



HAL
open science

À propos du fait justificatif fondé sur la liberté d'expression

Julien Raynaud

► **To cite this version:**

Julien Raynaud. À propos du fait justificatif fondé sur la liberté d'expression. Revue générale du droit, 2019, 49516. hal-02315991

HAL Id: hal-02315991

<https://hal.science/hal-02315991v1>

Submitted on 31 Aug 2023

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.

À propos du fait justificatif fondé sur la liberté d'expression

Citer : Julien Raynaud, 'À propos du fait justificatif fondé sur la liberté d'expression, ' : Revue générale du droit *on line*, 2019, numéro 49516 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=49516)

Imprimer

Décision(s) citée(s):

- TGI Lyon, 16 février 2019, n° 19168000015
- Cass. crim. 8 août 2018, n° 17-82893
- Cass. Civ. 1ère, 11 juillet 2018, pourvoi n° 17-21457
- Cass. crim. 16 novembre 2016, n° 16-80207
- Cass. crim. 26 octobre 2016, n° 15-83.774
- Cass. crim. 9 juin 2015, n° 14-80713
- CEDH, 7 juin 2007, Dupuis c. France, req. n° 1914/02

Il existe des liens incontestables entre la liberté d'expression et la responsabilité, que celle-ci soit de nature civile ou pénale (cf. G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité, étude de droit privé*, éd. Dalloz, 2006). De manière intuitive, on songe d'abord aux abus de la liberté d'expression, qui engagent la responsabilité de leurs auteurs ; le dénigrement ou l'injure en sont des exemples évidents. À l'inverse, la reconnaissance de la responsabilité d'une personne peut avoir un impact sur sa liberté d'expression (constituer une ingérence dans les droits protégés par l'article 10 de la Conv. EDH) ou sur celle des autres, par son effet dissuasif. Les plaideurs en ont conscience et ils peuvent tenter de soutenir que les condamner infligerait une atteinte disproportionnée à leur droit de s'exprimer librement. Les tribunaux vont alors nécessairement apprécier si la prise en compte de liberté d'expression doit conduire à légitimer les faits commis, en neutralisant la responsabilité. Cette situation invite à considérer que le droit de s'exprimer peut fonctionner comme un fait justificatif, au sens pénal du terme.

Il faut pourtant souligner d'emblée qu'en matière non répressive aussi, certaines formes d'expression a priori fautives perdent cette étiquette si elles sont considérées comme relevant du droit de libre critique. En 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation exclut ainsi la qualification de dénigrement s'agissant d'articles très virulents contre un complément en vitamine D (l'Uvestérol), estimant que les

écrits litigieux ne sauraient être regardés comme fautifs ([Cass. Civ. 1^o, 11 juillet 2018, n^o 17-21.457](#), RTDCiv 2018 p. 913, obs. P. Jourdain ; JCP G 2018 p. 1807). La Cour fait en effet primer le « droit à la liberté d'expression », dès lors que trois conditions sont remplies : l'information se rapporte à un sujet d'intérêt général, elle repose sur une base factuelle suffisante, et l'agent s'est exprimé avec une certaine mesure. Ces trois conditions seront récurrentes dans la mise en œuvre de la cause justificative (expression préférée à celle de fait justificatif par E. Dreyer, Droit pénal général, Lexisnexis, 2^e éd. 2012, n^o 1130) fondée sur la liberté d'expression, dont il convient d'abord de préciser le champ d'application en matière pénale.

I– Le champ d'application du fait justificatif fondé sur la liberté d'expression

L'argument fondé sur la liberté d'expression semble logique pour neutraliser des infractions qui consistent précisément à sanctionner des propos abusifs ou des révélations dévoilant un secret. L'usage parfois nécessaire, ou toléré, du droit de s'exprimer jouera dans ces hypothèses un rôle naturel, sans réelle surprise pour le juriste. Le rayonnement de ce fait justificatif paraissait moins prévisible pour des infractions sanctionnant des atteintes aux biens, et sans rapport apparent avec la liberté d'expression. Y a-t-il enfin des infractions imperméables à l'invocation de cette liberté ?

A– Infractions naturellement concernées

Injure, diffamation, violation d'un secret protégé par la loi, autant de qualifications pour lesquelles la neutralisation par la liberté d'expression ne peut constituer une surprise.

