamnations pénales ou même simplement civiles. Pourtant, il convient de ne pas négliger le fait que cette institution conduit un tiers à intervenir dans le contenu de la publication en cause, dont les responsables sont contraints par la loi de publier un point de vue qui n'est pas le leur, voire qu'ils considèrent avec hostilité. Dès 1989, la Commission européenne des droits de l'homme avait analysé le droit de réponse comme une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression reconnue par l'article 10 de la Convention (*Comm. EDH*, 12 juill. 1989, *Ediciones Tiempo S.A. c/ Espagne* : D.R. 62, p. 24). L'appréciation qui peut en être faite dépend en réalité des conditions que la loi met à cette ingérence. Or, le droit de réponse qu'instaure, à la charge des écrits périodiques, quotidiens ou non, l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 est ouvert à « toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique », ce qui revient à dire que son exercice n'est pas subordonné à une mise en cause de l'honneur ou de la considération de cette personne, ni même d'ailleurs à une appréciation défavorable portée sur elle, encore moins à une quelconque intention de nuire qui animerait l'auteur de l'article entraînant la réponse. L'ampleur du droit de réponse apparaît alors démesurée (dans sa décision, précitée, de 1989, la Commission avait estimé que « la réglementation en matière de droit de réponse vise à sauvegarder l'intérêt du public à recevoir des informations de différentes sources, et à garantir par là la possibilité de disposer d'une information aussi complète que possible », objectif qu'outrepasse à l'évidence le droit français), constatation qu'aggrave encore l'indication, par une jurisprudence constante, qu'il s'agit d'un droit « général et absolu », autrement dit d'un droit qui ne donne prise à aucun contrôle de son exercice par les tribunaux. « Le droit de réponse est général et absolu ; celui qui l'exerce est seul juge de la forme, de la teneur et de l'utilité de sa réponse », énonce la Cour de cassation depuis plus d'un siècle et demi (*Cass. crim.*, 1^{er} mars 1838 : S. 1838, I, p. 447).

96. – **Vers un encadrement de l'utilisation du droit de réponse ?** – En dépit du maintien de la référence à un droit « général et absolu », la jurisprudence contemporaine semble s'acheminer vers l'exercice d'un contrôle judiciaire destiné à empêcher l'abus du droit de réponse. C'est ainsi que des décisions ont imposé que l'usage du droit de réponse demeure raisonnable, en faisant valoir, à propos d'une demande d'insertion d'un droit de réponse dans les colonnes de la *Semaine juridique* suite à une controverse doctrinale, que le droit de réponse a été institué par la loi « d'une part pour permettre aux citoyens de riposter aux attaques dont ils peuvent être l'objet dans les journaux, d'autre

part, indépendamment de toute attaque, pour permettre aux personnes nommées ou suffisamment désignées de rectifier les informations inexactes qui les concernent » (*TGI Paris, réf., 27 mai 1988 : JCP G 1988, II, 21079*, approuvé par *CA Paris, 13 juill. 1988*).

97. – On relèvera que cette analyse s'inscrit en rupture avec la jurisprudence traditionnelle. Elle fut confirmée par la suite, afin de ne pas permettre que l'utilisation du droit de réponse soit l'occasion de s'assurer un espace publicitaire gratuit ou une tribune inespérée (*TGI Paris, 19 janv. 1994 : Légipresse, n° 113, 1994, III, 97, note Bigot. – CA Paris, 24 mai 1994 : Légipresse, n° 117, 1994, III, 181. – Cass. crim., 16 janv. 1996 : Bull. crim. 1996, n° 26*). Cette jurisprudence insistant sur l'exigence d'une corrélation assez strictement entendue entre la réponse et la teneur de l'article auquel elle fait suite sera ensuite utilisée pour empêcher le Front national de mettre en œuvre une politique annoncée consistant à réclamer un droit de réponse à chaque fois qu'un périodique le qualifierait de mouvement d'extrême-droite (*Cass. crim., 16 juin 1998 : Légipresse, n° 155, 1998, III, 129, note E. Derieux*).

98. – Le recadrage auquel procède ce courant jurisprudentiel, au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, préfigure à maints égards la position qui résulte de la décision de la Cour européenne du 5 juillet 2005, « *Melnytchouk c/ Ukraine* », qui insiste sur le fait que le droit de réponse ne saurait s'entendre comme conférant à des particuliers ou à des organisations « un droit illimité d'accéder aux médias afin de promouvoir leurs opinions » et affirme qu'« en règle générale, les journaux et autres médias privés doivent jouir d'un pouvoir "rédactionnel" discrétionnaire pour décider de publier ou non des articles, commentaires ou lettres émanant de particuliers ». Cette décision est toutefois loin de clore le débat, puisqu'elle ajoute que le droit de réponse procède « de la nécessité non seulement de permettre la contestation d'informations fausses, mais aussi d'assurer une pluralité d'opinions, en particulier dans des domaines d'intérêt général tels que le débat littéraire et politique ». Le second objectif permet d'exiger assez largement et librement l'exposé d'un point de vue différent de celui qui s'est exprimé dans l'article initial (V. ainsi la réaction exprimée dans *Libération* du 28 février 1991 [p. 15] à propos du droit de réponse dont avait usé le réalisateur Claude Berri après parution d'une critique de son film *Uranus* par Serge Daney). Il paraît, en toute occurrence, acquis que la conception très large du droit de réponse, quoique fidèle aux termes de la loi (en 1881, le mot réponse fut préféré à celui de rectification pour éviter de limiter la réplique au seul redressement de faits erronés. – *G. Barbier, Code expliqué de la presse, 2^e éd. par P. Matter et J. Rondelet : t. I, 1911, p. 131*), ne correspond pas aux exigences de la liberté d'expression.

99. – **Modalités du droit de réponse.** – Elles sont exposées par l'article 13 de la loi de 1881, auquel la jurisprudence a ajouté un grand luxe de détails. Ceux-ci concernent :

- l'origine (il s'agit d'un droit « strictement personnel », qui « ne peut être exercé que par celui qui a été expressément ou implicitement mis en cause dans une publication périodique », *Cass. crim., 2 févr. 1988 : Bull. crim. 1988, n° 54*) ;

- l'envoi (la réponse doit être adressée au directeur de la publication par huissier, lettre recommandée ou tout autre moyen) ;

- le délai pour réclamer l'insertion (trois mois à compter de la publication ou, s'agissant d'une désignation à l'occasion de pour-

suites pénales, de la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement mettant définitivement la personne hors de cause) ;

- la rapidité et les modalités de l'insertion (trois jours à compter de la réception pour les quotidiens, délai ramené à vingt-quatre heures en période électorale, le numéro qui suit le surlendemain de la réception de la réponse pour les autres périodiques ; l'insertion « *devra être faite à la même place et en mêmes caractères que l'article qui l'aura provoquée et sans aucune intercalation* », et ce dans la même zone géographique que celle couverte par la publication initiale, le but étant que les lecteurs qui ont eu connaissance de celle-ci puissent en faire de même pour la réponse ; la publication de la réponse « *sera toujours gratuite* ») ;

- la longueur de la réponse (elle est limitée à celle de l'article qui l'a provoquée, sans pouvoir toutefois dépasser 200 lignes, et peut toujours être de 50 lignes au moins, « *non compris l'adresse, les salutations, les réquisitions d'usage et la signature, qui ne seront jamais comptées dans la réponse* »).

100. – Pourvu qu'elle respecte strictement les règles qu'on vient de mentionner, la réponse adressée au directeur de la publication doit être publiée telle quelle, sans pouvoir faire l'objet de modifications, de corrections, même minimes, de commentaires insérés dans le texte ou de montages quelconques. Si la réponse ne correspond pas, y compris en raison d'un détail, aux prescriptions de la loi, son insertion pourra être refusée. Il en va de même lorsque son texte exposerait le directeur de la publication à commettre une infraction pénale ou serait offensant pour l'auteur de l'article incriminé, la publication ou son directeur. Toutefois, les tribunaux se montrent exigeants dans ce dernier cas, pour éviter que toute mise en cause de l'organe de presse ou de ses collaborateurs ne puisse servir de prétexte à un refus d'insertion de la réponse : celle-ci doit, pour qu'un tel refus soit admis, excéder manifestement, par son ton, ce que l'article initial peut justifier (V. ainsi *Cass. 2^e civ., 5 janv. 1994 : Bull. civ. 1994, II, n° 11*). L'auteur de la réponse refusée pourra en rédiger une autre, conforme aux exigences légales, si l'on se trouve encore dans le délai de trois mois qui lui est ouvert à compter de la publication de l'article auquel il entend répondre.

101. – Le refus d'insérer une réponse correspondant aux exigences légales constitue une infraction pénale. Il est prévu que « *le tribunal prononcera, dans les dix jours de la plainte, en refus d'insertion. Il pourra décider que le jugement ordonnant l'insertion, mais en ce qui concerne l'insertion seulement, sera exécutoire sur minute nonobstant opposition ou appel. S'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la déclaration faite au greffe* ».

102. – Lorsque la rédaction du périodique croit devoir assortir la réponse d'un commentaire publié à sa suite (rappelons que le respect de l'intégrité de la réponse interdit toute intercalation de remarques émanant de la rédaction), celui-ci ouvre, à son tour, un nouveau droit de réponse dans les mêmes conditions que l'article initial, la théorie de l'abus de droit venant toutefois limiter la possibilité de prolonger l'échange. En revanche, ce n'est pas au journal qu'il appartient de décréter, comme on le lit parfois, que sa mise au point constitue la clôture de la discussion.

103. – On rappellera enfin que l'article 9-1 du Code civil assure une protection particulière à la présomption d'innocence (V. *supra* n° 52).

104. – **Extension du droit de réponse au-delà de la presse périodique.** – La plus récente concerne les services de communication au public en ligne, que l'article 6, IV de la loi du 21 juin

2004 pour la confiance dans l'économie numérique soumet au régime institué par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881. Par delà le support utilisé, les deux types de publications sont en effet justiciables des mêmes solutions.

105. – En ce qui concerne l'audiovisuel, la solution adoptée est différente quant aux cas d'ouverture du droit de réponse. L'article 6, maintenu en vigueur, de la loi du 29 juillet 1982 ne l'ouvre à « toute personne physique ou morale » que « dans le cas où des imputations susceptibles de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation auraient été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle ». Cela revient à subordonner l'exercice du droit de réponse à des attaques contre la personne concernée. Une interprétation littérale de l'article 6 paraissait même exiger une diffamation ou une injure pour qu'il y eût droit de réponse, mais la jurisprudence a écarté cette interprétation comme trop restrictive : « l'exercice du droit de réponse ne suppose pas que soit caractérisé l'abus commis par le journaliste dans l'exercice de sa liberté d'informer », écrit la Cour de cassation (*Cass. 1^{re} civ.*, 29 nov. 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 459 ; *Légipresse*, n° 229, 2006, III, 33, note T. Hassler). Il suffit, par conséquent, que soit constatée une atteinte objective à l'honneur ou à la réputation pour que le droit de réponse propre à la communication audiovisuelle soit ouvert. Pour le reste, les dispositions de la loi de 1982, complétées par un décret du 6 avril 1987, participent du même esprit que celui qui anime l'institution du droit de réponse en matière de presse, avec les adaptations que commande le particularisme du support en cause (par exemple, l'article 6 du décret prescrit que « le texte de la réponse ne peut être supérieur à trente lignes dactylographiées. La durée totale du message ne peut excéder deux minutes »).

2° Limitations destinées à protéger la vie privée des personnes

106. – **Consécration du droit au respect de la vie privée.** – C'est sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que les tribunaux français ont longtemps assuré le respect du droit à la vie privée. Un texte spécifique a ensuite été adopté par le législateur : la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, aux termes de laquelle l'article 9 du Code civil est ainsi rédigé : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». La loi de 1970 crée également des infractions pénales destinées à sanctionner les formes les plus graves d'atteinte à la vie privée. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale, indique l'importance que revêt aujourd'hui, pour les individus, la garantie de ce droit, qui leur permet de préserver leur intimité du regard du public. Le Conseil constitutionnel a rattaché ce droit à la liberté, proclamée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 comme droit naturel et imprescriptible de l'homme dont la conservation constitue le but de toute association politique, depuis sa décision du 23 juillet 1999, loi portant création d'une couverture maladie universelle. La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée se fait malaisément : ce qu'on accorde à l'un, on le retire inéluctablement à l'autre. Le point d'équilibre est défini par la Cour européenne des droits de l'homme (*V. supra* n° 27) autour de la notion de question d'intérêt public : là où celle-ci est en jeu, la vie privée est nettement mise au second plan (*CEDH*, 18 mai 2004, *Sté Plon c/ France*) ; si tel n'est pas le cas, les impératifs du respect de la vie privée l'emportent (*CEDH*, 24 juin 2004, *von Hannover c/ Allemagne*. – *V. aussi Cass. 1^{re} civ.*, 27 févr. 2007 : *Légipresse*, n° 241, 2007, III, 107, note L. Marino, relevant que la révélation

de l'existence d'un fils né hors mariage d'un prince régnant ne peut relever d'aucun débat d'intérêt général, dès lors que la constitution de la principauté exclut toute possibilité pour cet enfant d'accéder au trône). La jurisprudence française intègre manifestement ces éléments depuis quelque temps, ce qui se traduit par un élargissement de la liberté d'expression antérieurement sacrifiée aux droits de la personnalité.

À la protection de la vie privée proprement dite, se rattache celle du droit à l'image.

a) Protection de la vie privée proprement dite

107. – **Éléments protégés au titre de la vie privée.** – En dépit des apparences, il est impossible de donner une définition générale et abstraite des éléments constitutifs de la vie privée. C'est que la frontière entre vie privée et vie publique est essentiellement instable, de sorte que tout se ramène en définitive au critère de la pertinence de l'information litigieuse pour un débat d'intérêt public. Ainsi, les relations sexuelles d'une personne ressortissent normalement à sa vie privée, mais il peut en aller différemment lorsqu'elles sont de nature à influencer la manière dont elle s'acquittera d'un mandat ou d'une fonction publique (par exemple, le public concerné peut légitimement être mis au courant du fait qu'un délégué syndical entretient une liaison avec le chef d'entreprise ou un haut responsable des services secrets avec une personne ayant des liens suspects avec des milieux terroristes). L'arrêt de la Cour de Strasbourg dans l'affaire du livre *Le Grand Secret* écrit par le Dr Gubler, ancien médecin personnel du président Mitterrand, dans lequel celui-ci révélait force détails sur la manière dont le président et ses proches avaient affronté la maladie, indique bien cette relativité. Alors que l'ouvrage contenait des révélations manifestement inacceptables de la part d'un médecin assujéti par son serment au secret professionnel, sans que la mort du patient puisse l'en délier, la Cour a jugé que son interdiction définitive constituait une atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression, dès lors que l'aptitude des dirigeants à s'acquitter de leurs fonctions constitue, dans une démocratie, une question d'intérêt public. L'arrêt « *Société Plon c/ France* » du 18 mai 2004 adopte cette solution sans s'interroger sur la pertinence des détails, souvent très intimes, divulgués par le médecin par rapport audit débat d'intérêt public. De même, des informations portant sur la fortune ou les revenus d'une personne ont-elles été considérées comme nourrissant suffisamment un débat provoqué par un conflit social (*CEDH*, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, indication de la hausse de rémunération dont le chef d'entreprise avait bénéficié alors qu'au même moment, il refusait aux salariés du groupe qu'il dirigeait toute augmentation de salaire).

108. – Lorsque ne se rencontre pas une telle situation, ce qui est le cas pour les particuliers ne prenant aucune initiative qui appellerait sur eux l'attention de l'opinion et des médias et pour les personnalités, même spécialement guettées par ces derniers, en l'absence d'interférence avec une question d'intérêt public, les éléments composant la vie privée sont principalement les relations familiales, amicales, sentimentales et sexuelles, l'état de santé, le patrimoine et les revenus, les loisirs, les choix personnels. Le droit au respect de l'intimité de la vie privée implique le droit pour chacun de déterminer comme il l'entend quels sont les détails de sa vie qu'il entend livrer à la curiosité d'autrui. Aux États-Unis, le droit ici examiné a pu être défini comme « *the right to be let alone* », le droit de ne pas être importuné, étant une fois de plus rappelé que ce droit n'existe qu'autant que la curiosité des tiers n'est pas rendue légitime par une considération d'intérêt général – mais par ailleurs, le seul fait qu'un homme politique soit en cause n'empêche pas celui-ci de protéger « *des moments strictement privés de détente et de loisirs* » (*TGI Nanterre*, réf., 28 oct. 2007 : *Légipresse*, n° 246, 2007, III, 241).

109. – **Mesures susceptibles d'être ordonnées.** – C'est une protection efficace de la vie privée qu'a entendu assurer le législateur, comme l'atteste la mention de l'intervention possible du juge des référés et l'indication de la saisie de la publication comme mesure susceptible d'être prononcée. Considérant l'importance de la liberté d'expression et au visa de la Déclaration de 1789 et de la Convention européenne des droits de l'homme, les tribunaux considèrent la saisie comme une mesure exceptionnelle, qui n'est envisageable qu'en présence d'une atteinte particulièrement grave à l'intimité de la vie privée occasionnant un préjudice important à la personne ou aux personnes concernées. Il en va notamment ainsi dans l'hypothèse où la personne à laquelle est prêtée une liaison est mineure, quelle que soit par ailleurs sa notoriété, ou lorsque des révélations particulièrement attentatoires au secret de la vie privée sont le fait d'un médecin, au mépris de la douleur de la famille dans les semaines qui suivent le décès du patient (*aff. « Gubler »*. – *Cass. 1^{re} civ.*, 16 juill. 1997 : *Bull. civ.* 1997, I, n° 249 – il faut préciser que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré les mesures ordonnées en référé comme compatibles avec l'article 10, le deuil de la famille du président venant justifier une mesure aussi extrême). Le respect dû à la liberté d'expression exclut par ailleurs le prononcé de mesures comportant une injonction de ne pas publier un ouvrage dont seul le synopsis est connu (*TGI Paris*, 18 nov. 1998 : *D.* 1999, *jurispr.* p. 462, note *D. Rebut*, projet de biographie relatif à la vie privée d'Alain Delon).

110. – C'est l'injonction de publier un communiqué dans la prochaine livraison du périodique en cause (éventuellement en couverture, voire sur l'intégralité de celle-ci) ou l'allocation de dommages-intérêts provisionnels qui constitue l'ordinaire des mesures ordonnées en référé pour la protection de l'intimité de la vie privée. Au fond, c'est essentiellement sous la forme de condamnations pécuniaires que se fait cette protection, le montant de la réparation allouée étant évidemment fonction de l'importance du préjudice subi. C'est à ce stade que les juges tiennent compte de la pratique antérieure de la personne en cause, les pudeurs des uns et des autres étant plus ou moins plausibles... D'autres mesures peuvent également s'avérer adaptées aux diverses situations, telles l'obligation d'insérer dans un livre un encart faisant état de la décision intervenue ou des précisions qui s'imposent, voire l'occultation des passages attentatoires à la vie privée.

