



HAL
open science

Chronique de droit pénal des médias

Jérôme Bossan

► **To cite this version:**

Jérôme Bossan. Chronique de droit pénal des médias. Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2021.
hal-04578299

HAL Id: hal-04578299

<https://hal.science/hal-04578299v1>

Submitted on 16 May 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.

DROIT PÉNAL DES MÉDIAS

Jérôme BOSSAN

Maître de conférences HDR à l'université de Poitiers, ISCrim'

I DISCRÉDIT JETÉ SUR UN ACTE OU UNE DÉCISION JURIDICTIONNELLE – RESPONSABILITÉ EN CASCADE – COMMUNICATION AU PUBLIC EN LIGNE

Cass. crim. 5 oct. 2021, n° 20-85.985, Publié au bulletin, ; *Légipresse* 2021 p. 523 ; *Daloz actualité* 29 oct. 2021, obs. S. Fucini ; *Dr. pénal* 2021, comm. 193, obs. A. Maron et comm. 202 et 203, obs. Ph. Conte ;

Le droit français est marqué, dans la période contemporaine, par un mouvement d'abandon de la spécialisation du droit pénal applicable à l'expression. L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation du 5 octobre 2021 s'inscrit de manière quelque peu paradoxale, dans ce courant.

Dans cette affaire, quatre messages, dont la teneur était extrêmement critique à l'égard de décisions de justice, avaient été publiés sur trois blogs courant 2010 ou, plus exactement, les 4 juillet, 27 septembre, 12 octobre et 12 novembre. La date des faits est d'importance car les poursuites engagées à propos du premier message ont été déclarées prescrites par la Cour de cassation dans un arrêt précédent¹.

L'arrêt, particulièrement riche, présente deux intérêts que nous ne développerons que très rapidement.

Le premier est d'indiquer que le tribunal correctionnel et, plus globalement, toute juridiction, lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, n'ont pas l'obligation de statuer dessus par une décision distincte mais que celle-ci peut intervenir avec le jugement au fond.

Un second intérêt sera évoqué assez rapidement aussi. Il s'agit ici de la question de la détermination de l'identité de l'auteur de l'infraction commise sur internet. Cette question se

¹ Cass. crim. 19 juin 2018, 15-85.073 17-85.742, *Publié au bulletin*.

pose dans de nombreux contentieux lorsque l'infraction est matérialisée par un texte tapuscrit, ce qui est bien souvent le cas sur les réseaux sociaux. D'une manière générale, le rattachement à un compte, même si l'anonymat apparent brouille parfois les pistes², permet d'établir l'origine du texte. À défaut ou de manière complémentaire, il convient, comme ce fut le cas ici, d'identifier l'adresse IP (*Internet protocol*) qui permet non pas d'identifier l'auteur à proprement parler, mais l'ordinateur grâce auquel le contenu a été mis en ligne. Dans cette affaire, une expertise avait pu établir que le matériel informatique de l'auteur avait servi à envoyer les textes publiés sur les blogs pour deux d'entre eux, restait un troisième pour lequel le doute demeurait.

Avec les deux premiers textes, on mesure l'éventuelle difficulté probatoire pouvant alors se présenter faute de précision suffisante résultant de la seule détermination de l'adresse IP. Toutefois, de manière opportune, les juges du fond utilisent un faisceau d'indices afin de déduire l'implication du mis en cause. Ils le font positivement en reliant directement l'ordinateur à son utilisateur grâce à ses propres révélations. En indiquant être le seul utilisateur dudit matériel, la personne poursuivie a, par son propre aveu, facilité la preuve. Ils le font aussi en écartant les interventions extérieures. Certains arguments, d'ordre technique (piratage, utilisation du réseau wifi par un tiers...), étaient présentés. Ils sont tous rejetés par l'expert diligenté sur les questions numériques. Il en résulte une mise en lien entre l'auteur et le propos pour deux textes.

