



HAL
open science

La liberté d'expression s'invite dans la constitution des infractions de presse

Alice Dejean de La Batie

► **To cite this version:**

Alice Dejean de La Batie. La liberté d'expression s'invite dans la constitution des infractions de presse. Recueil Dalloz, 2019, 25, pp.1431. halshs-03037121

HAL Id: halshs-03037121

<https://shs.hal.science/halshs-03037121>

Submitted on 20 Jul 2024

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

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

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION S'INVITE DANS LA CONSTITUTION DES INFRACTIONS DE PRESSE

**ALICE DEJEAN DE LA BATIE, DOCTEURE EN DROIT, ATER A
L'UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS**

Des propos perdent-ils leur caractère injurieux du seul fait d'être tenus dans un contexte de débat démocratique ? Si l'application du contrôle de proportionnalité, en particulier celui fondé sur l'article 10 de la Convention européenne, aux infractions de presse, est devenue chose courante dans la jurisprudence de la Cour de cassation, l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 7 mai 2019 semble aller encore plus loin. Plutôt que de s'en tenir à une logique justificative, les juges y adoptent une approche constitutive qui fait de la liberté d'expression un obstacle à la caractérisation de l'injure publique.

En l'espèce, à la suite d'un conseil municipal, l'un des conseillers de l'opposition avait envoyé depuis son adresse professionnelle un courrier électronique comportant les phrases « Un conseil à l'image de notre bon maire, qui m'évoque un Chamallow... » et « Il est tout mou et gluant... », ainsi qu'une photographie représentant six confiseries à la guimauve. Poursuivi par le maire pour injure publique envers un représentant de l'autorité publique, il a été relaxé et la partie civile déboutée de ses demandes, au motif non seulement que les termes employés pouvaient être analysés davantage comme une critique de la politique du maire que comme une injure, mais également que ces termes étaient « couverts par la liberté d'expression ».

La solution ne surprend guère, mais le raisonnement qui y conduit laisse songeur. Il semble, à première vue, s'inscrire dans une ligne jurisprudentielle aujourd'hui bien établie d'application du contrôle de proportionnalité fondé sur l'article 10 de la Convention européenne, aux infractions de presse. Cependant, la structure argumentative choisie par les juges étonne : la liberté d'expression semble y jouer le rôle non pas d'un fait justificatif, mais d'un véritable obstacle à la constitution même de l'infraction d'injure publique. La liberté d'expression ne justifie plus la commission d'une injure publique (I), elle l'empêche (II).

I – L'APPROCHE JUSTIFICATIVE DE LA LIBERTE D'EXPRESSION EN MATIERE D'INFRACTIONS DE PRESSE

La première façon de comprendre l'arrêt du 7 mai 2019 serait de considérer que la motivation des juges est en partie superfétatoire. Selon cette approche, les faits de l'espèce n'engagent pas la responsabilité pénale du prévenu pour deux raisons distinctes : d'une part, les propos litigieux ne seraient pas constitutifs d'une injure publique (A), et, d'autre part, ils seraient justifiés par la liberté d'expression (B).

A – L'EXCLUSION DE L'INJURE FAUTE DE CARACTERE PERSONNEL

Afin de motiver le rejet de la demande de la partie civile, les juges affirment que les faits de l'espèce ne permettent pas de caractériser une injure publique. Cela conduit à s'intéresser aux éléments constitutifs de cette infraction de presse prévue par le second alinéa de l'article 29 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Selon ce texte, l'injure est une expression outrageante, des termes de mépris ou une invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. Pour être injurieux, des propos doivent ainsi à la fois être personnels et dégradants.

En l'espèce, la publicité des propos découlait de leur diffusion par courrier électronique à de nombreux destinataires (1). La comparaison à une confiserie à la guimauve n'imputait effectivement aucun fait précis à la victime et pouvait sans doute être considérée comme dégradante, surtout illustrée d'une photo peu flatteuse et accompagnée des qualificatifs « mou et gluant ». En revanche, le caractère personnel de l'injure pouvait être discuté. La cour d'appel a souverainement considéré que les termes du message ne faisaient que commenter la politique du maire, et ne s'adressaient donc pas directement à sa personne, selon un raisonnement qui pourrait être rapproché de celui qui avait autrefois conduit les juges à affirmer qu'une injure à l'encontre d'une œuvre d'art n'était punissable que si elle atteignait l'honneur de l'artiste lui-même (2). Dans le présent arrêt, il aurait cependant pu être avancé, comme le soulignait le moyen, que la formulation choisie par le conseiller municipal visait directement le maire. L'auteur des propos avait d'ailleurs pris le soin de préciser que le chamallow faisait référence « à l'image de [son] maire ». De là à en déduire

une allusion à certaines caractéristiques physiques de l'intéressé – ce que la partie civile suggérerait elle-même – il n'y avait qu'un pas.