111. – Au sein d'un chapitre intitulé « *Des atteintes à la personnalité* », l'article 226-1 du Code pénal incrimine l'atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée d'autrui

1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

L'article 226-2 punit, quant à lui, « *le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1* ».

b) Protection du droit à l'image

112. – **Liens étroits entre protection de la vie privée et droit à l'image.** – Les premières décisions assurant, en l'absence de texte spécial, la protection de la vie privée sont intervenues à la

suite de la publication d'images « volées », comme on le dit couramment, c'est-à-dire captées puis diffusées sans qu'ait été obtenu le consentement de la personne en cause ou de ses ayants droit. Il est traditionnel (V. par ex. *D. Amson*, *La protection civile de la vie privée*, Fascicule 300 de *Blin et a.*, *Droit de la presse : Litec*, 1993, n° 2 et 7) de citer le cas d'un artiste qui avait ainsi réalisé un dessin à partir d'une photographie, figurant dans les souvenirs de la famille, de l'actrice Rachel sur son lit de mort et qui fut condamné sur la demande de la sœur de l'actrice (*T. civ. Seine*, 16 juin 1858 : *DP* 1858, 3, p. 62) ou, plus récemment, celui de la publication de photographies du fils de Gérard Philipe, alors âgé de neuf ans, sur son lit d'hôpital (*CA Paris*, 13 mars 1965 : *JCP G* 1965, II, 14223). De fait, la publication sans son autorisation de l'image d'une personne s'accompagne très souvent d'une atteinte à sa vie privée (*CEDH*, 24 juin 2004, *von Hannover c/ Allemagne*, publication de photographies de la fille aînée du prince de Monaco la représentant dans le cadre de sa vie intime ainsi que de « commentaires » se rapportant à celle-ci). Cependant, le droit à l'image (précisons qu'il s'agit de l'image plastique, mais aussi de l'image sonore de la personne) est autonome par rapport au droit à la vie privée.

113. – Le droit à l'image constitue un prolongement de la personnalité, ce qui implique l'obtention d'une autorisation, qui doit être spéciale, de l'intéressé avant toute diffusion de son image. Il est ainsi interdit de reproduire le cliché dans un contexte autre que celui pour lequel l'autorisation a été donnée :

– une actrice qui a accepté de poser nue pour un magazine peut légitimement s'opposer à ce qu'un autre journal publie la photographie (*CA Paris*, 14 mai 1975 : *D.* 1976, *jurispr.* p. 291, note *R. Lindon*) ;

– un mannequin qui avait autorisé la publication de son image dans le cadre d'une campagne d'information sur les grains de beauté, à la condition que la photographie soit assortie d'une légende déterminée, a droit à être indemnisée si celle-ci est remplacée par une autre, associant son image à celle du mélanome (*CA Paris*, 15 juin 1992 : *Légipresse*, n° 96, 1992, III, 125).

114. – Le droit à l'image comporte d'abord l'interdiction de publier une photographie prise à l'insu de la personne alors qu'elle se trouvait dans un lieu privé (photo prise au téléobjectif de Romy Schneider nue sur un bateau se trouvant au large, *CA Paris*, 5 juin 1979 : *JCP G* 1980, II, 19343, note *R. Lindon*. – ou de la princesse Diana et d'Emad Fayed enlacés sur le pont d'un yacht, *CA Paris*, 2 nov. 2000 : *Légipresse*, n° 178, 2001, III, 19). Il a également pour conséquence de prohiber la diffusion d'un cliché pris en dépit de l'opposition de l'intéressé (*Cass. 1^{re} civ.*, 8 juill. 1981 : *D.* 1982, *jurispr.* p. 65, photo de Jacques Brel dans la rue au bras d'une femme, alors qu'il avait manifesté la volonté de ne pas être photographié). Il en va de même lorsqu'est diffusée, sans autorisation de sa famille, l'image d'une personne sur son lit de mort (*aff. « Rachel »*, citée *supra* n° 112 – pour la photo de François Mitterrand, *Cass. crim.*, 20 oct. 1998 : *D.* 1999, *jurispr.* p. 106, note *B. Beignier*). Mais, et ici réapparaît le lien entre droit à l'image et droit au respect de la vie privée, le droit de la personne sur son image ne doit pas avoir pour conséquence d'interdire la publication d'images permettant la couverture de l'actualité ni, d'une manière plus générale, l'illustration de questions d'intérêt public.

115. – **Le droit à l'image mis en balance avec le droit du public à l'information.** – On retrouve sur ce point un mouvement maintes fois observé déjà : les affirmations traditionnelles relatives au caractère totalement discrétionnaire du droit de

la personne à disposer de son image (« toute personne a, sur son image et sur l'utilisation qui en est faite, un droit exclusif et peut s'opposer à sa diffusion », *CA Paris, 14 mai 1975 : D. 1976, jurispr. p. 291, note R. Lindon*) sont en réalité démenties par des solutions de plus en plus nombreuses tendant à relativiser ce pouvoir par la prise en compte du droit du public d'être informé. C'est ainsi que la publication de photographies prises dans un lieu public pour rendre compte d'une manifestation qui s'y est déroulée ne pourra normalement pas être entravée par la revendication par une personne présente de son droit à l'image. Il n'en irait différemment que si un individu ou un groupe est abusivement isolé parmi les personnes présentes ou si l'image ridiculise la personne (*CA Paris, 19 juin 1987 : JCP G 1988, II, 20957, note P. Auvret*) ou encore s'il y a atteinte à la dignité de la personne (*Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2000 : D. 2001, jurispr. p. 885*).

116. – Les décisions les plus récentes insistent nettement sur le droit du public à être informé : toujours présent dans la jurisprudence (V. déjà *R. Dumas, Le droit de l'information : PUF, 1981, p. 577*), ce courant paraît aujourd'hui dominant, conformément à ce qu'impose l'interprétation de l'article 10 par la Cour européenne des droits de l'homme. Il est, à ce titre, significatif que deux arrêts aient considéré que la publication de photographies prises lors de la reconstitution d'un crime ou sur la scène d'un crime était licite, quand bien même des officiers de police y étaient clairement identifiables (*Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2005 et Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2005 : Légipresse, n° 224, 2005, III, 166, note L. Merlet et N. Verly*, insistant sur le lien entre la photographie et l'événement d'actualité qu'elle illustre. – V. en sens contraire, *Cass. 2^e civ., 18 mars 2004 : Bull. civ. 2004, II, n° 136*, photographies prises lors d'une manifestation officielle, mais détournées de leur contexte). Mieux, lorsque se forme un lien étroit entre une image et un événement d'actualité, la personne photographiée ne peut s'opposer à la diffusion, y compris lorsqu'on se trouve dans un cas de figure qui devrait faire prévaloir son droit : quoique nettement individualisée, la personne qui brandit un drapeau vietnamien, juchée sur les épaules d'un ami, lors d'une manifestation le 13 mai 1968 a été déboutée, parce que ce cliché célèbre est devenu partie intégrante des événements de l'époque et qu'il a été utilisé « dans le seul but d'illustrer la mémoire d'événements qui appartiennent à l'histoire », sans qu'il y ait eu aucun élément dévalorisant pour l'intéressée (*CA Versailles, 7 déc. 2000 : Légipresse, n° 179, 2001, III, 35*). La solution a été appliquée à des hypothèses où les photographies, quoiqu'elles individualisaient les personnes concernées, étaient au service d'un projet artistique ou pédagogique (*TGI Paris, 2 juin 2004 et TGI Paris, 14 mai 2003 : Légipresse, n° 214, 2004, III, 156, note C. Bigot*). Le Tribunal de grande instance de Paris vient de confirmer cette jurisprudence dans deux jugements du 9 mai et du 25 juin 2007 (*Légipresse, n° 246, 2007, III, 234, note A. Fourbon*) ce dernier intervenant à propos de photographies représentant des femmes majeures protégées : le « respect » et la « tendresse » avec lesquels les sujets représentés sont traités sont pris en compte, ainsi que la liberté d'expression artistique de l'auteur.

117. – Il faut encore mentionner que l'article 226-8 du Code pénal incrimine « le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention ».

S'inscrivent également sous le signe de la protection de la vie privée des personnes certaines interdictions de publication prévues par la loi de 1881. Il s'agit de celles qui concernent :

– le compte rendu des procès en diffamation mettant en cause la vie privée des personnes, les débats et pièces de procédure concernant les questions de filiation, actions à fins de subsides,

procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement (*L. 29 juill. 1881, art. 39*) ;

– les informations relatives à la filiation d'origine d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière, moins de trente ans après la mort de l'adopté (*L. 29 juill. 1881, art. 39 quater*) ;

– les renseignements concernant l'identité d'une victime d'une agression ou d'une atteinte sexuelle ou l'image de celle-ci lorsqu'elle est identifiable, sauf accord écrit de celle-ci (*L. 29 juill. 1881, art. 39 quinquies*).

3° Limitations destinées à assurer la protection d'un élément de l'ordre public

118. – **Diversité des éléments en cause.** – Celle-ci se reflète dans l'énumération, au § 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (*cité supra § 4*), des motifs légitimes de restriction à l'exercice de la liberté d'expression. On distinguera, sans pouvoir prétendre être exhaustif, les limitations destinées à protéger l'ordre public matériel, l'égalité, la jeunesse, les institutions. Il importe au préalable d'attirer l'attention sur le fait qu'il existe une grande perméabilité entre les motifs de restrictions ici distingués. Ainsi, l'incrimination des propos discriminatoires, évoquée plus haut à propos de la diffamation (*V. supra n° 65*), participe-t-elle autant de la protection des droits d'autrui (de personnes prises individuellement ou de groupes de personnes visés comme tels) que de celle de l'ordre public dans une société démocratique reposant sur l'égal respect de tous les êtres humains.

a) Protection de l'ordre public matériel

119. – **Provocation à la commission de crimes ou délits.** – L'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 incrimine, à titre général, comme « *complices d'une action qualifiée crime ou délit* » ceux qui, de manière quelconque, auront « *directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet* ». En vertu de cette logique, la provocation, même suivie d'effet, à la perpétration de contraventions ne saurait être punissable, la complicité ne l'étant guère pour cette catégorie d'infractions. La provocation directe non suivie d'effet n'est punie que pour les seules infractions énumérées par l'article 24 de la loi sur la presse (*V. infra n° 127*) et pour la provocation revêtant un caractère discriminatoire dont il sera question ci-dessous.

120. – La provocation, qui n'est punissable que si elle est directe (*Cass. crim., 28 mars 1955 : D. 1955, jurispr. p. 430*), suppose que soit établie « une relation incontestable entre le fait de la provocation et les crimes ou délits auxquels elle se rattache par un lien étroit » (*Cass. crim., 5 janv. 1883 : DP 1884, I, p. 95*). Les tribunaux exigent une intention de l'auteur des propos incriminés de provoquer l'état d'esprit propre à susciter l'infraction. En revanche, le fait de lier la commission de l'infraction à une condition dont la survenance est hypothétique n'empêche nullement la répression : « la provocation n'en est pas moins immédiate et directe, quoiqu'elle ne doive produire son effet que sous certaines conditions » (*Cass. crim., 25 mars 1921 : DP 1921, I, p. 182*, à propos de l'appel suivant, adressé à des cheminots en grève dont le bruit courait qu'ils pourraient être mobilisés : « Si on vous mobilise, ne marchez pas et si on vous force à marcher, prenez les armes et dirigez-les contre ceux qui vous y forceront »).

121. – Certaines provocations font l'objet d'incriminations spéciales, qui ne distinguent pas toujours, à l'inverse de ce qui résulte de la combinaison des articles 23 et 24, alinéa 1, de la loi sur la presse, selon qu'elles ont été ou non suivies d'effet, mais qui sont en revanche justiciables des analyses mentionnées

ci-dessus quant à leurs éléments constitutifs. Il faut d'abord mentionner l'alinéa 2 de l'article 24 de la loi de 1881, qui incrimine la provocation directe à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre I^{er} du livre IV du Code pénal, et son alinéa 4, qui punit la provocation directe aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du Code pénal, sans égard à la suite que ces provocations ont pu connaître. Si l'article 248 de la loi du 16 décembre 1992 a abrogé l'article 25 de la loi de 1881 qui incriminait la provocation adressée à des militaires « *dans le but de les détourner de leurs devoirs militaires et de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et règlements militaires* », l'article 413-3 du Code pénal a repris la substance de cette infraction, en modernisant la formulation, qui vise désormais « *Le fait, en vue de nuire à la défense nationale, de provoquer à la désobéissance par quelque moyen que ce soit des militaires ou des assujettis affectés à toute forme de service national* », tandis que l'article 413-1 du Code pénal punit « *le fait, en vue de nuire à la défense nationale, de provoquer des militaires appartenant aux forces armées françaises à passer au service d'une puissance étrangère* ». On mentionnera également la punition de la provocation « *à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population* » (C. pén., art. 412-8) et de celle, dont il est précisé qu'elle doit être directe, « *à un attroupement armé* » (C. pén., art. 431-6), ces deux dispositions distinguant selon que la provocation a été ou non suivie d'effet. On peut y assimiler, car il s'agit toujours de protéger l'État contre ceux qui en menaceraient les prérogatives essentielles, le cas, visé par l'article 1747 du Code général des impôts, de l'organisation ou de la tentative d'organisation « *par (...) menaces ou manœuvres concertées* » du refus collectif de l'impôt.

122. – On mentionnera également les dispositions du Code de la santé publique punissant la provocation à l'usage illicite ou au trafic de stupéfiants (C. santé publ., art. L. 3421-4) ou celles du Code pénal destinées à combattre des provocations visant des mineurs, qu'il s'agisse d'usage illicite de stupéfiants (C. pén., art. 227-18), de transport, détention ou cession de stupéfiants (C. pén., art. 227-18-1) ou de la commission d'un crime ou d'un délit (C. pén., art. 227-21 – avant la loi du 9 septembre 2002, seule la provocation à la commission « *habituelle* » de telles infractions était punissable). La répression est plus sévère lorsqu'est en cause un mineur de quinze ans ou que les faits sont commis à l'intérieur d'un établissement scolaire ou éducatif ou à l'occasion des entrées ou des sorties des élèves aux abords d'un tel établissement. La provocation à l'abandon d'un enfant né ou à naître est également incriminée (C. pén., art. 227-12).

123. – Enfin, on relèvera des dispositions visant la provocation à des actes qui ne sont pourtant pas pénalement punissables en eux-mêmes, situation fort paradoxale par rapport à la logique qui devrait prévaloir en la matière. C'est le cas de l'article 227-19 du Code pénal incriminant « *Le fait de provoquer directement un mineur à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques* », de l'article 227-22 du même code visant le fait de « *favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur* » (les formules sont moins rigoureuses que celles incriminant la seule provocation, surtout directe) et, plus nettement encore, des articles 223-13 et suivants de ce même code, issus d'une loi du 31 décembre 1987, intervenue pour réagir à la publication, qui avait choqué certains milieux, d'un livre intitulé « *Suicide mode d'emploi* » qui décrivait des méthodes indiquées à la fois comme efficaces et non douloureuses, punissant, sous l'intitulé « *De la provocation au suicide* », le fait « *de provoquer au suicide*

d'autrui » lorsque la provocation est suivie d'effet, ainsi que « *La propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyen de se donner la mort* ». L'immunité pénale du suicide, caractéristique des sociétés libérales, a cédé, sous le coup de l'émotion, devant la lutte contre un phénomène qui renvoie à la société une image d'échec que celle-ci ne peut supporter et qui suscite la qualification de « *fléau social* » justifiant une répression inédite.

Outre l'incrimination des propos (beaucoup des infractions que l'on vient de citer s'appliquent d'ordinaire plus aisément aux paroles adressées verbalement par une personne à une autre qu'à des discours plus amplement diffusés, sans cependant exclure ce dernier cas de figure) visant à conduire directement autrui à la commission d'un comportement répréhensible, le législateur a aussi visé des propos qui ont un effet plus diffus, mais qui sont tout de même de nature à compromettre l'efficacité de la répression pénale.

124. – **Provocation diffuse à la commission d'infractions pénales : l'apologie.** – Il s'agit ici de réprimer des propos qui ne visent pas directement à susciter la commission d'une infraction déterminée, mais dont l'effet est d'accréditer l'idée que des comportements pénalement punissables ou ayant effectivement donné lieu à répression ne sont pas moralement répréhensibles, voire sont dignes d'être approuvés. C'est à l'autorité de la loi, à sa légitimité, qu'il est porté atteinte, de sorte que les valeurs au nom desquelles le législateur est intervenu se trouvent menacées.

125. – On s'accorde à estimer que la contradiction entre la liberté d'expression et l'incrimination de l'apologie est telle que seules des raisons très fortes peuvent venir justifier la seconde. L'article 24, alinéa 4, de la loi de 1881 aligne d'abord les cas d'incrimination de l'apologie sur ceux rendant punissable la provocation directe non suivie d'effet. Les infractions visées sont les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles, définies par le livre II du Code pénal, les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes, définies par le livre III du Code pénal. Il y ajoute l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi. On voit que l'apologie n'est punissable que lorsqu'elle concerne des infractions particulièrement graves.

126. – La jurisprudence a eu le souci tout à la fois de ne pas étendre les incriminations légales et de leur donner tout leur effet utile. L'exemple le plus pur de l'apologie est sans doute celui de la phrase suivante, écrite après que des bijoux eurent été dérobés : « *On ne peut vraiment rien trouver à redire à propos d'un coup comme ça exécuté sur le dos d'un joaillier plein de fric* », ce qui revient, note l'arrêt, à présenter le vol comme un exploit digne d'approbation, à quoi s'ajoutait le souhait de voir son auteur échapper à toute sanction (Cass. crim., 2 nov. 1978 : Bull. crim. 1978, n° 294). Est pareillement considérée comme une apologie du crime l'exaltation d'un criminel à raison des infractions commises par lui (Cass. crim., 22 août 1912 : DP 1914, 1, p. 75, apologie de Bonnot après sa mort. – Cass. crim., 2 nov. 1978 : Bull. crim. 1978, n° 294). Quant à l'apologie de crimes de guerre, elle a donné lieu à un arrêt relatif à l'édition d'un disque intitulé « *Voix et chants de la révolution allemande* » accompagné d'un commentaire indiquant notamment que la montée au pouvoir de Hitler et du parti nazi « fut caractérisée par un puissant mouvement de masse, somme toute populaire et démocratique puisqu'il triompha à la suite de consultations électorales régulières ». La

Cour de cassation a jugé que « l'ensemble de cette publication était de nature à inciter tout lecteur à porter un jugement de nature morale favorable aux dirigeants du parti national socialiste allemand condamnés comme criminels de guerre et constituait un essai de justification au moins partielle de leurs crimes » et que « la justification d'un criminel, en l'absence de toute réserve, implique la justification globale de ses crimes » (*Cass. crim.*, 14 janv. 1971, [1^{re} esp.], *Le Pen et a.* : *D.* 1971, *jurispr.* p. 101, *rapp. Chapar*).

127. – D'autres textes envisagent des cas plus particuliers d'apologie. L'alinéa 4 de l'article 24 de la loi de 1881 incrimine non seulement la provocation aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du Code pénal, mais aussi leur apologie. Il en va de même à l'article L. 3421-4 du Code de la santé publique, pour la présentation sous un jour favorable des infractions d'usage illicite et de trafic de stupéfiants.