Restait alors un troisième pour lequel, de manière plus audacieuse, le lien entre le contenu et son auteur a été établi par voie de présomption. Si la preuve directe du rattachement semblait impossible, la juridiction considère que la proximité entre ce texte et les deux autres permettait d'établir la parenté du contenu. Ce cas met en évidence la difficulté à lever l'anonymat dans les procédures judiciaires et les contorsions auxquelles les juges doivent se livrer pour y parvenir. Le développement de moyens techniques (utilisation d'un VPN, usage du dark web, ...) renforce ces difficultés.

Cependant, l'analyse effectuée dans cette chronique tient davantage à l'objet du propos mis en ligne, à savoir le délit de discrédit jeté sur un acte ou une décision juridictionnelle. Si l'enjeu

² Il est fait obligation aux fournisseurs professionnels de contenus de communiquer leur identité au public dans un standard ouvert, tandis que les non-professionnels doivent le mentionner uniquement à leur hébergeur conformément à l'art. 6, III de la LCEN du 21 juin 2004.

essentiel tient ici au régime applicable, il nous revient d'effectuer un détour en évoquant cette pénalisation de l'expression critique à l'égard de la justice³.

Le choix de la qualification ne suscitait guère de questions en l'espèce, mais les faits donnent une rare occasion de présenter cette qualification dans son contexte répressif. Dans cet arrêt, la Cour évoque peu le fond des publications, le simple titre d'un article, faisant état d'une « *association de malfaiteurs entre juges du ressort de la cour d'appel d'Orléans et juges Cour de cassation* », l'indication « *Scandale au tribunal de grande instance de Blois : trafic, passe-droit, passe gauche et le reste* » ne font guère de doute quant à la qualification à retenir. Celle du délit de discrédit jeté sur un acte ou une décision juridictionnelle de l'art. 434-25 du CP. Il est toutefois notable que cette qualification doive s'articuler avec d'autres comme l'outrage à magistrat qui la précède dans le Code pénal⁴ ou encore certaines formes de diffamations⁵ et injures⁶ permettant ainsi d'analyser sa singularité.

Nullement spécifique est la modalité de l'expression du discrédit. Si l'art. 434-25 précité se révèle moins prolixe que l'art. 23 de la loi du 29 juillet 1881, il semble que les « *actes, paroles, écrits ou images de toute nature* » recouvrent peu ou prou l'ensemble des manifestations présentes en droit de la presse. Si l'outrage mentionne les « *gestes ou menaces* » de manière spécifique, il semble que l'évocation des « *actes* » à l'art. 434-25 n'est pas tellement différente.

Une première distinction notable tient à la publicité, l'outrage impliquant soit une absence de publicité, soit une publicité spécifique puisqu'elle constitue un délit d'audience⁷. Le discrédit implique une publicité du propos. La publication sur internet, plus précisément sur plusieurs blogs, permettait de ne pas douter de cette condition.

L'originalité de la qualification de discrédit de l'art. 434-25 résulte de l'objet de l'expression et, plus particulièrement, ce que l'auteur de celle-ci entend désigner. L'incrimination conduit à distinguer une cible immédiate et une autre médiata. La cible immédiate de l'auteur du propos doit être un « *un acte ou une décision juridictionnelle* ». En l'espèce, la mise en cause

³ Sur les difficultés posées par ce délit au regard de la liberté d'expression, v. D. Mayer, « L'article 226 du Code pénal et la liberté d'expression : un débat trop rapidement clos », *JCP G.* 1975, I, 2738.

⁴ Art. 434-24 du CP.