En matière d'**injure**, la relaxe prononcée en faveur des dessinateurs de Charlie Hebdo dans l'affaire des caricatures de Mahomet illustre le phénomène (TGI Paris, 22 mars 2007, RSC 2007, p. 564, obs. J. Francillon ; CA Paris 12 mars 2008, Gaz. Palais 16/03/2008). Les juges estiment au vu du contexte et des circonstances de la publication que les limites admissibles de la liberté d'expression n'ont pas été dépassées, et ils en déduisent que les dessins ne constituent pas une injure « *justifiant, dans une société démocratique, une limitation du libre exercice du droit d'expression* ». Ce mode de raisonnement correspond à la méthode strasbourgeoise, qui examine la nécessité au sens de l'article 10 CEDH des condamnations pour injure. Et quand la Cour EDH juge excessive une condamnation de ce type, « *c'est l'idée même d'une faute qu'elle récuse* » (E. Dreyer, obs. sur CEDH 22 avril 2010, n^o 34050/05, Haguener c/ France, Dr. Pénal 2011, chron. n^o 3, spéc. n^o 37, à propos d'une altercation sur le campus de Lyon III).

Dans le domaine de la **diffamation**, la liberté d'expression joue aussi comme un fait justificatif (cf. M.-L. Rassat, Droit pénal spécial, Dalloz, 8^e éd. 2018, n^o 547). Un exemple récent servira d'illustration. Le journal L'Humanité avait publié un article

dénonçant les emplois présumés fictifs d'assistants parlementaires FN au Parlement européen. La Cour d'appel de Paris, soutenue par la Chambre criminelle ([Cass. crim. 8 août 2018, n° 17-82.893](#), JCP G 2018, doct. 1222, spéc. n° 2, obs. G. Beaussonie) estime que les intimés n'ont pas dépassé les limites de la liberté d'expression et qu'ils pouvaient bénéficier de l'excuse de bonne foi. Trois éléments concrets expliquent la paralysie de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 : les propos s'inscrivaient dans une controverse politique (sujet par nature d'intérêt général selon la Cour de cassation), les imputations reposaient sur une base factuelle suffisante, enfin l'expression s'avérait prudente et sans animosité personnelle (absence d'excès).

Depuis la loi Sapin II du 9 décembre 2016, l'article 122-9 du Code pénal écarte la responsabilité pénale des lanceurs d'alerte qui procèdent à une divulgation nécessaire et proportionnée dans le respect des procédures de signalement. Ce sera le plus souvent la **violation du secret professionnel** qui se trouvera neutralisée. Au vu des conditions spécifiques mises à cette révélation légitime, cette nouvelle cause d'irresponsabilité se distingue de l'état de nécessité (en ce sens : R. Salomon, avis sur [Cass. crim. 17 octobre 2018, n° 17-80.485](#), D. 2019, p. 105) et la doctrine y voit un fait justificatif général puisque le lanceur d'alerte exprime sa vérité dans des domaines variés : santé publique, environnement, vie publique, etc... (X. Pin, Droit pénal général, Dalloz, 9° éd. 2018, n° 245). Le signalement opéré par l'agent supprime l'illicéité de la divulgation dès lors que l'intérêt général était menacé, qu'il a agi de bonne foi (ses sources sont sérieuses) et de manière mesurée.

Dans les hypothèses précédentes, les prévenus étaient poursuivis pour s'être exprimés, ce qui conduisait naturellement à s'interroger sur la légitimité de leur expression. Plus singuliers sont les cas où le texte d'incrimination n'a pas pour objet de poser des limites au droit de s'exprimer.

B- Infractions plus inattendues

Recel, escroquerie, vol : autant d'atteintes aux biens pour lesquelles peut être avancé l'argument fondé sur la liberté d'expression, au point qu'un auteur s'est demandé si l'article 10 de la Convention européenne n'autorise pas potentiellement à toutes les commettre (Ph. Conte, obs. sur [Cass. crim. 26 octobre 2016, n° 15-83.774](#), Dr. pénal 2017, comm. 2).

Lors de poursuites pour **recel** visant des journalistes, la question s'est posée de savoir si la détention d'informations couvertes par le secret pouvait être annihilée « *par le fait justificatif du droit d'informer* » (M.-L. Rassat, *op. cit.*, n° 234). A cet égard, la réponse donnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire des écoutes mitterrandiennes est sans équivoque : « il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes qui participent à un débat public » ([Cour EDH 7 juin 2007, Dupuis c/ France, req. n° 1914/02](#), D. 2007 p. 2506). En l'espèce, les juridictions françaises avaient retenu la

culpabilité des prévenus, malgré l'article 10 de la Convention européenne, et cela au nom notamment de la protection de l'autorité du pouvoir judiciaire. La Cour de cassation est désavouée : la condamnation des journalistes (peine d'amende) a constitué une ingérence disproportionnée dans leur droit à la liberté d'expression.