S'inscrit dans une logique comparable l'article 413-4 du Code pénal, qui vise « *Le fait de participer à une entreprise de démoralisation de l'armée en vue de nuire à la défense nationale* », de manière à combattre les tentatives de saper la capacité de l'armée à faire face aux responsabilités qui lui incombent.

128. – Dans une perspective très différente s'inscrivent des textes tendant à empêcher la publication de textes, notamment publicitaires, qui auraient pour effet d'inciter à la consommation de produits jugés nocifs pour la santé publique, au moins dans certaines conditions, en l'absence totale d'incrimination des comportements en cause. Les articles L. 3511-3 et L. 3511-4 du Code de la santé publique édictent ainsi, s'agissant du tabac, des produits du tabac et des ingrédients définis à l'article L. 3511-1, une interdiction de la propagande et de la publicité, directe ou indirecte, en leur faveur, à laquelle est assimilée la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre lorsque « *par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac* » ou les produits ou ingrédients assimilés. Ces dispositions, dont l'essentiel procède d'un texte que la décision du Conseil constitutionnel du 8 janvier 1991, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme (*Cons. const.*, *déc.* n° 90-283 *DC*, 8 janv. 1991 : *Rec. Cons. const.* 1991, p. 11 ; *AJDA* 1991, p. 382, *note P. Wachsmann*), a déclaré conforme à la Constitution, ne connaissent que peu d'exceptions, strictement limitées au cercle d'activité des professionnels. Elles constituent une atteinte importante à la liberté d'expression que le Conseil constitutionnel n'a pas cru utile de relever d'office, comme il en avait le pouvoir (les auteurs de la saisine avaient fait porter leur argumentation sur le seul terrain de l'atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété). En ce qui concerne les boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites, la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en leur faveur doit obligatoirement s'inscrire dans l'un des huit cas de figure envisagés par l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique. La publicité autorisée est fortement limitée quant à son contenu et doit être assortie, sauf dans des cas très rares, « *d'un message de caractère sanitaire précisant que l'abus d'alcool est dangereux pour la santé* » (*C. santé publ.*, art. L. 3323-4). Comme pour le tabac, le risque de prise en charge du message publicitaire par un organisme, un service, une activité, un produit ou un article autre qu'une boisson alcoolique est combattu (*C. santé publ.*, art. L. 3323-3). Même si c'est dans une mesure moindre que pour le tabac, l'atteinte à la liberté d'expression est, ici aussi, conséquente.

129. – **Diffusion de fausses nouvelles susceptibles de troubler la paix publique.** – L'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 énonce que « *La publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers lorsque, faite de mauvaise foi, elle aura troublé la paix publique ou*

aura été susceptible de la troubler, sera punie d'une amende de 45 000 € », l'amende étant portée à 135 000 € « *lorsque la publication, la diffusion ou la reproduction faite de mauvaise foi sera de nature à ébranler la discipline ou le moral des armées ou à entraver l'effort de guerre de la Nation* ».

130. – Ce texte punit les personnes qui mettent délibérément en circulation un fait inexact, si des troubles à l'ordre public sont susceptibles de s'ensuivre. Ce qui est réprimé n'est pas le mensonge en lui-même (la moralité en soi n'est pas l'affaire du législateur), mais bien son impact, avéré ou potentiel, sur l'ordre public. La jurisprudence s'est montrée extrêmement prudente dans l'application de ce texte, ce qu'on ne saurait qu'approuver. Elle vérifie avec soin que tous les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis : l'information doit avoir été mise en circulation dans le public (la fabrication d'un faux qui ne serait pas suivie d'une diffusion ne serait pas punissable), elle doit porter sur un événement dont on dit qu'il est récemment survenu et qui n'a pas encore été divulgué (un commentaire d'un fait avéré ne saurait s'analyser en une « nouvelle », *Cass. crim.*, 13 avr. 1999 : *Bull. crim.* 1999, n° 78), alors qu'il n'a pas eu lieu en réalité ou que le récit qui en est fait comporte une distorsion importante par rapport à la réalité, sa diffusion doit avoir eu une incidence, même potentielle sur la préservation de l'ordre public matériel, celui qui diffuse cette information doit l'avoir fait de mauvaise foi, c'est-à-dire devait savoir que la nouvelle qu'il ébruait était fausse. Il incombe au ministère public de rapporter la preuve de la mauvaise foi, qui ne saurait se présumer (*Cass. crim.*, 16 mars 1950 : *Bull. crim.* 1950, n° 100), ni se déduire de la seule fausseté de l'information en cause (*CA Paris*, 7 janv. 1998 : *Dr. pén.* 1998, *comm.* 63, *obs. Véron*). A ainsi été considérés comme remplissant les conditions légales de l'infraction la diffusion par l'Agence France Presse de l'information selon laquelle des individus casqués susceptibles d'être des provocateurs étaient sortis tranquillement de la mairie de Paris, pour aller rejoindre une manifestation sans être inquiétés par les forces de l'ordre. Cette information, diffusée au moment où d'importantes manifestations étudiantes avaient lieu pour protester contre une réforme de l'université menée par le Gouvernement de M. Chirac, alors maire de Paris, était évidemment de nature à troubler la paix publique, puisqu'elle suggérait que les incidents liés aux émeutes pourraient avoir été le fruit d'une manipulation par les pouvoirs publics eux-mêmes, ce qui n'est pas précisément de nature à calmer les esprits. La mauvaise foi résultait de ce que le journaliste auteur de la dépêche avait sciemment dénaturé la teneur de l'information qui lui était parvenue (*CA Paris*, 18 mai 1988 : *Gaz. Pal.* 1989, 1, p. 49, *note M. Domingo*).

b) Protection des éléments essentiels du principe d'égalité

131. – **Lutte contre le racisme.** – La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 place l'égalité au cœur de la société qu'elle entend fonder, comme le marque d'emblée son article 1^{er}. Les phénomènes d'exclusion dont sont l'objet les personnes appartenant à des « groupes » constitués, sur des fondements plus ou moins objectifs, par la haine de certains, qui donnent ainsi support à leurs fantasmes, contredisent de manière directe cet idéal égalitaire. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure il convient de réprimer les discours tendant à susciter ou à légitimer l'exclusion desdits groupes. Au nom d'une conception exigeante de la liberté d'expression, les États-Unis d'Amérique refusent toute solution répressive, estimant que l'idéal démocratique repose sur la confiance dans la capacité d'une opinion dûment éclairée à faire le partage entre les idées qui s'affrontent dans l'arène publique et qu'il n'appartient à aucun des pouvoirs publics, juge compris, de déterminer quelles sont les idées aptes à accéder au débat public (V. ainsi sur le débat américain relatif aux opinions racistes, *R. Post, Constitutional Domains* : *Harvard University Press*, 1995, p. 291). La conception européenne, au contraire, ayant présents à l'esprit les désas-

tres occasionnés par le racisme avant et pendant la Seconde Guerre mondiale, insiste sur la contradiction existant entre un discours d'exclusion et les principes fondamentaux de la société démocratique : on ne peut se réclamer du libre débat démocratique en refusant à certains le droit de participer pleinement à ladite société. La Cour européenne des droits de l'homme a clairement adopté cette conception en jugeant, dans son arrêt « *Jersild c/ Danemark* » du 23 septembre 1994, qu'il « importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations ».

132. – Pour ce qui concerne la France, c'est à la veille de la Seconde Guerre mondiale qu'a été adopté le décret-loi du 21 avril 1939, dit « décret-loi Marchandeau », qui incriminait la diffamation et l'injure assorties d'un élément raciste lorsqu'elles avaient « pour but d'exciter à la haine entre les citoyens ou les habitants ». Ce texte fut abrogé dès le début du régime de Vichy, puis remis en vigueur à la Libération. Mais il restait d'une efficacité limitée, en raison du fait qu'il exigeait la preuve, particulièrement délicate à rapporter, d'une volonté d'exciter à la haine. Son insuffisance apparut avec évidence au moment où la France voulut ratifier la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965. La loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme s'efforce d'obvier aux carences de la législation en vigueur au regard notamment de l'article 4 de la Convention, qui oblige les États parties à « déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique ». La difficulté de la lutte contre les propos racistes se manifeste d'emblée dans la nécessité, pour pouvoir punir les auteurs de tels propos, de reprendre dans le texte d'incrimination les concepts mêmes dont il s'agit de combattre l'utilisation, au premier chef celui de « race ». Par ailleurs, le propre du racisme étant de mobiliser des fantasmes, il est particulièrement difficile de prévenir, sans porter une atteinte grave à la liberté d'expression, les tentatives d'échapper aux rigueurs de la loi par l'allusion codée, la complicité tacite entre le locuteur et les destinataires du message, bref, de saisir le racisme par connotation aussi bien que le racisme par dénotation.

133. – Le législateur français s'est montré, en ce domaine, d'une prudence dont il ne juge pas toujours utile, on l'a vu, de faire preuve s'agissant de la liberté d'expression. À cette prudence, le juge a rajouté la sienne propre, de sorte que la législation française demeure lacunaire par rapport aux exigences conventionnelles qu'on vient de rappeler. Il est, à cet égard, étrange que le législateur ait choisi, à chaque fois qu'un problème se posait en cette matière, d'aggraver la répression ou d'en faciliter la mise en œuvre, plutôt que de modifier la substance même des infractions en cause.

134. – Est d'abord institué un délit spécifique de diffamation (V. *supra* n° 59 à 65) visant celle commise « envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnique, une nation, une race ou une religion déterminée » (L. 29 juill. 1881, art. 32, al. 2). Il en va de même pour l'injure, lorsqu'elle présente les mêmes éléments (L. 29 juill. 1881, art. 33, al. 3). Les juridictions françaises se sont employées à limiter le champ d'application de ces dispositions aux cas où les personnes mises en cause l'ont été « en raison de leur origine religieuse ou ethnique », par

opposition aux cas où c'est en raison de leurs choix politiques (V. ainsi pour le qualificatif de « traîtres à la patrie » adressé aux harkis, Cass. crim., 12 sept. 2000 : *Légipresse*, n° 177, 2000, III, 214. – s'agissant d'une critique véhémente de l'attitude des Juifs d'Israël envers les Palestiniens, Cass. crim., 12 juill. 2006 : *Légipresse*, n° 237, 2006, III, 223, note G. Tillement). Dans l'affaire de la reproduction, par *Charlie Hebdo*, des « caricatures de Mahomet » qu'avait publiées un journal danois, le jugement rendu le 22 mars 2007 par le Tribunal de grande instance de Paris (*Légipresse*, n° 242, 2007, III, 123, note H. Leclerc) a distingué, à cet égard, ceux des dessins qui visaient non l'ensemble des Musulmans, mais seulement ceux qui utilisent leur religion pour justifier l'emploi de la violence et l'un d'entre eux qui associait l'image de Mahomet et la commission d'actes terroristes. Alors que les premiers sont insusceptibles de tomber sous le coup de la loi, faute de viser l'ensemble de ceux qui pratiquent l'Islam, tel n'est pas le cas du dernier. Mais le tribunal justifie la relaxe par la prise en compte du contexte (un geste de solidarité envers le journal menacé à raison de cette publication) et l'absence de volonté délibérée d'offenser directement et gratuitement l'ensemble des Musulmans. Cette solution s'appuie notamment sur des références aux principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, la volonté de préserver la liberté de critique étant constante (V. ainsi Cass. crim., 14 févr. 2006 : *Légipresse*, n° 232, 2006, III, 116, note A. Tricoire).

135. – La nouveauté essentielle qu'introduit la loi du 1^{er} juillet 1972 en matière de droit de la presse a son siège dans l'article 24, alinéa 6, de la loi du 29 juillet 1881. Celui-ci incrimine 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 ethnique, une nation, une race ou une religion déterminée ».

136. – Les tribunaux ont appliqué ces dispositions avec la volonté de ne pas faire obstacle au développement de certains débats, particulièrement ceux portant sur l'immigration (en ce sens Cass. crim., 17 mai 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. p. 558). Ce scrupule louable a cependant conduit à faire souvent bénéficier les auteurs de propos clairement racistes d'une impunité qui rendait quelque peu vaine l'intervention du législateur (L. Greilsamer et C. Lesnes, *Chronique du racisme ordinaire : Le Monde* 1^{er} sept. 1987, p. 1, citant l'exemple d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 25 juin 1985 relaxant l'auteur d'un tract qui dénonçait les étrangers qui « submergent » la France et incitait les Français qui « ne veulent pas mourir en esclavage » à se regrouper par quartier, commune, région, au motif que cet écrit « reste dans l'ensemble mesuré », puisque « seul l'excès des taux des étrangers au sein de la population française est critiqué » ou un autre, de la Cour d'appel de Paris du 26 mars 1986 adoptant la même solution à propos d'un discours sur l'immigration qui contenait la phrase : « Les immigrés se reproduisent comme des lapins » dont la Cour estimait que « La comparaison des immigrés avec des lapins constitue certes une métaphore peu respectueuse mais ne va pas jusqu'à tomber sous le coup de la loi pénale »). Dans le même sens, la Cour de cassation a approuvé un arrêt qui mettait en avant la nécessité d'un débat sur les « difficultés relatives à l'immigration, fussent-elles d'ordre religieux », alors pourtant que l'écrit incriminé contenait des phrases telles que celle-ci : « L'Europe, aux apports culturels convergents de nos souches grecque, romaine, germaine, celte et chrétienne, est incompatible avec l'Islam » (Cass. crim., 17 mai 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. p. 558) ou, relevé à propos d'un tract portant

« *Pas de cathédrale à la Mecque, pas de mosquée à Strasbourg* » que « les propos dénoncés n'excédaient pas les limites admissibles à la liberté d'expression » (*Cass. crim.*, 30 mai 2007 : *Juris-Data* n° 2007-039742 ; *Bull. crim.* 2007, n° 140).

137. – L'application de ces dispositions tend cependant à se faire moins réticente. Si le délit était sans aucun doute constitué dans une affaire où, au cours d'une émission télévisée de TF1, avait été osée la formule : « musulman : celui qui vole de supermarché en supermarché », ce qui, note la Cour de cassation, revient à présenter l'appartenance à la religion musulmane comme un facteur de délinquance (*Cass. crim.*, 15 janv. 1998 : *Gaz. Pal.* 1998, I, *chron. crim.* p. 74), la solution était moins évidente, compte tenu des décisions antérieures, face à un candidat à une élection cantonale qui s'était engagé à « lutter farouchement contre l'immigration » et à « exiger l'expulsion immédiate des envahisseurs, occupants de notre sol » (*Cass. crim.*, 24 juin 1997 : *Bull. crim.* 1997, n° 253). Dans cette dernière espèce, la Cour de cassation souligne que « les étrangers résidant en France, lorsqu'ils sont visés en raison de leur non-appartenance à la nation française, forment un groupe de personnes au sens de l'article 24, alinéa 6, de la loi du 29 juillet 1881 ». De même, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a-t-elle jugé que les propos de M. X. dit Dieudonné « Pour moi, les juifs, c'est une secte, une escroquerie », constituaient « une injure visant un groupe de personnes en raison de son origine » et non une libre critique du fait religieux qui participerait d'un débat d'intérêt général (*Cass., ass. plén.*, 16 févr. 2007 : *Bull. ass. plén.*, 2007, n° 1).

138. – **Incrimination du négationnisme.** – La négation de la réalité ou la minoration outrancière du génocide perpétré par les nazis et leurs complices contre les Juifs constitue une des formes contemporaines de l'antisémitisme. Longtemps, les tribunaux ont jugé que les auteurs de tels propos se rendaient coupables d'une faute civile envers les victimes et leurs héritiers. La persistance de ces fantasmes et la constitution de réseaux négationnistes ont conduit le législateur français, à la suite de bien d'autres en Europe, à adopter un texte pénal spécifique. La loi du 13 juillet 1990, dite « loi Gayssot », insère dans la loi de 1881 un article 24 *bis* punissant des peines prévues pour la provocation à la haine raciale « ceux qui auront contesté (...) l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». Dénoncé par certains comme excessivement attentatoire à la liberté d'expression, ce texte a été déclaré conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg (*CEDH*, 24 juin 2003, *Garaudy c/ France*). – V. aussi, sur le fondement du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les constatations du Comité des droits de l'homme, 8 nov. 1996, *Faurisson c/ France* : *RUDH* 1997, p. 46). Les juridictions françaises, par une recherche attentive de la mauvaise foi des prévenus (*Cass. crim.*, 17 juin 1997 : *Bull. crim.* 1997, n° 236 ; *D.* 1998, *jurispr.* p. 50, note *J.-Ph. Feldman*), ont veillé à limiter la répression de cette infraction aux cas où « la contestation des crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus fortes de la diffamation raciale contre l'ensemble des Juifs et de provocation à leur haine, et ne relève pas d'un débat sur l'établissement de la vérité historique » (*CA Paris*, 16 déc. 1998 : *Légipresse*, n° 159, 1999, III, 30).

139. – **Extension à d'autres formes de discrimination.** – La logique appliquée à la lutte contre la discrimination raciale a ensuite, souvent après des débats assez vifs, été étendue à des formes de discrimination que la loi ne permettait pas auparavant de

saisir. La loi du 30 décembre 2004 assimile à la diffamation raciste celle commise « *envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* » (*L.* 29 juill. 1881, art. 32, al. 3) et en fait de même pour l'injure (*L.* 29 juill. 1881, art. 33, al. 4) et pour la provocation à la haine ou à la violence (*L.* 29 juill. 1881, art. 24, al. 7). – V. pour un exemple de condamnation suite à des attaques visant les homosexuels, *CA Douai*, 25 janv. 2007 : *Légipresse*, n° 242, 2007, III, 137, note *B. Ader*). Est également punissable en vertu de cette dernière disposition la provocation, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 (discrimination consistant dans le refus d'un bien ou d'un service, l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique, un refus d'embauche, une sanction ou un licenciement, etc.) et 432-7 (discrimination consistant dans le refus du bénéfice d'un droit ou l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public) du Code pénal.

c) De la protection de la morale à celle de la jeunesse

140. – **Évolutions.** – Au dix-neuvième siècle et jusque vers les années 1980, la protection de la morale faisait partie des missions que l'on estimait appartenir aux pouvoirs publics et, en tout cas, à l'autorité judiciaire. Avec ce qu'il est convenu d'appeler la « libération des mœurs », cette croyance s'est effondrée et la protection de la morale ose de moins en moins s'assumer comme telle. Elle a été relayée par une notion plus « politiquement correcte », celle de protection de la jeunesse qui permet au titulaire du pouvoir de jouer le protecteur non de la morale officielle, mais de la faiblesse des mineurs qui, sans lui, seraient la proie naïve de manipulateurs sans scrupule. On rappellera brièvement ce que fut l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs, avant d'évoquer sa mutation contemporaine et d'autres formes de protection de la jeunesse en matière de presse.