⁵ Art. 31 al. 1 de la loi du 29 juillet 1881

⁶ Art. 33 al. 1 de la loi du 29 juillet 1881

⁷ Cass. crim. 1^{er} mars 2016, n° 15-82.824, *RSC* 2016, p. 63, obs. Y. Mayaud et *RPDP* 2016, p. 438 nos obs.

des jugements ne suscitait pas véritablement de difficulté, mais permet de rappeler la souplesse de l'interprétation jurisprudentielle de cette condition⁸. Ces derniers peuvent émaner de toute juridiction interne de tous ordres juridictionnels. En dehors de ce champ, des doutes persistent, ce qu'un auteur a particulièrement bien mis en lumière⁹. La cible médiate est l'institution, l'expression du discrédit devant être effectuée « *dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance* ». Il existe bien une dualité qui doit conduire les juges à vérifier l'intention de l'auteur et qui permet notamment de distinguer très nettement l'injure, la diffamation ou l'outrage fait à magistrat de ce délit. Les propos qui visent, « *par-delà le magistrat mis en cause* »¹⁰, la justice, relèvent de l'art. 434-25. C'est bien cette situation qui se présentait ici, puisque, comme l'a constaté la Cour d'appel, une erreur grossière avait été imputée à une juridiction tout comme une mise en cause de sa probité, ces propos, étant considérés comme sapant l'autorité de la justice tout entière.

Or, outre les aspects extérieurs à la qualification du discrédit déjà évoqués, le pourvoi se fondait essentiellement sur deux points qui relèvent du régime applicable à l'infraction de discrédit.

Le premier moyen tendait à faire reconnaître la prescription de l'action publique visant les faits postérieurs au 14 juillet 2010. La chambre criminelle rejette le pourvoi sur ce point, considérant que la prescription a été régulièrement interrompue et suspendue, se fondant sur l'alinéa 4 de l'article 434-25, depuis disparu.

Le second moyen, outre l'identification de l'auteur du propos, visait à contester sa condamnation comme coauteur de l'infraction considérant que le régime spécifique applicable au droit de la communication audiovisuelle aurait dû conduire à écarter une telle qualification faute pour lui d'être le directeur de publication des blogs. La chambre criminelle de la Cour de cassation rejette l'argument considérant que les règles de responsabilité prévues par les lois spécifiques ne sont pas applicables à la communication au public en ligne en l'absence de renvoi à celle-ci dans le texte actuel.

⁸ Cela inclut notamment les actes procéduraux, Cass. crim., 3 déc. 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 1, somm. p. 95 ; v. égal. D. Mayer, *op. cit.*

⁹ J.-H. Robert, « Fasc. 3410 : Discrédit sur une décision juridictionnelle », *J. Cl. Communication*, 2014, n°7 et s.

¹⁰ Cass. crim., 15 mai 1961, *JCP G.* 1961, II, 12233, note P. Mimin ; *RSC* 1961, p. 803, obs. L. Hugueney et, dans le même sens, Cass. crim., 11 févr. 1965, *D.* 1965, J., p. 328 ; *JCP G.* 1965, II, 14128 bis ; *RSC* 1965, p. 418, obs. L. Hugueney.

Ce double rejet permet d'inscrire l'arrêt rendu le 5 octobre 2021 par la chambre criminelle dans un mouvement de désécialisation¹¹ observable en matière d'atteinte à la liberté d'expression. En creux, cette désécialisation est perceptible dès lors que l'absence de prescription arguée sur le fondement d'une disposition reprenant la loi du 29 juillet 1881 a depuis été supprimée par le législateur (I). De manière paradoxale, cette désécialisation résulte de l'inapplicabilité des règles spécifiques de responsabilité applicables en droit de la presse faute d'adaptation des textes par ce même législateur (II).

I La désécialisation par réforme

Nul besoin de rappeler le fait que le droit pénal de l'expression, considéré dans un sens très large, n'a jamais fait l'objet d'un régime homogène¹². Un auteur a particulièrement mis en évidence une dualité du mouvement de désécialisation, qualifié d'« *endogène* »¹³ lorsqu'il résulte de modifications de la loi du 29 juillet 1881 et d'« *exogène* »¹⁴ quand il s'agit de faire appel au droit commun.