Un arrêt très remarqué rendu en 2016 par la Cour de cassation a montré qu'invoquer l'exercice de cette liberté pouvait aussi empêcher d'incriminer une **escroquerie**. Le litige avait pour toile de fond l'ouvrage de Claire Checcaglini « Bienvenue au front, journal d'une infiltrée ». Cette journaliste avait-elle commis une escroquerie en obtenant des documents internes au Front national par l'usage d'un faux nom et d'une fausse qualité ? La chambre de l'instruction avait en l'espèce confirmé une ordonnance de non-lieu. Son arrêt n'est pas censuré par la chambre criminelle ([Cass. crim. 26 octobre 2016, n° 15-83.774](#), précité, JCP G 2016, n° 1314, n. G. Beaussonie et B. de Lamy, RJPF mars 2017 p. 14, note R. Mésa, Légipresse févr. 2017, p. 94, obs. H. Leclerc), car les agissements litigieux se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général, « *de sorte que (...) leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* ». Il faut indiquer que la doctrine (notamment R. Mésa) a contesté que cette liberté puisse ici jouer le rôle de fait justificatif, en dehors de toute base légale. Cette critique peut sembler-t-elle être désamorcée : la Cour de Strasbourg estime qu'un juge national ne doit pas être empêché de procéder à une mise en balance des intérêts en jeu et de retenir un éventuel « *motif de justification extralégal* » tiré de la protection d'intérêts légitimes. Cette règle lui a permis de sanctionner la Roumanie, sur le fondement de l'article 10, suite à la condamnation d'un lanceur d'alerte pour vol (Cour EDH 8 janvier 2013, Bucur et Toma c/ Roumanie, req. n° 40238/02, § 110).

C'est précisément pour **vol** que récemment en France des militants ont été poursuivis après avoir décroché en mairie, et emporté, le portrait du Président de la République. A Lyon, leur avocat plaide l'état de nécessité, climatique en quelque sorte : face à la passivité des autorités, leur acte serait justifié pour éloigner un danger grave et imminent. Le Ministère public est plus que sceptique, ne voyant pas de lien entre l'acte commis et « la cause légitimement défendue » (il est vrai que décrocher un portrait n'améliore pas l'état de la planète). Le juge correctionnel ([TGI Lyon, 16 février 2019](#), JCP G 2019, p. 1836, obs. G. Beaussonie) relaxe pourtant les militants, aux termes d'une motivation foisonnante, se fondant sur « *le mode d'expression des citoyens en pays démocratique* » et leur devoir de vigilance critique. Ce fondement est soigneusement étayé par le juge : les prévenus se sont investis dans une cause servant l'intérêt général, ils produisent des pièces attestant que les engagements climatiques de la France ne sont pas tenus (c'est en quelque sorte la base factuelle de leur mode d'expression), enfin leur action pacifique s'en est tenue à la défense de leur noble cause (c'est le caractère proportionné). Il est tentant de dire que tous les éléments sont réunis pour retenir effectivement la neutralisation du vol par la libre expression.

C– Infractions exclues ?

Pourrait-on réellement soutenir qu'au nom de la liberté d'informer, il faudrait laisser impunis des crimes comme le meurtre ou la torture ? L'idée même fait bondir. Il faut dire qu'on voit mal le lien possible entre de tels actes et l'exercice de la liberté d'expression, même si l'imagination humaine est sans limite... Quoiqu'il en soit, un argument technique propre aux faits justificatifs ferait obstacle ici à la prise en compte du droit de s'exprimer : la pondération des intérêts dans une telle hypothèse n'aboutirait pas à un « *renversement de la priorité des intérêts dans l'ordre juridique* » (selon l'expression de G. Lécuyer, thèse précitée, n° 356). L'intégrité physique de la victime agressée l'emporte. Pour des infractions comme la séquestration, on peut cependant imaginer des circonstances où la retenue (douce et ponctuelle) d'un préfet par des citoyens désireux d'obtenir des informations sur un scandale sanitaire (explosion d'une usine par exemple) inviterait à l'impunité.