Ce n'est toutefois pas la voie choisie par les magistrats, qui ont préféré considérer que « les termes chamallow mou et gluant [pouvaient] être analysés comme une critique de la politique du maire en ce qu'elle serait immobile, molle, sans changement, et gluante, en ce qu'elle serait empêtrée dans des situations, incapable de se sortir de celles-ci pour prendre les bonnes décisions, en sorte que la comparaison ainsi faite, dans les termes retenus par la prévention, ne saurait s'analyser comme une injure ». Le raisonnement semblait donc aboutir au constat de la non-caractérisation de l'infraction en raison de l'absence de l'un de ses éléments constitutifs. En toute rigueur, on aurait pu s'arrêter là. Ce n'est pourtant pas le choix de la cour d'appel, qui a, au contraire, décidé de compléter sa motivation en évoquant les limites de la liberté d'expression.

B – LA JUSTIFICATION DE L'INJURE PAR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Le recours à l'article 10 de la Convention européenne pour justifier un comportement infractionnel est une motivation dorénavant familière dans la jurisprudence de la chambre criminelle, notamment en matière d'infractions de presse (3). Ainsi, des délits comme la diffamation publique (4) et la provocation publique à la discrimination, à la haine ou à la violence (5) ont pu être justifiés par la liberté d'expression, selon un raisonnement qui s'inscrit dans le prolongement de la généralisation du contrôle de proportionnalité.

En matière d'injure publique, le recours à la liberté d'expression pour écarter la responsabilité pénale est régulièrement admis par la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du 2 mai 2007 (6) au sujet d'un dessin représentant Jésus-Christ portant un préservatif. S'il eût sans doute été préférable de considérer que l'injure n'était pas caractérisée faute d'être adressée à une personne ou un groupe de personnes identifiées ou identifiables (7), la Cour avait estimé que le dessin était justifié car il illustre « un débat entre cardinaux sur la nécessité de se protéger du SIDA ». D'autres décisions sont depuis venues conforter ce mode de raisonnement, dans des affaires touchant à des propos ou représentations injurieux à l'égard de personnalités politiques (8). Dans ces arrêts, la Cour de cassation s'était classiquement placée sur le terrain de la justification pour déclarer que les propos injurieux restaient – ou non (9) – dans les limites de la liberté d'expression.

À cet égard, le présent arrêt se distingue par son mode de raisonnement qui semble, à première vue, recourir à la liberté d'expression comme à un argument subsidiaire. En effet, si les juges considéraient que l'injure publique n'était pas caractérisée, pourquoi ont-ils pris la peine d'ajouter que les propos litigieux étaient « couverts par la liberté d'expression envers un élu dont la fonction l'expose à la critique dans le cadre du débat

démocratique » ? En principe, la question de la justification – ou de la mise en balance des intérêts découlant du contrôle de proportionnalité – ne se pose que lorsque le comportement considéré correspond effectivement aux éléments constitutifs tels qu'ils sont prévus par le texte d'incrimination. En revanche, dès lors que les propos litigieux ne constituaient pas, selon les juges, une injure au sens de l'article 29 de la loi de 1881, il n'était pas nécessaire de se pencher sur leur participation au débat démocratique.

La liberté d'expression semblerait donc jouer ici le rôle d'une motivation subsidiaire, invoquée à toutes fins utiles, pour le cas où le raisonnement sur les éléments constitutifs classiques de l'injure – et en particulier sur son caractère personnel – ne convaincrait pas. Autrement dit, les juges proposeraient une motivation en deux temps : non seulement l'injure n'est pas caractérisée, mais si elle l'était, elle serait justifiée par la liberté d'expression et n'engagerait pas la responsabilité pénale de son auteur. Cette première façon de comprendre l'arrêt du 7 mai 2019, si elle est la plus classique, peine toutefois à convaincre en l'espèce en raison de la structure de l'argumentation des juges.

II – L'APPROCHE CONSTITUTIVE DE LA LIBERTE D'EXPRESSION EN MATIERE D'INFRACTIONS DE PRESSE

Après examen, la structure du présent arrêt ne reflète pas un raisonnement fondé sur un balancement entre argument principal (sur les éléments constitutifs) et argument subsidiaire (sur la justification). À l'inverse, ces différents éléments sont abordés ensemble, de manière parallèle et au sein d'une phrase unique. La question de la nature injurieuse des propos semble ici être placée sur le même plan que celle de leur participation au débat démocratique (A). Cela conduit à s'interroger sur le rôle de la liberté d'expression non pas au stade de la justification, mais dès la constitution du délit d'injure publique et, plus largement, des infractions de presse (B).