141. – **Brève histoire de l'outrage aux bonnes mœurs.** – La loi du 9 juin 1819 incriminait, comme en échange de l'abolition de la censure, l'atteinte à la morale publique et religieuse et aux bonnes mœurs. C'est cette infraction qui fonda, en 1857, les poursuites dirigées contre Flaubert, à raison de la publication de *Madame Bovary* et contre Baudelaire, à raison de celle des *Fleurs du Mal*. Si le premier échappa à la condamnation, ce ne fut qu'après que le tribunal se fut convaincu de l'importance du travail d'écriture accompli par Flaubert et au vu d'antécédents familiaux suffisamment honorables... Le procureur impérial Pinard lui avait reproché de dire la sexualité de manière trop directe (« point de gaze, point de voile ») et notamment de décrire l'adultère sous un jour favorable (« la poésie de l'adultère »). Quant à Baudelaire, il fut condamné pour six des poèmes de son recueil, « leurs passages ou expressions obscènes ou immorales » ayant choqué les juges. Suite aux efforts qu'avait, avant guerre, déployés Louis Barthou, le législateur finit par adopter une loi du 25 septembre 1946, destinée – d'une manière bien dérisoire ! – à ouvrir un recours en révision contre les condamnations pour outrage aux bonnes mœurs commis par la voie du livre. Par une étrange ironie, les attendus de l'arrêt qui accepte de « décharger la mémoire de Charles Baudelaire (...) de la condamnation prononcée » rappellent ceux de l'acquiescement de Flaubert, dans l'insistance mise à souligner les « efforts faits par le poète pour atténuer l'effet de ses descriptions » (*Cass. crim.*, 31 mai 1949 : *JCP G* 1949, II, 4940, rapp. *Falco*).

142. – Ce repentir de l'institution judiciaire n'empêcha pas les condamnations pour outrage aux bonnes mœurs de persister, dès lors que l'on était en présence de « scènes de lubricité de nature à exciter les instincts sexuels » (*CA Paris*, 7 janv. 1958 : *D.* 1958, *Jurispr.* p. 453), y compris pour des ouvrages dont la valeur littéraire aurait dû être prise en compte selon le critère qu'on vient d'évoquer. En dépit du défilé à la barre de témoins prestigieux,

Jean-Jacques Pauvert fut condamné pour avoir réédité des œuvres de Sade aujourd'hui disponibles en livres de poche, publiées dans la Bibliothèque de la Pléiade et étudiées dans les cours de littérature. Qualifiées de « résolument obscènes », ces œuvres sont jugées à l'aune du caractère pénalement punissable des scènes qu'elles décrivent et condamnées en raison même de la pulsion qui anima leur auteur : « considérant que la lecture de ces pages au cours desquelles Sade laisse sans aucun frein courir son imaginative lubricité dans lesquelles de son propre aveu il puise des satisfactions particulières, est, sans contestation possible, de nature à choquer violemment les sentiments de pudeur même chez les personnes les plus tolérantes et à provoquer chez l'homme normalement équilibré un sentiment de répulsion dont peuvent seuls être exempts les dépravés et les anormaux capables de repaître leur esprit et leurs sens de l'évocation de telles scènes » (*CA Paris, 12 mars 1958 : D. 1958, jurispr. p. 608*). Cela montre qu'il est plus facile d'adresser rétroactivement des leçons de lecture littéraire à ses prédécesseurs d'il y a un siècle (ce que fait la Cour de cassation en réhabilitant Baudelaire) que d'appréhender, au regard de la loi pénale, la littérature dans ce qu'elle peut avoir de subversif.

La protection de la morale ayant été discréditée par de telles décisions et l'époque regardant comme insoutenable toute position moralisatrice, la répression des écrits « obscènes » a dû emprunter de nouvelles voies. Le nouveau Code pénal effectue cette conversion en substituant à l'outrage aux bonnes mœurs une infraction qui en reprend la substance, mais la lie à la protection des mineurs.

143. – Article 227-24 du Code pénal : un rajeunissement de l'outrage aux bonnes mœurs ? – Le fait « de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message (...) lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur », est incriminé par l'article 227-24. La dernière phrase semble de nature à restreindre considérablement le champ d'application d'un outrage aux bonnes mœurs au surplus confiné aux domaines de la pornographie, de la violence et de l'atteinte à la dignité humaine. Il n'en est rien. D'abord parce que, pour échapper aux foudres de la loi, un message renfermant un contenu qui rentre dans les prévisions du texte devrait être insusceptible de tomber sous les yeux, les oreilles ou la main d'un mineur, ce qui suppose sa soustraction aux circuits ordinaires de distribution, lesquels ne peuvent offrir la garantie qu'un mineur n'aura pas accès au contenu en cause. Magazines ou DVD sous étui de plastique situés dans les rayons les plus élevés des marchands, théoriquement sous leur surveillance, courriers nominativement adressés à des adultes, cassettes circulant dans des circuits clos satisfont seuls aux exigences légales. Lors de la parution du livre de Jacques Henric, « Adorations perpétuelles », dans la collection Fiction & C^{ie} aux Éditions du Seuil, au printemps 1994, beaucoup de libraires refusèrent, de crainte de poursuites, d'exposer l'ouvrage en vitrine, car figurait sur sa couverture une reproduction du tableau de Courbet, *L'Origine du monde*, représentant le bas-ventre d'une femme, les cuisses largement ouvertes...

144. – C'est qu'au-delà des images pornographiques représentant des mineurs, qu'incrimine l'article 227-23 du Code pénal (*V. infra n° 145*), les messages pornographiques que vise l'article 227-24 ne semblent pas très différents de ceux que l'outrage aux bonnes mœurs permettait naguère de réprimer. Ajoutons que cette disposition apparaît passablement hypocrite, à

l'heure où les écrans de télévision déversent habituellement des flots d'images faisant au sexe ou à la violence une place à l'évidence considérable. Quant à la dignité humaine, elle fait – comme souvent – plus figure ici d'ornement que d'élément déterminant pour faire le départ entre ce qui peut ou non être montré à des mineurs. Lorsqu'une association a tenté, en se constituant partie civile, d'obtenir des tribunaux une condamnation de l'éditeur du roman de Louis Skorecki, *Il entrerait dans la légende*, la Cour d'appel de Nîmes s'est fondée, pour prononcer la relaxe, sur l'élément moral, en l'espèce inexistant, que doit revêtir l'infraction (*CA Nîmes, 8 avr. 2004 : Légipresse, n° 222, 2005, III, 125, note A. Tricoire*, le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par *Cass. crim., 19 janv. 2005*).

145. – Autres infractions destinées à protéger les mineurs. – L'article 227-23 du Code pénal permet la répression de tous ceux qui, à un stade quelconque du processus de leur circulation, participent à la diffusion de l'image ou de la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique. Le législateur n'a cessé d'étendre les possibilités de répression en la matière, afin de contourner les habiletés des personnes appartenant à des réseaux exploitant la pornographie pédophile. Il a cependant été jugé que la seule consultation de sites présentant de telles images ne tombait pas sous le coup de la loi, en l'absence d'impression ou d'enregistrement des images sur un support quelconque (*Cass. crim., 5 janv. 2005 : Bull. crim. 2005, n° 9*), quoique la loi incrimine également, depuis 2002, « le fait de détenir une telle image ou représentation ».

146. – Outre les provocations susceptibles de mettre en péril un mineur (*V. supra n° 122*), il faut mentionner l'article 39 bis de la loi du 29 juillet 1881 interdisant de

diffuser, de quelque manière que ce soit, des informations relatives à l'identité ou permettant l'identification :

- d'un mineur ayant quitté ses parents, son tuteur, la personne ou l'institution qui était chargée de sa garde ou à laquelle il était confié ;
- d'un mineur délaissé dans les conditions mentionnées aux articles 227-1 et 227-2 du Code pénal ;
- d'un mineur qui s'est suicidé ;
- d'un mineur victime d'une infraction.

147. – Ces dispositions ne sont évidemment pas applicables lorsque la publication est réalisée à la demande des personnes ayant la garde du mineur ou des autorités administratives ou judiciaires. Le but de protection ne demande pas à être précisé, sauf à propos de l'interdiction concernant le suicide d'un mineur, due à la crainte d'un effet d'entraînement sur d'autres mineurs. L'article 14 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante interdit, quant à lui, la publication du compte-rendu des débats des tribunaux pour enfants et de toute indication sur l'identité et la personnalité des mineurs délinquants. La publication du jugement devra se faire « sans que le nom du mineur puisse être indiqué, même par une initiale ». Ces dispositions sont destinées à ne pas compromettre, par des informations inopportunes, les chances de réinsertion des mineurs concernés.

148. – Il faut encore rappeler que la loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse s'emploie à réglementer le contenu des publications principalement destinées aux enfants et aux adolescents et que certaines des provocations punies par la loi visent spécifiquement la protection des mineurs (*V. supra n° 122*).

149. – Enfin, la loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales punit, dans son article 19, « le fait de diffuser, par quelque moyen que ce soit, des messages destinés à la jeunesse et faisant la promotion d'une personne morale, quelle qu'en soit la forme juridique ou l'objet, qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, lorsqu'ont été prononcées à plusieurs reprises, contre la personne morale elle-même ou ses dirigeants de droit ou de fait, des condamnations pénales définitives » pour l'une ou l'autre des infractions ensuite énumérées. Ce texte témoigne d'une prise de conscience de la nécessité de protéger les mineurs contre les manipulations dont sont familières certaines « sectes », en même temps que de la difficulté de le faire dans le respect des principes juridiques. Les précautions qu'il a fallu prendre à ce dernier titre ne permettent pratiquement jamais l'utilisation de ces dispositions.

d) Protection des institutions

150. – Visent la protection des institutions les infractions d'offense au Président de la République, celles qui tendent à protéger les institutions juridictionnelles contre ce qui pourrait remettre en cause leur autorité et enfin celles qui protègent les renseignements mettant en cause les intérêts fondamentaux de la nation. L'institution d'un droit de rectification s'inscrit dans la même logique.

151. – **Offense au Président de la République.** – On sait que cette infraction, toujours prévue à l'article 26 de la loi de 1881, a été créée pour éviter à un chef d'État politiquement irresponsable de subir des attaques auxquelles il était dans l'incapacité de répondre, alors même que son rôle était modeste depuis la crise du 16 mai 1877. La mutation du rôle du Président sous la Cinquième République a placé cette infraction en porte-à-faux, en interdisant de manière énergique la critique d'une personnalité dont le rôle devenait pourtant considérable. Le général de Gaulle, soucieux de l'autorité du Président, fit un large usage de cette infraction, encouragé en ce sens par une jurisprudence plus soucieuse de sa protection que de celle de la liberté d'expression... C'est ainsi que la simple atteinte à la délicatesse fut jugée constitutive d'offense et que la possibilité de prouver la vérité des faits allégués fut refusée au prévenu. À mesure que les exigences d'un débat démocratique sans restriction étaient universellement tenues pour essentielles, l'infraction devenait manifestement obsolète. M. Giscard d'Estaing annonça, peu après son élection en 1974, qu'il n'intenterait aucune poursuite fondée sur cet article, position qu'il eut le mérite de maintenir en dépit de la violence des attaques dont il fit l'objet. Ni F. Mitterrand, ni J. Chirac, ni N. Sarkozy ne réitérèrent l'engagement en question, sans doute pour ne pas priver l'institution présidentielle d'une protection éventuelle. Mais aucun d'eux n'utilisa cette arme.

152. – Dans son arrêt « *Colombani et autres c/ France* » du 25 juin 2002 (CEDH, 25 juin 2002 : RTDH 2003, p. 982, note P. Wachsmann), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé contraire à l'article 10 de la Convention l'impossibilité pour le prévenu, s'agissant du délit, abrogé depuis, d'offense à chef d'État étranger, d'apporter la preuve de la vérité des faits, alors que celle-ci est possible dans le droit commun de la diffamation. L'offense au Président de la République française, étant soumise au même régime, encourt le même reproche, de sorte qu'il est permis de s'étonner que le législateur n'ait guère étendu le champ de l'abrogation à laquelle il a procédé consécutivement à l'arrêt « *Colombani* ». Il appartiendra, le cas échéant, aux tribunaux, soit d'écarter l'article 26 comme incompatible avec la Convention, soit de l'interpréter d'une manière qui le rende compatible avec elle, notamment par admission de la preuve de la vérité des faits.

153. – **Infractions destinées à sauvegarder l'autorité des tribunaux.** – La fonction de pacification sociale dévolue aux tribunaux ne peut s'accomplir avec succès que dans la mesure où ceux-ci jouissent de la confiance et de l'estime du public. Des attaques trop violentes ou certaines pratiques sont de nature à compromettre l'accomplissement de cette mission dans de bonnes conditions et sont prohibées.

154. – L'accomplissement, par les magistrats, de leur office est protégé en amont et en aval du prononcé de la décision. C'est une ordonnance du 23 décembre 1958 qui introduisit dans notre droit les infractions dont il va être question (en dehors du cadre de la loi de 1881, afin d'échapper aux trop fortes contraintes procédurales qu'elle comporte), ce qui suscita des protestations, du fait que la procédure des ordonnances permettait d'échapper à tout débat au Parlement. Cette objection n'a plus lieu d'être depuis que le nouveau Code pénal a pratiquement repris telles quelles ces incriminations.

155. – L'article 434-16 du Code pénal punit « *La publication, avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, de commentaires tendant à exercer des pressions en vue d'influencer les déclarations des témoins ou la décision des juridictions d'instruction ou de jugement* ». L'infraction suppose établie la mauvaise foi du prévenu, ce qui explique que les auteurs du nouveau Code pénal n'aient pas cru devoir reprendre les formules qui figuraient à l'ancien article 227, précisant que les commentaires purement techniques et les tentatives pour obtenir la révision d'une condamnation ne tombaient pas sous le coup de ces dispositions. La notion de « *pressions* » doit s'entendre restrictivement, de sorte que les applications de ce texte sont extrêmement rares.

156. – L'article 434-25 du même code incrimine « *Le fait de chercher à jeter le discrédit, publiquement par actes, paroles ou images de toute nature sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance* », étant précisé que ces dispositions ne s'appliquent pas « *aux commentaires techniques ni aux actes, paroles, écrits ou images de toute nature tendant à la réformation, la cassation ou la révision d'une décision* ». C'est cette infraction qui avait suscité le plus d'inquiétudes, parce qu'elle risquait, pensaient certains, de remettre en cause la liberté de soumettre l'institution judiciaire, comme toute institution, à la critique.

157. – L'utilisation de cet article contre le journal *Le Monde* par A. Peyrefitte, après dénonciation dans les colonnes du journal de la manière, jugée particulièrement expéditive, dont avaient été condamnées certaines personnes à la suite des troubles ayant entouré une manifestation de sidérurgistes à Paris, puis son usage contre le même journal par M. Chalandon, après dénonciation d'une décision de la Cour de cassation retirant au juge d'abord saisi l'instruction d'une affaire impliquant Michel Droit, à l'époque membre de la Commission nationale de la communication et des libertés, illustrent l'existence d'un tel risque (aucune de ces deux affaires ne vint en jugement, les élections présidentielles de 1981 et de 1988 ayant été suivies par l'adoption de lois d'amnistie). Le cumul de l'exigence d'une volonté de jeter le discrédit sur la décision ou l'acte critiqué et de celle d'une atteinte potentielle à l'autorité ou à l'indépendance de la justice devrait cantonner l'infraction à des hypothèses extrêmes, comportant l'emploi de termes dont la véhémence ou la force d'insinuation est particulièrement marquée. La Cour de cassation a indiqué la nécessité que « *par delà le magistrat mis en cause [on] ait voulu atteindre la justice, considérée comme une institution fondamentale de l'État, dans son autorité ou son indépendance* » (Cass. crim., 15 mai 1961 : JCP G 1961, II, 12233, note Mimin). Les réactions véhémentes à des décisions ayant un enjeu politique ou social marqué courent évidemment le risque d'une condamnation fondée sur ces dispositions (V. ainsi TGI Montbéliard, 28 juin 1963 : JCP G 1964, II, 13462, condamnant les auteurs d'un tract syndical ayant

qualifié un jugement de « parodie de justice » et ajouté : « C'est se moquer de la classe ouvrière (...) Comme au temps des despotes et des rois, on juge et on frappe ceux qui ont le courage de s'opposer au patron, au régime (...) la justice est bien celle du patronat ». La frontière est, comme toujours, difficile à tracer entre ce qui relève d'une liberté d'appréciation dans une société démocratique et ce qui est de nature à saper la confiance que les citoyens doivent avoir en l'appareil juridictionnel (la Cour européenne des droits de l'homme n'est elle-même pas épargnée par de telles difficultés, comme le montre une comparaison des arrêts, très inégalement protecteurs de la liberté d'expression, *CEDH, 26 avr. 1995, Prager et Oberschlick c/ Autriche et CEDH, 24 févr. 1997, De Haes et Gijssels c/ Belgique*). La mise en cause d'une « justice de classe », comme dans l'exemple du jugement, précité, du Tribunal de Montbéliard, ou la dénonciation d'une complaisance manifestée par des magistrats envers des hommes politiques ou des milieux d'affaires se fait ainsi au risque d'une application d'un article d'ordinaire inutilisé.

158. – On peut aussi mentionner des interdictions de publication destinées à sauvegarder la dignité de la fonction juridictionnelle. Il en va ainsi de l'article 38, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 interdisant de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique. Cette disposition, très souvent méconnue (pour s'en tenir à un exemple récent, le journal *Le Monde* a publié en abondance des procès-verbaux d'interrogatoire liés à l'affaire « Clearstream »), est destinée tout à la fois à éviter que la presse ne se substitue aux tribunaux dans l'exercice de la mission juridictionnelle et à ménager la solennité de l'audience publique. L'interdiction, édictée à l'article 38 *ter* de la loi de 1881, d'enregistrer, par le son ou l'image, les audiences des juridictions administratives et judiciaires procède d'une volonté de préserver les juridictions des risques de confusion avec des scènes radiodiffusées ou filmées ou des fictions télévisées qui utilisent volontiers la charge dramatique propre au rituel des audiences juridictionnelles. Des prises de vue peuvent être autorisées par le président tant que les débats ne sont pas commencés et à condition que les parties et le ministère public y consentent. La règle peut connaître une exception dans les conditions limitatives prévues par une loi du 11 juillet 1985 pour la constitution d'archives historiques de la justice.

159. – L'article 40 de la loi de 1881 interdit « d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, en matière criminelle et correctionnelle », de manière tout à la fois à ne pas affaiblir dangereusement l'autorité de la décision en cause et de ne pas encourager le soutien à des délinquants reconnus qui ruinerait l'effet dissuasif attendu de la condamnation.

160. – L'article 38, alinéa 2, de la loi de 1881 interdit la publication de toute information non autorisée sur les travaux et délibérations du Conseil supérieur de la magistrature.

161. – **Protection des secrets concernant les intérêts fondamentaux de la nation.** – Il est aisé de comprendre que la publication de secrets intéressant la défense nationale est peu souhaitable. Leur protection, par l'ancien Code pénal, a cédé la place, dans le nouveau, à une formule plus compréhensive, incluse dans une section intitulée « De la livraison d'informations à une puissance étrangère », aux riches relents de Guerre froide. L'article 411-6 du Code pénal punit « Le fait de livrer ou de ren-

dre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ». Les renseignements présentant « un caractère de secret de la défense nationale » sont ceux « qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion » (C. pén., art. 413-9). Le fait, pour une personne dépositaire, en raison de son état ou de ses fonctions, d'un tel renseignement de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée ou de l'avoir laissé reproduire ou divulguer est incriminé par l'article 413-10 du Code pénal, tandis que le fait, pour toute autre personne, de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée est puni par l'article 413-11 du même code.