L'étude de la jurisprudence livre le cas d'un délit pour lequel le fait justificatif fondé sur la liberté d'expression n'opère pas : l'**usurpation d'identité**. En 2016, la chambre criminelle a indiqué qu'il s'agissait d'une « *infraction exclusive de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* » ([Cass. crim. 16 novembre 2016, n° 16-80.207](#), inédit). Dans cette affaire, le prévenu avait créé un site internet usurpant le site officiel de la maire du 7^{ème} arrondissement de Paris, Rachida Dati. Cela permettait à tout internaute d'accéder à ce vrai site et d'y diffuser de faux communiqués de presse. Le prévenu est condamné à 3 000 euros d'amende avec sursis par la Cour d'appel de Paris. Devant la Cour de cassation, il invoque en vain la violation de l'article 10 de la Convention européenne, la chambre criminelle rejetant le pourvoi par la formule à l'emporte-pièce précitée. L'exaspération de la Cour paraît manifeste. Cette décision, non publiée au Bulletin, pose pourtant un principe fort, en retenant l'incompatibilité de principe entre une condamnation pour usurpation d'identité et une éventuelle atteinte à la liberté d'expression. Faut-il y voir un refus définitif, pour l'avenir, de tout examen circonstancié dans une telle configuration, ou simplement considérer qu'en l'espèce les conditions d'admission du fait justificatif n'étaient pas réunies ? Cette deuxième voie cadre mieux avec la méthode de la Cour européenne au regard de l'article 10, puisque cette dernière veille à ce que les juges nationaux se fondent « *sur une appréciation acceptable des faits pertinents* » (v. par exemple l'arrêt Bucur et Toma, précité, § 92). Dans le cas de l'usurpation de l'identité de Mme Dati, le prévenu ne remplissait aucune des conditions permettant de s'abriter avec succès derrière la liberté d'expression.

II– La mise en œuvre du fait justificatif fondé sur la liberté d'expression

Tous les faits justificatifs obéissent à des conditions très strictes d'application. Invoquer la liberté de s'exprimer ou d'informer mérite-t-il un traitement de faveur ? C'est là qu'il existe un conflit au moins apparent entre les analyses pénales françaises et la protection européenne des droits garantis par l'article 10. Pour le droit pénal, la violation d'une norme d'incrimination est présumée illicite, son

éventuelle légitimation étant conçue comme exceptionnelle (E. Dreyer, op. cit., n° 1139). Il faudra donc logiquement contenir l'argument tiré de l'usage de la liberté d'expression, lui fixer des bornes strictes, l'apprécier sévèrement. Totalemment à l'inverse semble-t-il, le droit européen des droits de l'homme n'a de cesse de concevoir strictement les limites à la liberté d'expression ; ce sont ces restrictions qui sont présumées illégitimes par la Cour européenne. On peut donc prédire des difficultés pour apprécier, dans chaque espèce, les conditions d'application de la cause justificative issue de l'article 10.

Ces conditions ont déjà été détectées dans les développements précédents. On les isolera pour y revenir sommairement. La libre expression doit présenter un caractère légitime, un caractère sérieux, et un caractère proportionné.

A- Le caractère légitime

Il s'agira de s'assurer que l'exercice, par la personne poursuivie, de sa liberté d'expression participait à un débat d'intérêt général. C'était le cas dans l'affaire de caricatures de Mahomet. Les dessins incriminés participaient selon les juges à la réflexion sur les dérives des tenants d'un islam intégriste ayant donné lieu à des débordements violents, ce qui constitue un « *débat public d'intérêt général* » (TGI Paris, 22 mars 2007, précité).

S'agissant de la supposée escroquerie commise par la journaliste infiltrée au FN, ses agissements lui ont permis d'accéder à des informations permettant de « *nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un parti politique* ». Toujours concernant ce parti, dans l'affaire ayant écarté le caractère diffamant d'un article dénonçant les emplois fictifs d'assistants parlementaires européens, les juges du fond relèvent que les directeurs de publication de L'Humanité ont entendu dénoncer la fraude dans le cadre du financement des partis politiques, « *sujet qui relève incontestablement d'un but légitime d'information* ». Le public a le droit de connaître des faits susceptibles d'avoir un impact sur ses choix démocratiques.

Pour ce qui est des lanceurs d'alerte, l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 les définit comme ceux qui révèlent (notamment) une violation d'un engagement international ou encore une menace grave pour l'intérêt général (le Sénat avait combattu en vain cette dernière formule, la jugeant imprécise et trop subjective : cf. H. Leclerc, obs. précitées sous [Cass. crim. 26 oct. 2016](#)).