A – LA LIBERTE D'EXPRESSION, OBSTACLE A LA CARACTERISATION DE L'INJURE PUBLIQUE

En toute rigueur, la mise en balance des intérêts n'a vocation à intervenir qu'en présence de deux intérêts contraires : d'une part, l'intérêt protégé par l'incrimination – ici celle de l'injure publique – et, d'autre part, l'intérêt émanant d'une liberté ou d'un droit fondamental – ici la liberté d'expression. Seule une infraction pleinement caractérisée dans tous ses éléments constitutifs devrait ainsi donner lieu à un contrôle de proportionnalité en bonne et due forme. Le présent arrêt suit une logique un peu différente lorsqu'il affirme que « les propos tenus [étaient] couverts par la liberté d'expression envers un élu dont la fonction [l'exposait] à la critique dans le cadre du débat

démocratique, et ne [constituaient] pas des injures au sens de la loi de la presse ». Liberté d'expression et absence de constitution de l'injure sont placées sur le même plan, ce qui conduit à s'interroger sur le rôle exact de la liberté d'expression dans la définition des éléments constitutifs de cette infraction. Le débat démocratique n'est pas invoqué en aval, face à une injure caractérisée, mais en amont, parmi les éléments constitutifs du délit.

Si l'on va au bout de la logique, il faut donc admettre que l'injure publique se définit comme une expression outrageante, des termes de mépris ou une invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait et qui dépasse les limites de la liberté d'expression. A contrario, des propos remplissant les conditions posées par l'article 29 de la loi de 1881 mais qui restent dans les limites de la liberté d'expression ne constitueraient pas une injure. Cette infraction, et d'autres avec elle comme la diffamation publique et la provocation à la discrimination et à la haine, ne seraient donc plus définies par le seul article 29 mais par une combinaison de ce texte avec l'article 10, § 2, de la Convention européenne, selon une analyse déjà proposée par un auteur (10) en commentaire d'une décision de 2007 relative à des faits de provocation à la discrimination et à la haine (11).

B – VERS UNE PRISE EN COMPTE DE LA LIBERTE D'EXPRESSION DANS LA CONSTITUTION DES INFRACTIONS DE PRESSE

Jusqu'à présent, la neutralisation de la responsabilité pénale des auteurs d'infractions de presse sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne intervenait formellement a posteriori, une fois les éléments constitutifs de l'infraction caractérisés. L'arrêt du 7 mai 2019 pourrait marquer un tournant en faisant « remonter » la prise en compte de la liberté d'expression le long de la chaîne de raisonnement. Plutôt que d'attendre d'avoir une infraction caractérisée avant de se demander si les propos s'inscrivent dans un débat d'intérêt général, il faudrait dorénavant se poser la question dès le départ : les propos litigieux remplissent-ils les conditions posées par la loi de 1881 et dépassent-ils les limites de la liberté d'expression ? Au-delà des seules infractions de presse, ce raisonnement pourrait même être étendu – à l'exemple de ce qui s'est passé pour l'effet justificatif de l'article 10 de la Convention européenne – à certaines infractions de droit commun lorsque celles-ci seraient commises par des journalistes (12).

Sur le plan théorique, prendre en compte la liberté d'expression au stade de la constitution de l'injure pourrait s'analyser comme l'ajout d'un élément injuste parmi les éléments constitutifs de l'infraction. Cette remarque s'appuie sur une approche de la justification selon laquelle la neutralisation de la responsabilité pénale par les faits justificatifs correspond à la disparition de l'élément injuste (13). Tant que l'intervention de l'article 10 se fait en aval, au stade de la justification ou, selon une logique voisine, du

contrôle de proportionnalité, l'élément injuste est lui aussi pris en compte en aval. En revanche, si la liberté d'expression intervient, comme semble le suggérer l'arrêt du 7 mai 2019, dès la constitution de l'infraction, cela revient à faire de l'élément injuste un élément constitutif de l'infraction.

Si le présent arrêt marque ainsi un pas supplémentaire dans la direction de l'approche constitutive, il ne faudrait pas en exagérer la portée. En comparant cette décision avec d'autres citées plus haut, notamment en matière d'injure, on s'aperçoit que la modification de la définition des infractions de presse observable ici ne fait en réalité qu'entériner l'évolution passée de la jurisprudence vers une prise en compte systématique de la liberté d'expression dans ce domaine (14). Il s'agit donc moins d'un changement substantiel que d'une acceptation formelle d'un raisonnement déjà bien présent dans la jurisprudence antérieure.