162. – Il faut préciser que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est possible d'invoquer la protection d'un secret protégé par la loi qu'à la condition que l'information en question n'ait pas déjà été divulguée (V. ainsi *CEDH, 22 mai 1990, Weber c/ Suisse*, à propos du secret de l'instruction. – *CEDH, 26 nov. 1991, Observer et Guardian c/ Royaume-Uni et Sunday Times c/ Royaume-Uni*. – *CEDH, 9 févr. 1995, Vereniging Weekblad Bluf! c/ Pays-Bas*, à propos du secret de la défense nationale. – *CEDH, 21 janv. 1999, Fressoz et Roire c/ France*, à propos de la divulgation d'informations couvertes par le secret fiscal, mais disponibles par ailleurs. – *CEDH, 18 mai 2004, Sté Plon c/ France*, à propos du secret médical et de la vie privée. – *CEDH, 25 avr. 2006, Dammann c/ Suisse*, à propos des antécédents pénaux de suspects. – *CEDH, 10 août 2006, Lyashko c/ Ukraine*, à propos de liens entre deux personnes). S'agissant des secrets officiels, la Cour est attentive à leur importance : renversant l'arrêt rendu par une chambre le 25 avril 2006, « *Stoll contre Suisse* » (§ 52), elle a estimé que la divulgation du rapport rédigé par un ambassadeur, au cours de négociations diplomatiques avait pu porter atteinte au climat de discrétion nécessaire en la matière (*CEDH, Gde Ch., 10 déc. 2007, Stoll c/ Suisse*).

163. – **Droit de rectification.** – Ce droit, ouvert à l'article 12 de la loi du 29 juillet 1881, constitue le pendant, au profit des pouvoirs publics, du droit de réponse institué au profit des particuliers (V. *supra* n° 95 à 105). Comme lui, il n'est ouvert qu'à l'égard des écrits périodiques : « le directeur de la publication est tenu d'insérer gratuitement, en tête du plus prochain numéro du journal ou écrit périodique, toutes les rectifications qui lui seront demandées par un dépositaire de l'autorité publique, au sujet des actes de sa fonction qui auront été inexactement rapportés par ledit journal ou écrit périodique ». La réglementation de ce droit est nettement moins détaillée que celle du droit de réponse : il est simplement précisé que « ces rectifications ne dépasseront pas le double de l'article auquel elles répondront ». En 1993, A. Chavanne notait : « Le droit de rectification est très rarement utilisé par l'Administration » (*Droit de rectification et droit de réponse in H. Blin, A. Chavanne, R. Drago et J. Boinet [dir.], Droit de la presse : Litec, fasc. 50, p. 11*). Cette situation n'a guère évolué, ce dont on ne peut que se réjouir, compte tenu de la gravité de l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression que représente ce droit, qui devrait être réservé à des hypothèses plus strictement délimitées que ce n'est actuellement le cas. Compte tenu des conditions actuelles de la vie démocratique, seules des situations graves devraient ouvrir aux pouvoirs publics le droit de rectification.

II. – RÉGLEMENTATION DES MODALITÉS DE L'EXPRESSION

164. – Selon une logique habituelle, les divers supports techniques de la communication ont fait l'objet d'une réglementation particulière au fur et à mesure de leur apparition au fil des progrès techniques ou selon le danger particulier qu'ils ont paru représenter aux yeux des pouvoirs publics. Au-delà de l'unicité des limites à la faculté de dire (*lato sensu*) étudiées précédemment, chacun des modes d'expression disponibles obéit à des contraintes qui lui sont propres. On distinguera le cas de la presse de ceux des spectacles et de la communication audiovisuelle, étant rappelé que les réunions et manifestations, que le Conseil constitutionnel rattache au « droit d'expression collective des idées et des opinions » (*Cons. const., déc. n° 94-352 DC, 18 janv. 1995, loi d'orientation*

et de programmation relative à la sécurité : Rec. Cons. const. 1995, p. 170), font l'objet d'un fascicule distinct (*V. Fasc. 840, R. Letteron*), ainsi que les problèmes posés par Internet (*V. Fasc. 820, Ph. Achilleas*). Il faut préciser à cet égard que l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, tel que modifié par la loi du 21 juin 2004, s'applique à l'ensemble de « la communication au public par voie électronique », ce qui inclut les services de communication audiovisuelle et l'« ensemble des services mettant à la disposition du public ou d'une catégorie de public des œuvres audiovisuelles, cinématographiques ou sonores, quelles que soient les modalités techniques de cette mise à disposition ».

A. – Presse

165. – **Régime de droit commun et régimes préventifs.** – La presse est régie, depuis la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, par un principe de liberté qui interdit normalement toute restriction préalable. La disparition, avec le décret du 4 octobre 2004, du régime applicable aux publications de provenance étrangère, qui découlait de l'article 14 de la loi de 1881, a marqué un recul sensible des dérogations que connaissait le régime de droit commun. Les conditions de la disparition de ce texte illustrent d'ailleurs de manière nette l'influence croissante des données internationales sur l'évolution de notre droit de la presse. Alors que le décret-loi du 6 mai 1939 permettait au ministre de l'Intérieur de prononcer l'interdiction d'une publication de provenance étrangère sans assujettir cette décision à aucun motif, l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 2 novembre 1973 (*CE, ass., 2 nov. 1973, SA Librairie François Maspéro : Rec. CE 1973, p. 611*), la subordonne à l'existence d'une menace à l'ordre public qu'il s'agirait de parer. Revenant sur son refus initial d'exercer un contrôle sur les motifs d'ordre public mis en avant par le ministre pour justifier, à cet égard, sa décision (*CE, 4 juin 1954, Joudoux et Riaux : Rec. CE 1954, p. 346*), l'arrêt « Maspéro » accepte d'exercer sur ce point un contrôle restreint et de censurer, à ce titre, une erreur manifeste qu'aurait commise le ministre dans l'appréciation du danger que la circulation en France de la publication représenterait pour l'ordre public. Le contrôle devait ensuite se fixer longtemps à ce stade, en dépit des appels à adapter l'intensité du contrôle opéré en l'espèce aux exigences résultant de la ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme.

166. – Le passage au contrôle entier fut réalisé par un arrêt de Section du 9 juillet 1997 (*CE, sect., 9 juill. 1997, Assoc. Ekin : Rec. CE 1997, p. 309 ; RFD adm. 1997, p. 1284, concl. Denis-Linton, note B. Pacteau ; RD publ. 1998, p. 539, note P. Wachsmann*). Mais déjà, c'était le principe même de ce texte dérogatoire qui se trouvait mis en cause (*concl. Denis-Linton, préc.*). Le renforcement du contrôle résultant de l'arrêt de 1997 ne permit pas de convaincre la Cour européenne des droits de l'homme de la compatibilité de ce régime avec l'article 10 : insistant sur les faiblesses du contrôle pratiqué et sur l'incompatibilité frontale entre un texte applicable aux seuls écrits « étrangers » et la Convention, alors que l'article 10 garantit la liberté d'expression « sans considération de frontière », la Cour conclut à la violation de cette disposition du fait de la seule existence du décret-loi de 1939 (*CEDH, 17 juill. 2001, Assoc. Ekin c/ France*). Saisi d'un recours dirigé contre le refus du premier ministre de procéder à l'abrogation de ce texte, le Conseil d'État déclara illégale cette décision de refus et enjoignit au premier ministre d'abroger le décret-loi de 1939 (*CE, 7 févr. 2003, GISTI : Rec. CE 2003, p. 31 ; Légipresse,*

n° 210, 2004, III, 60, note P. Wachsmann). Il fut satisfait à cette injonction le 4 octobre 2004.

167. – L'affirmation du régime répressif auquel obéit la presse (*V. infra n° 168*) n'en subit pas moins un certain nombre d'altérations.

1° Exclusion de principe des régimes préventifs en matière de presse

168. – **Exigence constitutionnelle.** – La décision du Conseil constitutionnel des 10 et 11 octobre 1984, loi visant à limiter la concentration et à assurer le pluralisme des entreprises de presse, fait produire tous ses effets à la phrase de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclamant que « tout citoyen peut (...) parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Analysant les pouvoirs que la loi sous examen conférerait à l'autorité administrative indépendante chargée d'assurer le pluralisme de la presse, le Conseil relève qu'il s'agit de pouvoirs de décision à l'encontre des entreprises de presse visées et conclut que l'ensemble de ces dispositions « produit des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ; qu'elles sont, de ce chef, contraires à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ; qu'à supposer même qu'elles aient pour objet de réprimer des "abus" au sens dudit article 11, cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative ». Il ressort nettement de ce considérant que seul le régime libéral issu de la loi de 1881, comportant l'absence de toute intervention préalable d'une autorité administrative et une répression *a posteriori* par la seule autorité judiciaire des infractions qui auront pu être commises, est pleinement conforme à l'exigence constitutionnelle que comporte l'article 11 de la Déclaration.

169. – **La déclaration comme simple notification à l'autorité administrative de l'existence d'une entreprise et de l'identité de ses responsables.** – L'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse proclame sobrement : « L'imprimerie et la librairie sont libres ». La fabrication et la distribution des écrits imprimés sont ainsi soustraits – c'est le sens premier du texte – à toute nécessité d'obtenir une autorisation préalable.

170. – Ce principe de liberté n'exclut pas l'institution de formalités propres à renseigner les autorités et les tiers sur l'identité des personnes éventuellement responsables des « abus » auxquels peut donner lieu la diffusion de tels écrits. L'article 2 de la loi prévoit ainsi que « Tout écrit rendu public, à l'exception des ouvrages de ville ou bilboquets, portera l'indication du nom et du

domicile de l'imprimeur », les imprimés qui ne porteraient pas cette mention ne pouvant être distribués, ce que Lisbonne, rapporteur du projet de loi devant la Chambre, justifiait ainsi : « La disposition de l'article 2 n'a pour but, ni pour résultat de restreindre la liberté de l'imprimerie. Elle ne peut en effet empêcher la perpétration d'un crime ou d'un délit, elle ne fait qu'en assurer, dans la mesure du possible, la répression » (*cité in G. Barbier, Code expliqué de la presse, 2^e éd. par P. Matter et J. Rondelet : t. 1, Marchal et Godde, 1911, p. 65*). L'obligation s'impose à tout « écrit » rendu public, ce qui inclut les imprimés, quel que soit leur mode de reproduction ou leur importance, et aussi les auto-graphes (*T. Loudun, 23 mai 1884, cité in Barbier, op. cit., p. 66*), à la seule exception des « bilboquets », c'est-à-dire des imprimés destinés à des usages privés, tels cartes de visite ou faire-part.

171. – L'article 5 de la loi réitère, à propos de la presse périodique, le principe de liberté : « *Tout journal ou écrit périodique peut être publié, sans autorisation préalable et sans dépôt de cautionnement, après la déclaration prescrite par l'article 7* ». Celle-ci prescrit qu'avant la publication d'un journal ou écrit périodique, « *il sera fait, au parquet du procureur de la République, une déclaration* », qui doit contenir le titre du périodique et son mode de publication ainsi que le nom et la demeure du directeur de la publication, qui est, en vertu de la loi, le responsable principal des infractions de presse susceptibles d'être commises, et l'indication de l'imprimerie où il doit être imprimé. L'article 8 de la loi prévoit qu'il sera donné récépissé de cette déclaration. Ici encore, cette formalité apparaît pleinement compatible avec le principe de liberté : la loi, disait Lisbonne (*cité in Barbier, cité supra n° 170, p. 114*), a voulu « soustraire la déclaration à l'examen préalable du parquet. S'il lui était permis d'exiger, à ce moment, la preuve de la sincérité des énonciations qu'elle contient, on comprend à quels abus pourraient conduire son hostilité et même ses plus honorables scrupules. Le parquet doit la recevoir telle quelle, et il doit se borner à en constater le dépôt par la délivrance d'un simple récépissé ». La circulaire du Garde des sceaux du 9 novembre 1881 (*citée eod. loc.*) précisait : « Le parquet donne un récépissé de la déclaration. Il ne peut pas la refuser, alors même que cette déclaration lui paraîtrait irrégulière ou inexacte ». Ce n'est qu'à cette condition d'une compétence liée de l'autorité qui reçoit la déclaration que sa nécessité est compatible avec la liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé que lorsqu'il y a lieu à enregistrement préalable des publications, seules des vérifications formelles se concilient avec la liberté d'expression (*CEDH, 14 mars 2002, Gaweda c/ Pologne, § 43*). L'article 10 de la loi de 1881, qui exige le dépôt, au moment de la publication, d'exemplaires « *de chaque feuille ou livraison du journal ou écrit périodique* » signés du directeur de la publication est justiciable des mêmes analyses, sous les mêmes conditions.

172. – **Compatibilité des objectifs de transparence et de pluralisme avec le principe de liberté.** – La décision du Conseil constitutionnel des 10 et 11 octobre 1984, loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, marque une claire approbation, par le Conseil, des objectifs que s'était assigné le législateur.

La décision énonce d'abord que « Loin de s'opposer à la liberté de la presse ou de la limiter, la mise en œuvre de l'objectif de transparence financière tend à renforcer un exercice effectif de cette liberté ; qu'en effet, en exigeant que soient connus du public les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet, les intérêts de tous ordres qui peu-

vent s'y trouver engagés, le législateur met les lecteurs à même d'exercer leur choix de façon vraiment libre et l'opinion à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui lui sont offerts par la presse écrite ». Ce plaidoyer pour la transparence, en effet pleinement accordée à ce que doit être une société démocratique, précède l'admission de la conformité à la Constitution de la plupart des dispositions qu'avait arrêtées à cette fin le législateur, en particulier l'interdiction de recourir à des prête-nom destinés à dissimuler la réalité de la situation.

173. – Le pluralisme, dont les modalités de réalisation soulevaient beaucoup plus de difficultés, fait également l'objet, dans son principe, d'analyses laudatives : « le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (...) est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché ». Cet éloge du pluralisme rejoint les préoccupations des forces issues de la Résistance, qu'avait exprimées l'ordonnance du 26 août 1944 sur l'organisation de la presse française. La Cour de justice des Communautés européennes a posé, quant à elle : « Il y a lieu de relever que le maintien du pluralisme de la presse est susceptible de constituer une exigence impérative justifiant une restriction à la libre circulation des marchandises. En effet, ce pluralisme contribue à la sauvegarde de la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle liberté figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire » (*CJCE, 26 juin 1997, aff. C-368/95, Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c/ Heinrich Bauer Verlag : Rec. CJCE 1997, I, p. 3689, concl. Tesouro*). On remarquera que Conseil constitutionnel et Cour de Luxembourg se rejoignent pour faire du pluralisme une émanation de la liberté d'expression elle-même, faisant ainsi de sa défense un cas où un aspect de la liberté en cause se trouve être en contradiction avec un autre. La Cour européenne des droits de l'homme a, elle aussi, égard à cet objectif, se référant au « pluralisme, dont l'État est l'ultime garant » (*CEDH, 28 juin 2001, VGT Verein gegen Tierfabriken c/ Suisse, § 73*).

174. – La décision du Conseil constitutionnel des 10 et 11 octobre 1984 s'emploie ensuite à donner des dispositions de la loi sous examen une interprétation qui assure leur conformité à la Constitution. Les seuils de concentration fixés par le texte sont interprétés comme ne pouvant faire obstacle à la création de nouveaux quotidiens ou au développement des quotidiens existants, mais seulement aux transactions financières susceptibles de menacer le pluralisme. Inversement, la décision du 29 juillet 1986, loi portant réforme du régime juridique de la presse, exige que les seuils définis par la loi ne soient pas rendus dérisoires par des dispositions permettant de les tourner sans aucune difficulté.

175. – L'article 11 de la loi du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse interdit « *l'acquisition, la prise de contrôle ou la prise en location-gérance d'une publication quotidienne imprimée d'information politique et générale lorsque*

cette opération a pour effet de permettre à une personne physique ou morale ou à un groupement de personnes physiques ou morales de posséder, de contrôler, directement ou indirectement, ou d'éditer en location-gérance des publications quotidiennes imprimées d'information politique et générale dont le total de la diffusion excède 30 % de la diffusion sur le territoire national de toutes les publications quotidiennes imprimées de même nature ».

2° Réintroduction de mesures préventives en matière de presse

176. – La répression des abus éventuellement commis dans l'exercice de la liberté d'expression doit normalement se faire *a posteriori*, c'est-à-dire après qu'aura eu lieu la diffusion de l'écrit, et sous la protection des garanties procédurales et de fond liées à l'intervention de l'autorité judiciaire. Ce schéma n'est pas altéré lorsque le juge civil est substitué au juge pénal (*V. supra* n° 45), comme l'article 46 de la loi de 1881 en ouvre la possibilité de principe en matière de diffamation, encore que les garanties susmentionnées subissent alors une certaine réduction. Il l'est, en revanche, lorsque interviennent des restrictions empêchant la publication, qu'il s'agisse de l'intervention du juge des référés ou de mesures prises par une autorité de police, générale ou spéciale.

177. – **Mesures d'urgence susceptibles d'être prononcées par le juge des référés.** – Juge de l'urgence et de l'apparence, le juge civil des référés peut prendre toute mesure propre à faire cesser un trouble manifestement illicite. En matière de presse, l'exercice d'un tel pouvoir peut s'avérer redoutable, à la mesure même de l'efficacité que l'on a voulu conférer à l'intervention rapide d'un juge. Lorsque l'article 9 du Code civil prévoit que les mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée « peuvent, s'il y a lieu, être ordonnées en référé » ou que l'article 9-1 du même code prévoit cette intervention pour faire cesser une atteinte à la présomption d'innocence, c'est le législateur qui, par une disposition expresse, exerce son pouvoir d'arbitrage entre des libertés en conflit, en vertu de la compétence que lui confère l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. En revanche, comme l'a relevé P. Auvret (*note ss TGI Paris, réf., 30 mai et 30 juin 1986 et CA Paris, 11 juin 1986 : JCP G 1987, II, 20754*), lorsque les mesures ordonnées en référé ont pour effet de restreindre l'exercice de la liberté d'expression en dehors des deux cas visés par la loi, on se trouve en présence d'une situation dans laquelle c'est une disposition générale de caractère réglementaire (l'article 809, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile définissant la compétence du juge des référés) qui se trouve à l'origine de l'atteinte à une liberté solennellement garantie. Certes, c'est un juge qui en décide et il ne le fait que pour faire cesser une situation illicite et préjudiciable, il n'en reste pas moins que son intervention perturbe fortement le schéma protecteur et les garanties mises en place par la loi du 29 juillet 1881.