Dans tous les cas, si l'expression imputée au prévenu a participé à un débat d'intérêt général, on peut se convaincre que l'acte incriminé était « *finaletement socialement utile* », ce qui est précisément le critère attendu d'un fait justificatif (selon les termes généraux de M.-L. Rassat, Droit pénal général, Ellipses, 4° éd. 2017, n° 359).

B- Le caractère sérieux

Il s'agit sur ce point d'exiger que l'exercice de la liberté d'expression soit fondé sur une base factuelle suffisante, propre à attester de la bonne foi du prévenu. Quand celui-ci est un journaliste, ce critère correspondra à l'exigence d'actes s'inscrivant « *dans le cadre d'une enquête sérieuse* » (termes de [Cass. crim. 25 oct. 2016](#), précité, qui écarte ainsi l'escroquerie imputée à Claire Checcaglini). En matière civile, la neutralisation du dénigrement profitera pareillement aux journalistes attaquant un médicament pour lequel l'Afssaps a elle-même émis une note d'information de pharmacovigilance ([Cass. Civ. 1°, 11 juillet 2018](#), précité). Ces données avérées contribuent à ôter à l'opinion exprimée tout caractère fautif.

Dans le cas des militants décrochant le portrait du président, leur souhait de dénoncer l'urgence climatique s'appuie sur des pièces justificatives, notamment un rapport du Commissariat général au développement durable, qui convainquent le juge lyonnais du sérieux de la cause et de l'exactitude des faits dénoncés (objectifs gouvernementaux non atteints).

C- Le caractère proportionné

L'appréciation de ce troisième critère, nécessairement concrète, pourra être perçue comme subjective, voire aléatoire. Selon les faits et l'infraction poursuivie, les critères précis peuvent varier, être plus ou moins affinés, mais on retrouvera souvent la vérification du caractère mesuré de l'expression du prévenu, condition fondamentale de la justification (cf. de manière générale C. Mascala, Jurisclasseur pénal, fasc. 20, V° Faits justificatifs, spéc. n° 16). Les comportements ou écrits incriminés ne devront pas avoir été excessifs, ils devront avoir eu une intensité limitée au strict minimum. Pour reprendre la décision lyonnaise sur le décrochage du portrait du président, le juge relève plusieurs éléments qui s'inscrivent dans cette perspective : la réunion des prévenus en mairie a été pacifique, a engendré un trouble très modéré à l'ordre public et le décrochage litigieux ne s'est accompagné d'aucun autre acte répréhensible. On peut le dire autrement : les personnes poursuivies ont exercé leur liberté d'expression de manière raisonnable. Lorsque des militants de la cause animale pénètrent dans un abattoir pour y installer des caméras, il faut pareillement apprécier l'attitude générale des prévenus, leur éventuelle animosité personnelle décrédibilisant leur volonté exclusive de pouvoir communiquer des informations sur le gazage des porcs, etc...(pour un exemple de contentieux concernant l'association L 214 : T. corr. Versailles, 9 octobre 2017, RSDA 1/2017, p. 15, n. J.-P. Marguénaud).

Le contrôle de proportionnalité joue sur ce point comme une soupape de sécurité, puisqu'il permet, au cas par cas, de refuser l'argument fondé sur l'article 10 de la Convention européenne, notamment si le juge estime adapté de restreindre le poids de la liberté d'expression au nom d'un autre impératif, comme par exemple la confidentialité d'une enquête. La condamnation d'un journaliste du Parisien en 2015 pour recel de violation du secret de l'instruction en est une illustration. L'article

relatait les investigations de la police pour retrouver l'auteur de viols en série et comportait un portrait-robot du suspect recherché. Pour la Cour de cassation, retenir la culpabilité du journaliste ne méconnaît pas l'article 10, § 2, de la CEDH : le droit d'informer le public sur le déroulement d'une procédure pénale en cours (droit qui a été reconnu par la Cour européenne au demeurant) doit céder face aux exigences de confidentialité de l'enquête portant sur des faits criminels d'une extrême gravité ([Cass. crim. 9 juin 2015, n° 14-80.713](#), Bull. n° 142, JCP G 2015, doct. 1191, spéc. n° 17, obs. B. Beignier). Une issue identique, écartant le fait justificatif, sera retenue si la liberté d'expression perd sa confrontation avec le respect de la présomption d'innocence (sur les conflits de droits faisant intervenir la liberté d'expression, cf. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 7^e éd. 2017, n° 186s).