Aussi essentielle soit la loi du 29 juillet 1881 dans la détermination de la pénalisation de l'expression, certaines infractions, parfois rattachées à ce domaine, font traditionnellement l'objet d'un traitement exclusif par le droit commun. Comme l'a souligné très justement un auteur, « *la création d'infractions en dehors de la loi du 29 juillet 1881 produit les mêmes effets que la désécialisation proprement-dite* »¹⁵. La provocation publique et directe à commettre un génocide de l'art. 211-2 du CP ne présente ainsi aucune règle dérogatoire quand bien même aurait-elle été commise sur internet, sur des ondes ou par écrit. Par opposition, d'autres, inscrites directement dans la loi du 29 juillet 1881, disposent d'un régime

¹¹ Sur ce constat, v. P. Auvret, « L'évolution du droit matériel de la presse », in *Mélanges Jacques Robert. Libertés*, Montchrestien, 1998, p. 31 et S. Lavric, « La question du délai de prescription des infractions de presse », in *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, une nécessité ?*, Lextenso, coll. « Grands colloques », 2017, p. 174.

¹² E. Dreyer, « L'opportunité d'une sortie des infractions de presse de la loi du 29 juillet 1881 au regard d'un exemple précis : le cas du délit d'apologie du terrorisme et de provocation aux actes de terrorisme », in *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, une nécessité ?*, Lextenso, coll. « Grands colloques », 2017, p. 42.

¹³ J.-B. Thierry, « La désécialisation de la procédure pénale applicable aux infractions de presse », *AJ pénal*, 2021, p. 504.

¹⁴ *Idem*, p. 505.

¹⁵ P. Auvret, *op. cit.*, p. 31.

dérogatoire prévu par cette même-loi. Encore faut-il indiquer qu'au sein même de la loi sur la presse, il serait vain de rechercher une unité parfaite en la matière¹⁶.

Entre les deux certaines infractions relèvent pour partie du droit commun et pour partie du droit applicable à la presse. Il s'agit de toutes les hypothèses où, bien que hors de la loi du 29 juillet 1881, les incriminations renvoient ponctuellement au droit de la presse.

Le mouvement de déspecialisation, déjà évoqué, des infractions relevant du régime de la presse prend alors principalement deux formes.

La première est le transfert formel de certaines qualifications du droit de la presse vers le Code pénal. Il en va ainsi de l'apologie et de la provocation à la commission d'infractions terroristes¹⁷. La loi du 13 novembre 2014 a ainsi déplacé ces qualifications, les mettant sous l'empire du droit commun sauf dérogation expresse. Plus généralement, cette loi sépare ces propos d'autres provocations et apologies parfois extrêmement proches¹⁸, qui relèvent, elles, toujours de l'art. 24 de la loi du 29 juillet 1881 et, par conséquent, du régime spécifique prévu par ce texte¹⁹.

La seconde forme concerne tout particulièrement les infractions situées hors loi sur la liberté de la presse, mais qui s'y réfèrent pour introduire une dérogation limitée au droit commun. Le délit de discrédit jeté sur un acte ou une décision juridictionnelle est particulièrement illustratif en raison de la double référence implicite faite à la loi sur la presse, la première abandonnée s'agissant de la prescription de l'action publique, la seconde toujours actuelle

¹⁶ Ainsi, l'art. 52 de la loi du 29 juillet 1881 excluait dans sa version initiale toute détention préventive d'une personne domiciliée en France lorsque celle-ci était mise en cause sur le fondement d'un délit prévu par cette loi. C'est l'ordonnance n°45-2090 du 13 septembre 1945 relative à la répression des délits de presse qui introduira des réserves. Cette limite, bien que réduite par la loi du 21 décembre 2012 puis par celle du 15 novembre 2014 évoquée, demeure aujourd'hui.