178. – Le poids que revêt actuellement le souci de l'efficacité du juge explique l'affirmation d'une compétence du juge des référés dans l'ensemble du champ de la liberté de la presse. Quand bien même une disposition expresse de la loi sur la presse (l'article 46) interdirait-elle de poursuivre l'action civile séparément de l'action publique (diffamation envers les corps constitués et envers les agents de l'autorité publique), cela n'a pas été considéré comme faisant obstacle à la compétence du juge des référés (*Cass. 2^e civ., 3 mai 1985 : Bull. civ. 1985, II, n° 89*). Il en résulte une compétence illimitée de ce dernier en matière de diffamation, nonobstant le caractère délicat des appréciations que comporte cette infraction, en particulier sur le terrain de la bonne foi (*Cass. 2^e civ., 14 nov. 2002 : Bull. civ. 2002, II, n° 253*, cet arrêt invite d'ailleurs les juges du fond à la prudence, eu égard notamment à

cet élément). La Cour de cassation a néanmoins tempéré les inconvénients de cette solution, en imposant au juge des référés de respecter le délai de dix jours que l'article 35 de la loi de 1881 donne au prévenu pour faire la preuve de la vérité des faits diffamatoires (*Cass. 2^e civ., 5 févr. 1992 : D. 1993, jurispr. p. 53, note P. Wachsmann. – Cass. 2^e civ., 14 nov. 2002, préc.*), ce qui, s'agissant des quotidiens et des hebdomadaires, garantit que leur diffusion ne pourra être empêchée par le juge des référés, celui-ci voyant son action limitée, pour autant que la loi autorise la preuve de la vérité des faits, à l'injonction de publier un communiqué ou à l'allocation de dommages-intérêts provisionnels. La perception, par les juges d'appel et de cassation, des dangers de la procédure de référé en notre matière conduit à une réserve qui tient dûment compte de l'enjeu de la question en termes de libertés publiques (*V. ainsi CA Versailles, 3 mai 2006 : Légipresse, n° 234, 2006, III, 161, note T. Hassler*, indiquant, sur le terrain du respect de la vie privée, que « l'interdiction de reproduire les clichés litigieux à l'avenir n'apparaît pas ressortir des pouvoirs du juge des référés »).

179. – **Exercice des pouvoirs de police générale.** – Il résulte de la théorie des pouvoirs de police qu'aucune liberté, si minutieusement et solennellement protégée soit-elle, et alors même que la loi aurait expressément exclu, comme le fait la loi de 1881, toute intervention préalable de l'autorité administrative, n'est absolument à l'abri d'une limitation par l'autorité administrative investie des pouvoirs de police générale. Le maintien ou le rétablissement de l'ordre public peuvent en effet, dans certaines circonstances, exiger cette limitation. Cependant, s'agissant d'une liberté aussi fortement protégée que la liberté de la presse, seules des circonstances graves peuvent venir justifier l'intervention de l'autorité administrative, qui, même dans ce cas, doit rester strictement cantonnée à ce que ces circonstances exigent. C'est ce que rappelle la célèbre décision du Tribunal des conflits du 8 avril 1935 (*T. confl., 8 avr. 1935, Action française : Rec. CE 1935, p. 1126, concl. Josse ; DP 1935, 3, p. 25, concl. Josse, note M. Waline*), qui conclut à l'existence d'une voie de fait, en raison de ce que la mesure de saisie ordonnée par le préfet de police à l'encontre du journal « *L'Action Française* » au lendemain des événements du 6 février 1934 avait revêtu une généralité excessive (elle était applicable aussi bien en banlieue qu'à Paris, où s'étaient cantonnés les troubles) et, de ce fait, n'avait pas été « indispensable pour assurer le maintien ou le rétablissement de l'ordre public ». Il n'y aurait aujourd'hui voie de fait, entraînant la compétence de l'autorité judiciaire pour la faire cesser, que dans la mesure où les autorités de police prendraient des actes manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice de leurs compétences.

180. – C'est normalement au juge administratif qu'il incombe de contrôler la légalité des actes pris par les autorités de police administrative, comme l'atteste, entre autres, l'arrêt de Section du Conseil d'État du 21 novembre 1951 (*CE, sect., 21 nov. 1951, Sté nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité : Rec. CE 1951, p. 553 ; RD publ. 1951, p. 1098, concl. Letourneur, note M. Waline*) intervenu dans une affaire où l'illégalité de la mesure d'interdiction d'un journal par un préfet était plus grave encore que dans l'affaire « *Action française* » (Marcel Waline, dans sa note, estimait que n'existait en l'espèce aucune menace de trouble pour l'ordre public). Son contrôle, très attentif aux particularités de chaque espèce (« toute solution de principe doit être écartée : c'est une question de mesure, d'appréciation des circonstances de temps et de lieu », disait significativement le commissaire du Gouvernement Letourneur, *préc.*), n'a pas toujours revêtu la rigueur attendue (*CE, 10 déc. 1958, Mezerna : Rec. CE 1958, p. 628*, rejetant le recours dirigé contre un arrêté ayant interdit l'exposition, la circulation, la distribution, la publication et la vente et ayant ordonné la saisie de tous les exemplaires d'un numéro du journal *L'Algérie libre* sur toute l'étendue du département d'Alger). En revanche, le Conseil d'État a censuré

comme entachés de détournement de procédure, après avoir rétabli leur nature de mesure de police administrative, des arrêtés ordonnant des saisies de journaux pris sur le fondement des pouvoirs de police judiciaire attribués aux préfets en matière de crimes contre la sûreté de l'État (*CE, 24 juin 1960, SARL Le Monde et Sté Frampar : Rec. CE 1960, p. 412, concl. Heumann*), tandis que les tribunaux judiciaires se montraient particulièrement compréhensifs pour l'autorité préfectorale (*CA Paris, 22 févr. 1962 et TGI Seine, 8 mai 1963 : D. 1964, jurispr. p. 232*).

181. – Depuis la fin de la guerre d'Algérie, il est permis d'espérer que prévalent, y compris pour les mesures d'interdiction ou de restriction frappant les imprimés, les règles qu'énonçait à propos des saisies, dans sa note (*citée supra n° 179*) de 1935, Marcel Waline : « la saisie doit être limitée strictement aux hypothèses où la mise en vente du journal crée directement un risque grave de trouble pour l'ordre public, et ceci à la fois dans l'espace et dans le temps ; la saisie est illégale lorsqu'elle est faite dans des lieux où les excitations de presse ne risquent pas de pousser les citoyens à troubler l'ordre, en raison, par exemple, de l'éloignement de ces lieux ; elle est encore illégale si elle est faite à un moment où ces excitations ne risquent plus de provoquer des désordres, le calme étant dans l'intervalle revenu dans les esprits ».

182. – **Circonstances exceptionnelles prévues par un texte.** – À cet égard, la mise en vigueur d'un texte constatant officiellement la gravité des troubles et donnant aux autorités administratives des pouvoirs renforcés ne change pas fondamentalement la manière dont s'exerce le contrôle de proportionnalité pratiqué par le juge. Tel est, en particulier, le cas de la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence, dont l'article 11, 2°, autorise le décret ou la loi qui le déclare ou le proroge à habiliter, par une disposition expresse, l'autorité administrative « à prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse et des publications de toute nature ainsi que celui des émissions radiophoniques, des projections cinématographiques et des représentations théâtrales ». Le décret du 8 novembre 2005 et la loi du 18 novembre 2005 mettant en application l'état d'urgence n'ont pas utilisé cette faculté, que la situation de violence urbaine à laquelle on se trouvait confronté ne justifiait pas. Le Conseil d'État a indiqué qu'il entendait désormais exercer un contrôle étroit sur les mesures prises en application de cette législation (*chron. C. Landais et F. Lenica ss CE, ass., 24 mars 2006, Rolin et Boisvert : Juris-Data n° 2006-069856 ; AJDA 2006, p. 1033*). Il faut, enfin, ajouter que la procédure du référé-liberté est de nature à permettre, quant à elle, une protection tout à la fois rapide et efficace de la liberté de la presse en cas d'atteinte grave et manifestement illégale.

183. – **Existence d'une police spéciale destinée à la protection de la jeunesse.** – La loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse comporte d'abord un volet pénal spécifique (*V. supra n° 54*). Elle prévoit également, dans son article 14, un régime permettant à une autorité administrative, le ministre de l'Intérieur, d'édicter des mesures ayant un effet important sur la diffusion des publications concernées, lesquelles ne sont pas spécifiquement « destinées à la jeunesse », mais sont susceptibles d'être lues par des mineurs. Le texte habilite le ministre « à interdire : – de proposer, de donner ou de vendre à des mineurs de dix-huit ans les publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique, ou de la place faite au crime, à la violence, à la discrimination ou à la haine raciale, à l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants ; – d'exposer ces publications à la vue du public en quelque lieu que ce soit, et notamment

à l'extérieur ou à l'intérieur des magasins ou des kiosques et de faire pour elles de la publicité par la voie d'affiches ; – d'effectuer, en faveur de ces publications, de la publicité », le ministre pouvant ne prononcer que les deux premières ou la première de ces interdictions. Les restrictions que l'article 14 de la loi de 1949 autorise le ministre à édicter, si elles n'ont pas la gravité d'une interdiction, handicapent cependant de manière importante la diffusion de la publication en cause, vouée à une quasi-clandestinité. L'effet est encore aggravé, quand il s'agit d'une publication périodique, par le fait que si celle-ci a fait l'objet de deux des interdictions autres que la première, elle devra être exclue de la société coopérative de diffusion dont elle faisait partie et ne pourra être admise dans aucune autre (article 6 de la loi du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques).

184. – La sévérité des mesures édictées par l'autorité administrative est directement contraire à l'esprit qui est celui de la loi du 29 juillet 1881, ce qui explique que le contrôle effectué par le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort, sur les qualifications auxquelles s'est livré le ministre ait été d'emblée un contrôle entier (*CE, 5 déc. 1956, Thibault : D. 1957, jurispr. p. 20, concl. Mosset*, un journal « qui défend et exalte l'homosexualité », selon les termes du commissaire du Gouvernement, revêt bien un caractère licencieux, quoiqu'il se soit cantonné au débat d'idées, car « L'homosexualité, c'est de la licence. Faire l'apologie de ce vice, c'est se montrer licencieux », en une logique qui assujettit inévitablement le juge aux conceptions de la morale dominante au moment où il statue). Ce contrôle a ensuite été étendu au choix par le ministre des mesures d'interdiction qu'il peut prendre (*CE, sect., 9 mai 1980, Veyrier : D. 1980, jurispr. p. 416, concl. Genevois*, l'interdiction d'exposer à la vue du public l'ouvrage « Le masochisme au cinéma » est considérée comme justifiée, les illustrations violentes que comporte l'ouvrage apparaissant « dès un premier examen de l'ouvrage »). La compatibilité de ce régime d'exception avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est rien moins qu'assurée, quoique le Conseil d'État l'ait tenue pour acquise, sans aucune motivation au soutien de sa position (*CE, 19 janv. 1990, Sté française de revues : Juris-Data n° 1990-641121 ; AJDA 1990, p. 124. – CE, 28 juill. 1995, Assoc. Alexandre : Juris-Data n° 1995-049704 ; LPA 11 oct. 1996, n° 123, p. 19, note E. Dreyer*).

185. – Seul texte autorisant un contrôle administratif en matière de presse depuis l'abrogation du régime applicable aux publications de provenance étrangère, l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 s'est prêté à d'inquiétants détournements, qu'il s'agisse de son application au livre de Pierre Guyotat, « Eden, Eden, Eden », ou de celle dont fut victime l'hebdomadaire *Hara-Kiri* après avoir titré « Bal tragique à Colombey : un mort » au lendemain de la mort du général de Gaulle. Ici encore, la procédure du référé-liberté permet désormais une réaction rapide du juge dans de telles hypothèses, qui s'analysent clairement en un détournement de procédure, en l'absence de tout danger pour la jeunesse des publications visées. Une association a tenté de contraindre le ministre à faire un usage plus abondant des pouvoirs que lui confère la loi de 1949. Le Conseil d'État, tenant compte de ce que la mesure sollicitée serait attentatoire à la liberté d'expression, s'est contenté d'exercer un contrôle restreint sur la décision de refus opposée par le ministre à l'association requérante (*CE, 10 mars 2004, Assoc. Promouvoir : Juris-Data n° 2004-066522 ; AJDA 2004, p. 983, concl. Boissard*).

186. – L'article 14 prévoit en outre que lorsque trois publications éditées par le même éditeur auront été frappées, au cours d'une période de douze mois consécutifs, de deux des prohibitions qu'il prévoit, « aucune publication ou aucune livraison de publication analogue, du même éditeur, ne pourra, durant une période de cinq ans courant du jour de l'insertion au Journal officiel du dernier arrêté d'interdiction, être mise en vente sans avoir été préalablement déposée, en triple exemplaire, au minis-

tère de la justice et avant que se soient écoulés trois mois à partir de la date du récépissé de ce dépôt ». Ces dispositions, qui instaurent, pour l'éditeur concerné, un système de surveillance doublé d'une obligation de différer toute nouvelle publication pendant une durée de trois mois, et ce pendant cinq ans, est très certainement incompatible en tous leurs éléments avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B. – Spectacles

187. – **Opposition des spectacles vivants et du cinéma.** – Avant la loi du 18 mars 1999, qui a unifié le régime applicable aux spectacles vivants, l'ordonnance du 13 octobre 1945 relative aux spectacles opérait une classification des spectacles selon la dignité culturelle qui leur était attribuée : au sommet de la hiérarchie, on trouvait les spectacles d'art dramatique, lyrique ou chorégraphique et les concerts symphoniques, à l'autre bout, les « spectacles forains, exhibition de chant et de danse dans les lieux publics et tous spectacles de curiosités et de variétés ». Il n'en a pas toujours été ainsi : le théâtre a longtemps suscité la crainte des pouvoirs publics, préoccupés à l'idée de spectateurs enthousiasmés par la représentation et unissant leurs esprits enflammés à l'encontre des gouvernants. Quant au cinéma, il fut au départ considéré comme une variété de spectacle de cirque, soumis au contrôle des autorités municipales, avant de faire l'objet d'une police spéciale, inquiète de l'influence qui lui est prêtée sur les mœurs.

1° Spectacles vivants

188. – **Régime du théâtre.** – Sorti du domaine de la liberté d'expression, constitutionnellement garantie, par les tribunaux (procès consécutif à l'interdiction du « Roi s'amuse » de Victor Hugo en 1832), le théâtre est l'objet, au cours du dix-neuvième siècle, de législations alternant suppression et rétablissement de la censure (V. l'historique dans C.-A. Colliard, *Libertés publiques* : 6^e éd., Dalloz, 1982, p. 619 s.), y compris au début de la Troisième République où prévaut un régime défini par une circulaire du ministre de l'instruction publique de 1887 : une pièce non autorisée à Paris ne peut être représentée en France, les préfets étant libres d'interdire dans le ressort de leur département, s'ils l'estiment utile, les pièces autorisées à Paris (Colliard, *op. cit.*, p. 624). C'est par suppression des crédits nécessaires au fonctionnement de la Commission d'examen des ouvrages dramatiques que la censure sera abolie, à l'occasion de l'examen du budget (L. fin. 7 juin 1906).

189. – Il fallut cependant attendre l'ordonnance du 13 octobre 1945 relative aux spectacles pour que l'abolition de la censure théâtrale fût consacrée par un texte. À compter de cette date, le théâtre est assimilé à la presse quant au régime de liberté dont il jouit. Mais le fait qu'il s'agit d'une représentation devant un public assemblé facilite l'exercice des pouvoirs de police générale : si une ou des représentations risquent d'entraîner des troubles à l'ordre public, en raison, par exemple, de l'hostilité qu'ils suscitent, il appartient aux autorités en charge de l'ordre public (le maire au niveau de la commune, le préfet à celui du département, voire le premier ministre pour l'ensemble du territoire national) de prendre les mesures propres à le sauvegarder ou à le rétablir, en ayant dûment égard au fait que la liberté d'expression se trouve en jeu. S'appliquent ici les principes posés par la jurisprudence issue de l'arrêt du Conseil d'État du 19 mai 1933 (CE, 19 mai 1933, *Benjamin* : Rec. CE 1933, p. 54) : obligation, pour l'autorité de police, de déployer les effectifs nécessaires pour permettre le déroulement paisible de la représentation, le recours à l'interdiction ne pouvant se justifier qu'à défaut de moyens per-

mettant de maintenir l'ordre autrement. Ces exigences conduisent heureusement à rendre pratiquement impossible, en dehors de situations de type insurrectionnel ou d'incidents locaux d'une gravité exceptionnelle, l'interdiction d'une représentation théâtrale dans notre pays.

190. – La prise en charge de l'activité théâtrale sous forme de service public comme l'obligation, pour les compagnies privées, d'obtenir des subventions publiques comportent des risques de pression divers : nomination de directeurs liés au pouvoir, national ou local, refus de nommer, pour un nouveau mandat, un directeur en place, octroi ou refus de subventions supplémentaires, etc. Un épisode significatif à cet égard est celui de la programmation des « Paravents » de Jean Genet au Théâtre de France en 1966. Indignés par la violence critique de la pièce, des députés de la majorité de l'époque proposèrent, lors de la discussion budgétaire, de réduire le montant des crédits alloués à ce théâtre d'une somme équivalente au coût de ce spectacle. Il fallut l'indignation du ministre, André Malraux (qui déclara : « la liberté n'a pas toujours les mains propres, mais il faut choisir la liberté »), pour que cette tentative de pression sur la direction d'un établissement prestigieux échouât.

191. – **Régime des autres spectacles vivants.** – Depuis la loi du 18 mars 1999, l'exigence d'une autorisation préalable du maire qui résultait, pour les spectacles dits « de curiosités », de l'article 13 de l'ordonnance du 13 octobre 1945 relative aux spectacles a été abrogée. Il y a unification du régime applicable « aux spectacles vivants produits ou diffusés par des personnes qui, en vue de la représentation en public d'une œuvre de l'esprit, s'assurent la présence physique d'au moins un artiste du spectacle percevant une rémunération ». Cette activité est désormais libre, quel que soit le type de spectacle dont il s'agit. Il est significatif que la matière ne soit plus désormais traitée par les textes que sous l'angle de la police des établissements recevant du public ou sous celui de la réglementation de l'activité d'entrepreneur de spectacles vivants, que l'ordonnance du 12 mars 2007 a transférée aux articles L. 7122-1 et suivants du Code du travail.

Ici encore, c'est de la police administrative générale que les spectacles vivants relèvent, avec application du régime issu de la jurisprudence « Benjamin » (citée supra n° 189), que préfigurait, sous le régime de l'autorisation du maire, l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 11 juillet 1975 (CE, ass., 11 juill. 1975, *Clément et Assoc. défense culture et musique contemporaine* : Rec. CE 1975, p. 427 ; AJDA 1975, p. 564, chron. Boyon et Nauwelaers).