(1) La nature publique ou privée d'une injure détermine son appartenance au domaine délictuel ou contraventionnel. En l'espèce, l'arrêt évoque la « diffusion » du courrier à partir de l'adresse professionnelle du conseiller, ce qui laisse penser que celui-ci l'a envoyé à une liste de personne variée ne constituant pas une communauté d'intérêts (à ce sujet, V. J.-B. Thierry, J.-Cl. Communication, fasc. 120, v° Injure – Éléments constitutifs, nos 27 et 28).

(2) Paris, 1^{re} ch., 30 mars 1966, JCP 1967. II. 15133, note A. Chavanne.

(3) L'effet justificatif de l'art. 10 de la Conv. EDH dépasse toutefois le cadre de la loi de 1881, comme en témoigne, par exemple, son application à une affaire d'escroquerie au sujet d'une journaliste qui avait adhéré à un parti politique et créé de faux profils sur les réseaux sociaux, afin d'obtenir des informations pour l'ouvrage qu'elle écrivait sur ce parti (Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774, D. 2016. 2216 ; AJ pénal 2017. 38, obs. N. Verly; RSC 2016. 767, obs. H. Matsopoulou ; D. actu. 16 nov. 2016, obs. J. Gallois ; CCE 2016. Comm. 103, obs. A. Lepage ; Dr. pénal 2017. Comm. 2, obs. P. Conte).

(4) V. par ex. Crim. 27 avr. 2011, n° 10-83.771, Bull. crim. n° 77 ; D. 2012. 765, obs. E. Dreyer ; RSC 2012. 175, obs. J. Francillon ; D. actu. 1^{er} juin 2011, obs. S. Lavric ; CCE 2011. Comm. 79, obs. A. Lepage (2^e esp.) ; Dr. pénal 2012. Chron. 5, obs. O. Mouysset ; Cass., ass. plén., 16 déc. 2016, n° 08-86.295, D. 2017. 434, note E. Raschel, et 2018. 87, obs. T. Wickers ; AJ pénal 2017. 187, obs. C. Porteron.

(5) Crim. 7 juin 2011, n° 10-85.179, D. 2012. 765, obs. E. Dreyer ; RSC 2011. 904, obs. J.-F. Renucci ; CCE 2011. Comm. 79, obs. A. Lepage (3^e esp.).

(6) Crim. 2 mai 2007, n° 06-84.710, Bull. crim. n° 115 ; D. 2007. 1734 ; Gaz. Pal. 2008. 7, note Y. Monnet.

(7) Dans ce sens, V. E. Dreyer, Responsabilités civile et pénale des médias, Litec, coll. Litec professionnels, 2^e éd., 2008, n° 228.

(8) V. not. Crim. 20 sept. 2016, n° 15-82.941 et n° 15-82.944, Dr. pénal 2016. Comm. 173, obs. P. Conte (2^e et 3^e esp.), respectivement au sujet de la qualification d'une personne

politique de « salope fascisante », et de la représentation de l'arbre généalogique de la même personne sous la forme d'une croix gammée.

(9) Crim. 20 sept. 2016, n° 15-82.942, D. 2016. 1929, et 2017. 181, obs. E. Dreyer ; RSC 2016. 547, obs. J. Francillon ; Dr. pénal 2016. Comm. 173, obs. P. Conte (1^{re} esp.) (au sujet de la comparaison avec un excrément, sur une affiche publiée dans un journal satirique et diffusée à la télévision, d'une personnalité politique).

(10) P. Conte, Rev. pénit. 2008. 123.

(11) Crim. 30 mai 2007, n° 06-84.328, Bull. crim. n° 140 ; D. 2007. 2039, obs. A. Darsonville, et 1817, chron. D. Caron et S. Ménotti ; AJ pénal 2007. 383, obs. S. Lavric ; Rev. pénit. 2008. 23, obs. P. Conte.

(12) On songe ici notamment à l'escroquerie (Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774, préc.) ou encore au recel de violation du secret professionnel et du secret de l'enquête et de l'instruction.

(13) Suivant cette approche, l'invocation de l'art. 10 de la Conv. EDH pour neutraliser la responsabilité pénale de l'auteur d'une injure repose sur l'idée suivante : le comportement caractérise bien une injure mais les circonstances – le débat démocratique – ôtent à ce comportement leur caractère injuste (à ce sujet, V. A. Dejean de la Bâtie, Les faits justificatifs spéciaux, thèse 2018, ss la dir. d'A. Lepage, Paris II, n° 81 s.).

(14) À ce sujet, V. D. Dechenaud, J.-Cl. Lois pénales spéciales, v° Presse et communication, fasc. 90, Presse et Communication – Injure publique, n° 19.