2° Régime du cinéma

192. – **Police spéciale du cinéma : un régime d'autorisation au niveau national.** – Considéré à l'origine comme un spectacle de curiosités soumis à autorisation du maire (CE, 3 avr. 1914, *Astaix, Kastor et a.* : Rec. CE 1914, p. 447), le cinéma n'a pas tardé à voir son importance reconnue, ce qui a suscité un réflexe de centralisation de la censure assez proche de celui qui avait cours jadis pour le théâtre (V. supra n° 188). Domine, en ce qui

concerne le cinéma, l'idée que les scènes qu'il donne à voir risquent de susciter, chez les plus fragiles des spectateurs, des comportements identiques. Prévention du crime et défense de la morale sont à l'origine d'un puissant mouvement légitimant la censure. Le modèle en demeure certainement le fameux « code Hays », longtemps en vigueur aux États-Unis, qui indiquait avec force détails ce qu'il était permis ou non de montrer (« La sainteté de l'institution du mariage et du foyer ne doit jamais être perdue de vue. Les films ne doivent jamais laisser penser que les formes réalistes des relations amoureuses sont la loi commune. (...) La nudité totale n'est jamais autorisée. Cette interdiction s'applique aussi bien à la nudité présentée directement que sous forme de silhouette, ainsi qu'à tout élément licencieux et suggestif », cité in Ph.-J. Maarek, *La censure cinématographique : Litec*, 1982, p. 127).

193. – Institué en 1916, puis en 1919, l'octroi d'un visa ministériel est repris par une ordonnance du 13 juillet 1945, ensuite codifiée et plusieurs fois modifiée. L'article 19 du Code de l'industrie cinématographique énonce : « *La représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention de visas délivrés par le ministre chargé du cinéma* », la mise en circulation ou la représentation d'une œuvre cinématographique sans visa d'exploitation ou en violation des conditions dont aurait été assorti l'octroi du visa étant pénalement punissable (*C. ind. cin.*, art. 22). Seule la projection publique des films est concernée par ce dispositif, à l'exclusion des formes de diffusion qui débouchent sur une utilisation privée (cassettes vidéo, vidéodisques, diffusion en ligne...).

194. – C'est le décret du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du Code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques qui régit actuellement la matière. Le système est un système d'autorisation préalable des films par le ministre chargé de la culture, après avis d'une commission de classification des œuvres cinématographiques. On remarquera l'euphémisation du pouvoir de censure qui demeure confié au ministre (une mesure d'interdiction totale de la représentation de l'œuvre peut intervenir) : il n'y a officiellement qu'une « classification » des films... Composée d'un président et de vingt-sept membres titulaires, la commission de classification est subdivisée en quatre collèges : les représentants des ministères intéressés, le collège des professionnels, celui des experts et celui des jeunes. Elle propose au ministre de prendre à l'égard du film une des mesures suivantes : autorisation pour tous publics de la représentation de l'œuvre, interdiction de la représentation aux mineurs de douze ans, interdiction de la représentation aux mineurs de seize ans, interdiction de la représentation aux mineurs de dix-huit ans pour les œuvres comportant des scènes de sexe non simulées ou de très grande violence mais qui, par la manière dont elles sont filmées et la nature du thème traité, ne justifient pas une inscription sur la liste prévue à l'article 12 de la loi du 30 décembre 1975, inscription sur ladite liste entraînant de plein droit l'interdiction aux mineurs de dix-huit ans, interdiction totale. Au vu de cet avis, il appartient au ministre chargé de la culture de décider. Il peut demander une nouvelle délibération de la commission, au vu des éléments qu'il expose, et doit le faire s'il envisage de prendre une mesure plus rigoureuse que celle proposée par elle. Toute décision comportant restriction à la diffusion du film doit être motivée. L'affichage d'un avertissement destiné à l'information des spectateurs sur le contenu de l'œuvre ou ses particularités peut être imposé aux exploitants du film, à l'initiative du ministre ou sur proposition de la commission. Les restrictions ordonnées doivent être mentionnées dans les annonces et le

matériel publicitaire du film ainsi que sur les vidéogrammes dont il ferait l'objet.

195. – La politique des pouvoirs publics en la matière a beaucoup évolué à partir du milieu des années 1970. Alors qu'auparavant, les décisions d'interdiction totale n'étaient pas rares (V. ainsi l'interdiction prononcée à l'encontre du film de J. Rivette, « Suzanne Simonin, La Religieuse de Diderot » – « Si ce n'était prodigieusement sinistre, ce serait prodigieusement beau et émouvant de voir un ministre UNR de 1966 avoir peur d'un esprit encyclopédique de 1789 », écrit Jean-Luc Godard), M. Giscard d'Estaing donna instruction au ministre de la Culture, Michel Guy, de « libéraliser le cinéma » et d'éviter les mesures d'interdiction totale (J.-L. Douin, *Dictionnaire de la censure au cinéma* : PUF, 1998, p. 199), politique qui prévalut depuis lors. Cette même année, l'Assemblée du Conseil d'État rendit un arrêt annulant la décision d'interdiction qui avait frappé « La Religieuse » au terme d'un raisonnement consacrant un contrôle entier sur les décisions prises par le ministre, ce qui implique la reconnaissance de l'existence d'une véritable liberté cinématographique, nonobstant le régime d'autorisation préalable applicable aux films (*CE, ass.*, 24 janv. 1975, *Min. information c/ Sté Rome-Paris Films* : *Rec. CE* 1975, p. 37 ; *RD publ.* 1975, p. 286, *concl. Rougevin-Baville* ; *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 350, *chron. J. Mourgeon*).

196. – De la volonté d'éviter les interdictions témoigne précisément, d'une manière qui pourra apparaître paradoxale, la mise en place d'un régime spécifique aux films pornographiques ou d'incitation à la violence (dits « films classés X »). Les films faisant l'objet d'un tel classement sont interdits aux mineurs de dix-huit ans et soumis à diverses vexations (confinement dans des salles spécialisées, exclusion du bénéfice des subventions publiques, régime fiscal défavorable). Le juge administratif exerce également un contrôle entier sur les décisions de classement dans cette catégorie (*CE*, 13 juill. 1979, *Sté Les Comptoirs français du film* : *Gaz. Pal.* 1981, 1, p. 321, *concl. Genevois*).

197. – Les pouvoirs publics font désormais preuve d'un grand libéralisme en la matière (du 1^{er} mars 2006 au 28 février 2007, sur 1087 films visionnés, 1031 ont été autorisés pour tous les publics, dont 50 avec avertissement, 39 interdits aux moins de 12 ans, 16 aux moins de 16 ans, 1 aux moins de 18 ans, selon le rapport annuel de la commission de classification : *Le Monde* 1^{er} août 2007, p. 20). À l'occasion de discussions soulevées en 1985 par le film de Jean-Luc Godard, « Je vous salue Marie », dont certains milieux demandaient l'interdiction, le ministre de la Culture, Jack Lang, déclara : « Seules les scènes de violence peuvent justifier ce genre de décision si elles bouleversent la sensibilité de jeunes ou d'enfants », tandis que son prédécesseur, Michel Guy, estima : « La censure est une absurdité qui se retourne toujours contre ceux qui l'exercent. Enfin, chacun est libre de voir ou de ne pas voir ce film » (*Le Monde* 26 janv. 1985, p. 13).

198. – **Recours contre des autorisations accordées à des films.** – Certaines associations tentèrent alors de faire prévaloir un point de vue contraire, devant le juge civil des référés ou auprès de la juridiction administrative. Le film de Godard fit ainsi l'objet d'une saisine du Tribunal de grande instance de Paris, au nom d'une atteinte aux consciences qu'il incomberait au juge des référés d'empêcher. L'ordonnance, fort bien motivée, rejette cette demande d'interdiction du film au nom de la liberté du réalisateur, du producteur et du distributeur du film « de soumettre une œuvre à la critique et à la sanction du spectateur individuel

qui prend l'initiative, en payant un billet d'entrée, d'engager un colloque singulier avec ladite œuvre » et ajoute qu'« il doit en être ainsi notamment lorsque le spectateur individuel sait que l'œuvre relève du cinéma d'auteur et qu'il prend, par avance, le risque d'en accepter, sinon d'en subir, le caractère provocant ou même choquant pour ce qui forme le fond intime de ses croyances » (*TGI Paris, réf., 28 janv. 1985 : D. 1985, jurispr. p. 129, note R. Lindon*).

199. – Quant à lui, le Conseil d'État a dû juger de recours pour excès de pouvoir dirigés contre l'octroi par le ministre du visa d'exploitation à certains films. Le juge administratif a choisi d'exercer en l'occurrence un contrôle entier, alors même qu'étaient attaqués des actes favorables à l'exercice de la liberté d'expression, à l'inverse de la solution qu'il adoptera à propos de l'application de la loi sur les publications constituant un danger pour la jeunesse (*V. supra n° 184*). L'arrêt du 9 mai 1990 (*CE, 9 mai 1990, Pichène : Rec. CE 1990, p. 116*) rejette le recours dirigé contre l'octroi du visa au film de Martin Scorsese, « La dernière tentation du Christ », en relevant « qu'il résulte de l'instruction que, eu égard aux situations présentées et aux comportements des personnages, tels qu'ils sont exprimés dans le film dont s'agit, la projection de ce dernier ne comporte pas une atteinte grave aux consciences » (*V. aussi CE, 9 mai 1990, de Bénouville : Rec. CE 1990, p. 117, rejetant le recours dans une affaire mettant en cause la Résistance, l'arrêt soulignant que les événements en cause avaient déjà donné lieu à d'amples débats publics*). En revanche, dans une affaire qui concernait le film « Baise-moi », le Conseil d'État a donné gain de cause à l'association requérante et annulé l'arrêt interdisant le film aux mineurs de 16 ans, au motif que le film, « composé pour l'essentiel d'une succession de scènes de grande violence et de scènes de sexe non simulées », en l'absence d'un propos dans lequel celles-ci pourraient trouver leur justification, « constitue ainsi un message pornographique et d'incitation à la violence susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs et qui pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal » et aurait dû, à ce titre, être classé X, dès lors que le texte applicable à l'époque ne permettait pas de prononcer une interdiction aux mineurs de dix-huit ans indépendamment d'un tel classement (*CE, sect., 30 juin 2000, Assoc. Promouvoir et Épx Mazaudier et a. : Rec. CE 2000, p. 265, concl. contraires Honorat*). Le contrôle se fait en l'espèce extrêmement approfondi (l'enjeu de l'affaire se ramenait à la question de savoir si les mineurs ayant entre 16 et 18 ans pouvaient assister ou non à une projection publique de ce film) et le Conseil d'État se montre particulièrement réceptif à la revendication de milieux systématiquement hostiles à la liberté d'expression.

On relèvera que, de son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a manifesté un scepticisme marqué envers les associations qui prétendent s'ériger en gardiennes d'intérêts généraux (*CEDH, 31 janv. 2006, Giniowski c/ France, § 48, à propos de l'Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne ayant intenté une action en diffamation pour défendre l'Église catholique, voire la chrétienté en général*). En d'autres occasions, le Conseil d'État a rejeté des recours aux finalités identiques ou semblables (*CE, 14 juin 2002, Assoc. Promouvoir : Rec. CE 2002, p. 218, à propos du même film, interdit aux mineurs de 18 ans, mais sans classement X, après modification du décret de 1990 pour tenir compte de l'arrêt du 30 juin 2000 et, précédemment, CE, 4 oct. 2000, Assoc. Promouvoir : Rec. CE 2000, p. 388, à propos du film « Fantômes », dont la qualité esthétique est prise en compte*).

200. – **Possibilité d'intervention de la police générale au niveau local.** – L'application de la théorie classique du concours des polices a pour conséquence que l'existence d'une police spéciale au niveau national ne paralyse pas les pouvoirs de police générale que détiennent le maire ou le préfet, pourvu que leur exercice se traduise par des mesures plus rigoureuses que celle

prise au niveau national et qu'interviennent des considérations suffisamment liées à l'échelon territorial en cause. L'arrêt de Section du Conseil d'État du 18 décembre 1959 (*CE, sect., 18 déc. 1959, Sté « Les Films Lutétia et Synd. français des producteurs et exportateurs de films » : Rec. CE 1959, p. 693 ; S. 1960, p. 94, concl. contraires Mayras ; D. 1960, jurispr. p. 171, note P. Weil*) pose qu'en tant que responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, un maire peut « interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé mais dont la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral du film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public ». Les conditions d'exercice du pouvoir de police local sont clairement circonscrites : il faut soit des troubles matériels suffisamment sérieux, soit, en l'absence de mise en péril de l'ordre public matériel, des « circonstances locales » qui doivent impérativement s'ajouter au constat de l'immoralité du film. Dans l'arrêt de 1959, le Conseil d'État admet que la seconde condition était remplie, alors pourtant que son commissaire du Gouvernement estimait que le maire de Nice « n'invoque (...) aucun fait précis, ne justifie d'aucune circonstance locale particulière » (cas de figure identique dans *CE, sect., 9 mars 1962, Sté nouvelle Éts Gaumont : Rec. CE 1962, p. 162 ; AJDA 1962, p. 370, concl. contraires Gand*). Dans les années qui suivirent, il se montra particulièrement compréhensif pour les autorités locales, retenant comme circonstances locales :

– « la forte vague de protestations émanant d'ailleurs des milieux les plus différents de la ville » que le caractère immoral du film aurait « suscité(e) localement » (*CE, sect., 4 mai 1962, Ville de Montpellier : Rec. CE 1962, p. 299. – CE, sect., 4 mai 1962, Ville de Calais : Rec. CE 1962, p. 300. – CE, ass., 19 avr. 1963, Ville de Salon-de-Provence : Rec. CE 1963, p. 228. – CE, ass., 19 avr. 1963, Ville de Marseille : AJDA 1963, p. 375*) ;

– « la composition particulière » de la population de la ville (*CE, ass., 19 avr. 1963, Ville de Senlis : AJDA 1963, p. 374*) ;

– « l'attitude prise par diverses personnalités représentant les différents milieux de la population » (*CE, ass., 19 avr. 1963, Ville de Saverne : AJDA 1963, p. 375*).

Ces décisions, qui conduisent souvent, en réalité, à la dissolution de l'exigence des circonstances locales, ont été suivies d'autres, qui, tout en réaffirmant la jurisprudence en question, se sont montrées plus soucieuses de rétablir la rigueur sur ce point (*CE, 23 févr. 1966, Sté Franco-London Film et Sté « Les Films Gibe » : JCP G 1966, II, 14608, concl. Rigaud. – CE, 26 juill. 1985, Ville d'Aix-en-Provence c/ Sté Gaumont distribution et a. : Rec. CE 1985, p. 236 ; RFD adm. 1986, p. 439, concl. Genevois*).

201. – **Cas particulier des affiches publicitaires pour les films.** – Par contraste avec la solution qui a été adoptée pour ce qui concerne l'œuvre cinématographique elle-même, fondée sur la liberté du spectateur, dûment éclairé, d'aller ou non voir le film (*V. supra n° 192 à 199*), le juge civil des référés a été sensible au fait qu'une affiche publicitaire, dont le propos est de s'imposer à la vue de passants qui n'ont pas choisi d'y être exposés, peut constituer « un acte d'intrusion agressive et gratuite dans le tréfonds intime des croyances » de ceux-ci (*TGI Paris, réf., 23 oct. 1984 : D. 1985, jurispr. p. 31, note R. Lindon*). L'interdiction d'une affiche en référé est ainsi subordonnée à une double condition : l'agressivité et la gratuité. La première condition se rapporte à la conscience du spectateur involontaire, heurté dans ses convictions intimes, tandis que la seconde a trait à la relation entre l'affiche et le produit, ici le film – mais la portée de la solution est générale – auquel elle se rapporte. Sur ce dernier point, on peut opposer la solution adoptée dans l'affaire précitée (enlèvement ordonné d'affiches concernant le film « Ave Maria », qui représentaient une jeune femme dénudée attachée à une croix, alors que l'image était absente du film et constituait ainsi, pour le tribunal, une forme de « raccrochage publicitaire ») et le rejet

opposé aux demandeurs dans d'autres cas (*TGI Paris, réf., 20 févr. 1997 : LPA, n° 24, 1997, 10, note Gras*, à propos d'une affiche concernant le film « Larry Flint » de Forman, non dépourvue de lien avec le film et différant nettement de l'image de la

Crucifixion. – *TGI Paris, 21 févr. 2002 : Légipresse, n° 192, 2002, III, 105*, à propos d'une affiche pour « Amen » de Costa-Gavras, jugée refléter le propos du film sans volonté de provocation).

C. – Communication audiovisuelle

202. – Considérée à ses débuts comme une invention amusante, la radio intéressa rapidement les pouvoirs et devint bientôt un instrument de propagande très prisé, qui conduisit à l'établissement d'un monopole public, en France comme dans de nombreux pays. Celui-ci, étendu tout naturellement à la télévision, fut ensuite farouchement défendu contre ses adversaires à la fin des années 1970, avant de céder la place à un régime de coexistence d'un secteur public et d'un secteur privé. L'emprise du pouvoir exécutif sur l'audiovisuel est traditionnellement forte en France – un téléphone direct a longtemps relié le directeur de la Radio-Télévision française au bureau du ministre chargé de l'information... – et s'exacerba sous les présidences du général de Gaulle (« La presse est contre moi, la télévision est à moi », aurait-il dit à Peyrefitte) et de Georges Pompidou (auquel on doit la formule faisant de la télévision « la voix de la France »).

203. – Les tentatives de susciter du pluralisme au sein même de la structure publique s'avérant vaines, il fallut tout à la fois abolir le monopole public de la radiodiffusion (abolition rendue irréversible par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point, *CEDH, 24 nov. 1993, Informationsverein Lentia c/ Autriche : D. 1995, jurispr. p. 161, note P. Wachsmann*) et mettre en place un organe indépendant chargé de soustraire ce secteur à l'influence du président et du gouvernement. La tentative n'alla pas sans mal, comme le montre la succession, au rythme précipité des alternances, de trois lois, celle du 29 juillet 1982, qui met au monopole public un terme définitif, celle du 30 septembre 1986, qui accentue le rôle de l'autorité indépendante et accroît le poids du secteur privé, celle du 17 janvier 1989 qui établit l'autorité administrative indépendante, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui ne sera plus remise en cause par la suite. Mais les lois ne cesseront de se multiplier en la matière, sous la pression des innovations techniques (la télévision numérique terrestre, par exemple) auxquelles il est indispensable de donner un cadre juridique, donnant à la législation applicable une grande complexité. Comme on l'a indiqué (*V. supra n° 164*), la loi de 1986 s'applique désormais à l'ensemble des moyens de communication au public par voie électronique, dont la communication audiovisuelle n'est que la modalité la plus traditionnelle.

204. – **Particularisme de la matière.** – Les données qui président à la communication audiovisuelle impriment au droit qui lui est applicable une forte spécificité : des solutions normalement incompatibles avec la liberté d'expression seront ici admises. C'est ce qui résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1982, loi sur la communication audiovisuelle, qui énonce que la liberté de communication des pensées et des opinions doit être conciliée, « en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise », avec « d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ». La

décision du 27 juillet 2000, loi modifiant la loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication, ajoute aux considérations techniques à la lumière desquelles doivent s'opérer les choix du législateur les « nécessités économiques d'intérêt général », manière pudique de prendre acte de ce que les enjeux financiers, considérables, sont devenus prédominants en la matière.

205. – Le particularisme de la communication audiovisuelle tient d'abord aux conditions techniques dans lesquelles elle s'exerce, soit à un phénomène de rareté qui oblige à une allocation des ressources par les autorités publiques, d'ailleurs responsables au regard du droit international de la gestion des bandes de fréquences hertziennes attribuées à la France. En conséquence, la mise en place d'un régime d'autorisation se justifiera, tandis qu'elle est d'ordinaire incompatible avec l'article 11 de la Déclaration de 1789 (*V. supra n° 168*). Mais ces concessions ne valent qu'autant que le commandent les contraintes techniques pertinentes, comme le confirme la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2000 (*citée supra n° 204*), qui juge conforme à la Constitution la différence de régime établie par la loi sous examen entre les opérateurs distribuant par câble les services de radiodiffusion sonore et de télévision, qui restent soumis à un régime d'autorisation préalable, et les distributeurs de services mettant à la disposition du public, par satellite, une offre de services de communication audiovisuelle incluant les précédents, assujettis à une simple obligation de déclaration préalable auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Notant les différences de situation « dans les circonstances actuelles » entre les deux procédés de diffusion des services en cause, le Conseil relève que « le législateur a sensiblement rapproché les régimes juridiques applicables aux deux modes de distribution, tout en tirant les conséquences d'une différence de situation en rapport direct avec l'objectif de préservation du pluralisme qu'il s'est assigné ». Une analyse semblable est utilisée lorsqu'il s'agit d'apprécier la constitutionnalité des différences faites, à propos des règles régissant la concentration des entreprises, entre les opérateurs utilisant la diffusion analogique et ceux utilisant la diffusion numérique : le Conseil se fonde sur « la disponibilité plus grande de la ressource radioélectrique pour la diffusion numérique ».

206. – Ce particularisme tient également à l'influence propre aux médias audiovisuels : omniprésents, voire envahissants, dans la vie quotidienne de beaucoup, ils empoignent les affectivités, conditionnent les opinions, modèlent les comportements et ce, alors même que leur consommation ne relève pas nécessairement d'un choix délibéré, à l'inverse de ce que l'on constate pour le livre, le journal ou le film. La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que l'impact particulier des médias audiovisuels justifie que leur soient appliquées des mesures qui ne pourraient être tolérées pour d'autres médias (*CEDH, 10 juill. 2003, Murphy c/ Irlande, § 74. – CEDH, 30 mars 2004, Radio France c/ France, § 39. – CEDH, 21 sept. 2006, Monnat c/ Suisse, § 68*).

207. – **Définition des principes régissant la matière.** – En réaction par rapport à la situation antérieure au démantèlement du monopole public, la loi proclame la liberté de la communication au public par voie électronique et s'est efforcée de faire prévaloir pluralisme et transparence dans le secteur de l'audiovisuel, objectifs que le Conseil constitutionnel a revêtus du sceau constitutionnel, en insistant, dans sa décision du 18 septembre 1986, loi relative à la liberté de communication (*Cons. const., déc. n° 86-217 DC, 18 sept. 1986 : AJDA 1987, p. 102, note P. Wachsmann*), sur le fait que « le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie » et en précisant, reprenant et adaptant les principes dégagés à propos de la presse (*V. supra n° 172 à 175*), énonçant que cela implique que le public soit à même de disposer « aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ». Cette approche ne fait pas seulement résulter l'effectivité du pluralisme de la coexistence d'un secteur privé et d'un secteur public, mais en impose aussi le respect à l'intérieur de chacun des deux secteurs. C'est la responsabilité du législateur que de définir les conditions de réalisation de ce pluralisme, celle de l'autorité administrative indépendante mise en place par lui à cette fin que d'en assurer le respect par les différents opérateurs, comme l'énonce l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

208. – **Secteur public.** – À l'heure actuelle, et après bien des variations, il est composé de Radio-France et de France-Télévisions, cette dernière regroupant quatre sociétés nationales de programme, France 2, France 3, France 5 et Réseau France outre-mer. De plus, chaque assemblée parlementaire a créé une société de programmes, chargée de produire et faire diffuser un programme de présentation et de compte-rendu de ses travaux. Les deux sociétés sont regroupées, sur une base strictement paritaire, au sein de la Chaîne parlementaire. Quant à ARTE, il s'agit d'une chaîne culturelle européenne, constituée sous la forme d'un groupement d'intérêt économique, dont la création résulte d'un traité du 2 octobre 1990, ARTE-France étant chargée de concevoir et fournir les programmes et moyens nécessaires à l'exercice de ses missions.

209. – Le pouvoir de nomination des responsables du secteur public a été conféré à l'autorité administrative indépendante dès la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle – à l'époque à la Haute Autorité de la communication audiovisuelle. Il était destiné à marquer symboliquement le fait que l'exécutif renonçait à la mainmise qu'il avait, jusque-là, exercée sur ce secteur. Dans les premiers temps, l'émancipation affichée s'avéra difficile à soutenir : l'enjeu politique de la question était tel que ni la Haute Autorité (1982), ni la Commission nationale de la communication et des libertés (1986), ni le Conseil supérieur de l'audiovisuel (1989) à ses débuts ne purent conjurer la malédiction appelant à la désignation d'un responsable de l'audiovisuel public qui ait le soutien, ou du moins l'agrément, du Gouvernement et vouant celui qui aurait été désigné contrairement à ce principe à l'impuissance, faute que lui soient concédés les moyens financiers indispensables à son action (M. Ph. Guillaume en fit l'amère expérience). L'écoulement du temps semble avoir rendu la question un peu moins aiguë. Il faut relever qu'en raison du principe de séparation des pouvoirs, le CSA n'a pas le pouvoir de nomination des dirigeants des chaînes parlementaires : leurs dirigeants sont nommés pour trois ans par les bureaux des assemblées sur proposition de leur président.

210. – **Secteur privé.** – Certaines radios privées s'étaient constituées en violation délibérée du monopole public dans les dernières années du septennat de V. Giscard d'Estaing. C'est la loi du 9 novembre 1981 qui, sans attendre l'abolition du monopole public, permet que des radios privées soient autorisées, à

condition qu'il s'agisse d'associations, que la zone de couverture n'excède pas 30 kilomètres et qu'il ne soit pas recouru à la publicité. Ces contraintes seront progressivement levées. L'autorité administrative indépendante est chargée de veiller au respect du pluralisme dans l'octroi de ces autorisations, d'abord accordées, après appel aux candidatures, pour une période de cinq ans, et qui peuvent être renouvelées deux fois pour une durée équivalente, hors appel aux candidatures (le double renouvellement est quasiment un droit et ne peut être remis en cause que dans le respect du principe du contradictoire et pour des motifs dont la juridiction administrative contrôle attentivement le sérieux).

211. – L'autorisation de télévisions privées avait d'abord été organisée sous la forme de concessions de service public, sans d'ailleurs que l'intervention de l'autorité indépendante ait été prévue. La première chaîne de télévision privée ainsi autorisée fut Canal plus en 1983, qui mélangeait programmes en accès libre et programmes dont la réception est subordonnée au paiement d'un abonnement. L'attribution des 5^e et 6^e chaînes eut lieu dans la précipitation, à la veille des élections législatives et sous la critique véhémement de l'opposition qui indiqua qu'elle remettrait en cause cette décision si elle remportait les élections, ce qui advint. La révocation des deux concessions fut, elle aussi, faite à la hâte, ce qui conduisit à une annulation contentieuse de la décision d'y procéder. Du moins la réforme réalisée par la loi de 1986 attribua-t-elle à l'autorité indépendante le pouvoir d'accorder les autorisations en matière de télévision également. Lui fut par ailleurs confiée la privatisation de la première chaîne. Les décisions concernant les télévisions privées se prennent après mise en concurrence des candidats, dont les projets sont examinés au cours d'une audition publique. Les autorisations sont accordées pour une durée initiale de dix ans, reconductible une fois pour une durée de cinq ans, hors appel aux candidatures.

212. – **Régulation du secteur de l'audiovisuel par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.** – Le pouvoir de régulation actuellement confié au Conseil supérieur de l'audiovisuel s'entend du pouvoir de veiller au respect des principes dont l'article 3-1, alinéa 2, de la loi du 30 septembre 1986 lui confie la garde : « *Il assure l'égalité de traitement ; il garantit l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la radio et de la télévision ; il veille à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services ; il veille à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises. Il peut formuler des propositions sur l'amélioration de la qualité des programmes* ». Le dessein est ambitieux et la qualité de ce que l'on voit et entend à la radio et à la télévision conduit à douter fortement de sa réalisation – la citation, par le législateur, du titre de l'essai de du Bellay, par exemple, apparaît bien présomptueuse...

213. – Les moyens par lesquels le Conseil est mis à même de s'acquitter de sa mission sont très divers, s'ils ne peuvent comporter l'exercice d'un pouvoir réglementaire comparable par son étendue à celui que l'article 21 de la Constitution confie au premier ministre (*Cons. const., 18 sept. 1986, déc. n° 86-217 DC : Rec. Cons. const. 1986, p. 141*, loi relative à la liberté de communication. – et *Cons. const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC : Rec. Cons. const. 1989, p. 18*, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication) : avis, recommandations, nomination, choix des titulaires d'autorisation, actes contractuels conclus avec les opérateurs, mises en demeure, saisine de juridictions, sanctions... S'agissant de l'édiction de ces dernières, le Conseil constitutionnel a admis, dans sa décision du 17 janvier 1989, qu'elle puisse procéder d'une autorité administrative, en indiquant que la loi peut « sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté

de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ». Il a toutefois exigé que ces pouvoirs soient assujettis aux principes constitutionnels applicables à la répression pénale : respect des droits de la défense, absence d'automatisme des sanctions, motivation des décisions, proportionnalité des mesures ordonnées à la gravité des manquements constatés, non-cumul des répressions, possibilité d'intenter, à l'encontre des décisions prises, un recours juridictionnel suffisamment protecteur des intérêts de la personne sanctionnée (la décision du 17 janvier 1989 relève, à cet égard, que le recours prévu est un recours de pleine juridiction, que le sursis à exécution peut toujours être demandé et que le recours a un caractère suspensif lorsque est prononcée la mesure la plus grave, celle du retrait de l'autorisation accordée).

214. – La loi du 1^{er} février 1994 a permis au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'exercer aussi son pouvoir de sanction à l'encontre des sociétés nationales de programme, ce qui conforte d'une manière importante son autorité de régulation sur l'ensemble du secteur de l'audiovisuel.

215. – Aux termes des articles 42 et 42-1 de la loi du 30 septembre 1986, les mises en demeure et les sanctions prononcées peuvent se fonder sur une méconnaissance des principes définis par les articles 1^{er} et 3-1 de la loi (V. ainsi *CE*, 20 mai 1996, *Sté Vortex* : *Juris-Data* n° 1996-050586 ; *Rec. CE* 1996, p. 189, atteinte à la dignité de la personne humaine et à la sauvegarde de l'ordre public, mentionnés à l'article 1^{er} de la loi de 1986, un animateur s'étant réjoui de la mort d'un policier tué par des malfaiteurs. – *CE*, 9 oct. 1996, *Assoc. « Ici et Maintenant »* : *Juris-Data* n° 1996-050726 ; *Rec. CE* 1996, p. 401, atteinte à la dignité de la personne humaine, des propos racistes et antisémites ayant été proférés à plusieurs reprises par des auditeurs) ou des obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires (V. ainsi *CE*, sect., 10 juill. 1995, *Sté Télévision française 1 [TF1]* : *Rec. CE* 1995, p. 299, méconnaissance de l'obligation,

posée par un décret de 1990, de diffuser annuellement, aux heures de grande écoute, un certain nombre d'œuvres audiovisuelles d'expression originale française), celles résultant des termes de la convention conclue avec l'opérateur ou de recommandations édictées par le Conseil leur étant assimilées (V. ainsi *CE*, 14 juin 1991, *Assoc. Radio Solidarité* : *Juris-Data* n° 1991-044255 ; *Rec. CE* 1991, p. 232, dépassement de la puissance maximale fixée par l'autorisation d'usage de fréquence. – *CSA*, 31 janv. 2006 : *JO* 12 avr. 2006, infligeant une sanction pécuniaire de 50 000 € pour diffusion de propos décrivant de façon crue des pratiques sexuelles en dehors des heures fixées par une recommandation du Conseil).

216. – L'article 42-10 de la loi de 1986 dispose qu'« En cas de manquement aux obligations résultant des dispositions de la présente loi et pour l'exécution des missions du Conseil supérieur de l'audiovisuel, son président peut demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui en est responsable de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets. (...) La demande est portée devant le président de la section du contentieux du Conseil d'État qui statue en référé et dont la décision est immédiatement exécutoire. Il peut prendre, même d'office, toute mesure conservatoire et prononcer une astreinte pour l'exécution de son ordonnance ». Cette procédure, qui peut s'appliquer à la méconnaissance des obligations imposées par l'autorité indépendante, par voie contractuelle ou unilatérale, en vertu des pouvoirs que la loi lui confère (*CE*, réf., 27 mars 2003, *CSA* : *Juris-Data* n° 2003-065906 ; *Rec. CE* 2003, p. 153, mesures rentrant dans le cadre du déploiement de la télévision numérique terrestre), possède tout à la fois l'efficacité et la souplesse propres au référé administratif (V. ainsi, à propos des difficultés soulevées par la retransmission, à destination de la France, d'émissions antisémites sur la chaîne *Al Manar*, *CE*, 20 juill. 2004, *CSA* : *Rec. CE* 2004, p. 357. – *CE*, 13 déc. 2004, *Prés. CSA* : *Juris-Data* n° 2004-067681 ; *Rec. CE* 2004, p. 456).

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages. – G. BARBIER, Code expliqué de la presse : 2^e éd., par P. Matter et J. Rondelet, Marchal et Godde, 1911. – D. DE BELLECIZE et L. FRANCESCHINI, Droit de la communication : *PUF, Thémis*, 2005. – H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO et J. BOINET, Droit de la presse : *Litec*, 1996, mise à jour annuelle. – C.-A. COLLIARD, Libertés publiques : 6^e éd., *Dalloz*, 1982, p. 521-711. – T. CRÉPIN et T. GROENSTEEN, « On tue à chaque page ». La loi de 1949 sur les publications destinées à la jeunesse : *Éd. Du Temps et Musée de la bande dessinée*, 1999. – C. DEBBASCH, H. ISAR et X. AGOSTINELLI, Droit de la communication : *Dalloz, Précis*, 2002. – G. DECLERCQ, M. MURAT et J. DANGEL (ss. dir.), La parole polémique : *Honoré Champion*, 2003. – E. DERIEUX, Droit de la communication : 3^e éd., *LGDJ*, 1999. – J.-L. DOUIN, Dictionnaire de la censure au cinéma : *PUF*, 1998. – E. DREYER, Droit de l'information. Responsabilité pénale des médias : *Litec*, 2002. – R. DUMAS, Le droit de l'information : *PUF, Thémis*, 1981. – B. DE LAMY, La liberté d'opinion et le droit pénal : *LGDJ, Bibl. des sciences criminelles*, 2000. – Ph.-J. MAAREK, La censure cinématographique : *Litec*, 1982. – R. PINTO, La liberté d'information et d'opinion en droit international : *Économica*, 1984. – S. REGOURD, Droit de la communication audiovisuelle : *PUF, Droit fondamental*, 2001. – G. TILLEMENT, Le droit de critique et le droit pénal : *Thèse dactyl.*, Université Nancy II, 1991, 2 t. – Censures, De la Bible aux larmes d'Eros : *Bibliothèque publique d'information, Centre Georges Pompidou*, 1987. – Censure, Quand

l'art fait scandale : *Beaux-Arts*, n° 109, 1993. – *Juris-Classeur*, Droit de la communication : *LexisNexis*.

Articles. – H. BLIN, L'évolution législative et jurisprudentielle du droit de la presse au cours des vingt ou trente dernières années. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel : *Pedone*, 1975, t. II, p. 299. – J. CARBONNIER, Le silence et la gloire : *D. 1951, chron.* p. 119. – G. COHEN-JONATHAN, La liberté d'expression dans la Convention européenne des droits de l'homme : *Légipresse*, 1994, n° 108, VI, 1 et n° 110, VI, 13. – J.-M. DENQUIN, Liberté d'expression et droit de mentir : *Politeia*, 2006, p. 117. – E. DERIEUX, La loi du 29 juillet 1881 : *RD publ.* 1981, p. 1501. – R. ERRERA, Sur les justes limites de la liberté d'expression : *Esprit* 1990, n° 12, p. 82. – Y. GALLAND, Les obligations des journalistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : *RTDH* 2002, p. 853. – Y. GALMOT, Le contrôle juridictionnel des saisies d'écrits imprimés : *EDCE*, n° 13, 1959, p. 57. – P. LAMBERT, La liberté de la presse, la protection de la réputation d'autrui et la Convention européenne des droits de l'homme : *Liber amicorum Marc-André Eissen, Bruylant et LGDJ*, 1995, p. 271 ; Les restrictions à la liberté de la presse et la marge d'appréciation des États au sens de la jurisprudence de Strasbourg : *RTDH* 1996, p. 143. – R. St J. Mc DONALD, Politicians and the Press : *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag* 1988, p. 361. – J. MAZARS, La liberté d'expression, la loi et le juge. Rapport de la Cour de cassation, 2001, Les liber-

tés : *Doc. frse*, 2001, p. 171. – Y. MENY, Décentralisation et liberté d'expression. L'ordre moral à Clochemerle ? Études offertes à Claude-Albert Colliard : *Pedone*, 1984, p. 559. – J. MORANGE, La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan : *Bruylant*, 2004, t. II, p. 1247. – M. OETHEIMER, La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine : *RTDH* 2007, p. 63. – L. PECH, Conflits de lois et compétence internationale des juridictions françaises : *Jurisclasseur Communication*, Fasc. 3000, 2003. – P. ROLLAND, Du délit d'opinion dans la démocratie française. Études offertes à Jacques Mourgeon : *Bruylant*, 1998, p. 645 ; Sectes, liberté de religion et liberté d'expression (arrêt « Paturel » du 22 décembre 2005), La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2005 : *Cahiers du CREDHO*, *Bruylant*, 2006, p. 131. – M. ROSENFELD, La philosophie de la liberté d'expression en Amérique. Mélanges en l'honneur de Michel Troper : *Economica*, 2006, p. 883. – P. WACHSMANN, La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression : renforcement ou affaiblissement

du contrôle ? Recueil d'études à la mémoire de Gilbert Apollis : *Pedone*, 1992, p. 151 ; Participation, communication, pluralisme : *AJDA* 1998, n° spécial, *Les droits fondamentaux*, p. 165 ; La liberté d'expression et la protection de la vie privée en France. Droits de la personne. Solidarité et bonne foi, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2000 : *Les Éditions Yvon Blais Inc.*, 2000, p. 321 ; « Une certaine marge d'appréciation ». Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression. Mélanges en hommage à Pierre Lambert : *Bruylant*, 2000, p. 1017 ; La polémique face au droit de la presse, in *La parole polémique* (G. Declercq, M. Murat, J. Dangel, dir.) : *Honoré Champion*, 2003, p. 297. – Revue trimestrielle des droits de l'homme, Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie : *RTDH n° spécial*, 2001, p. 269. – Jurisprudence du Conseil constitutionnel et libertés de la pensée, Rapport du Conseil constitutionnel à la X^e conférence des cours constitutionnelles européennes : *RFD adm.* 1996, p. 639.