¹⁷ E. Dreyer, « L'opportunité d'une sortie des infractions de presse de la loi du 29 juillet 1881 au regard d'un exemple précis : le cas du délit d'apologie du terrorisme et de provocation aux actes de terrorisme », *op. cit.*, p. 37 et s.

¹⁸ On notera, pour illustrer cette proximité, le fait que dans l'affaire dite du tee-shirt, « Jihad, je suis une bombe », la condamnation a été prononcée sur le fondement de l'apologie de crime et non l'apologie de terrorisme, Cass. crim. 17 mars 2015, n° 13-87358, *JCP G.* 2015, 559, note E. Dreyer ; *Comm. com. électr.* 2015, comm. 43, obs. A. Lepage, *Procédures* 2015, comm. 168, obs. S. Chavent-Leclère ; *D.* 2015 p. 954, note A. Serinet, *AJ pénal* 2015, p. 431, obs. G. Royer ; *Légipresse* 2015, p. 347, obs. F. Gras, la condamnation ayant été jugée conforme à la CESDH, CEDH, 2 septembre 2021, n° 46883/15, *Z. B. c/ France*, *Légipresse* 2021, p.481, obs. Th. Besse.

¹⁹ On nuancera l'idée d'unité ici, car, si l'apologie semblait bien relever uniquement de la loi du 29 juillet 1881 avant cette modification, tel n'était pas le cas des provocations. Au sein de la loi du 29 juillet 1881, des dérogations existent toujours, montrant l'absence d'homogénéité, V. not. la prescription d'un an prévue à l'art. 65-3 de la loi.

concernant l'application de la responsabilité en cascade²⁰. Ce délit est remarquable en raison des rapports qu'il entretient avec la loi du 29 juillet 1881.

Il l'est en raison de ses origines, le délit ayant été érigé au sein du Code pénal et non du droit de la presse par l'ordonnance du 23 décembre 1958 pour lutter « *contre les incartades de la presse* »²¹. Il l'est aussi en raison des renvois que le texte fait au droit de la presse s'agissant de la prescription. Quoique figurant dans le Code pénal, l'art. 434-25 prévoyait, en son dernier alinéa, une forme de reprise des règles s'imposant en principe en matière de presse sans citer la loi du 29 juillet 1881, à savoir une prescription trimestrielle courant à compter du jour de l'infraction et limitée dans ses causes d'interruption²². On ne saurait ici rappeler l'extrême rigueur du régime de la prescription de l'action publique en matière de droit des médias, symbolisée en tout premier lieu par la brièveté des délais destinés à faire échouer tout plaideur un peu attentiste. Ce droit si spécifique s'impose, aujourd'hui encore, afin d' « *offrir une protection accrue à la liberté d'expression* »²³.

L'at. 434-25 al. 4, reprenant les dispositions précitées, avait d'ailleurs fondé l'admission de la prescription de certains faits de l'espèce par la Cour de cassation. Ainsi, constatant l'absence d'acte durant plus de trois mois à compter de la date de publication du premier message (celui du 4 juillet 2010), la chambre criminelle de la Cour de cassation avait logiquement considéré l'action publique prescrite pour cette publication²⁴.

Cette prescription était au cœur de la troisième branche du premier moyen du pourvoi. À la différence de ce qu'elle avait indiqué pour la première publication, la Cour rejette l'argument de la prescription pour les trois autres, rappelant que seuls les actes d'instruction ou de poursuite peuvent interrompre la prescription ce dont il a été déduit que les délais courent même durant l'instance²⁵, la seule réserve, évoquée d'ailleurs dans l'arrêt commenté, étant

²⁰ Cf. *infra*.

²¹ L. Huguency, obs. sous Cass. crim. 15 mai 1961, *préc.*, RSC 1961, p. 804.

²² Art. 65 et s. de la loi du 29 juillet 1881.

²³ E. Raschel, *La procédure pénale en droit de la presse*, Gazette du Palais, coll. Guide pratique, 2019, n° 58 et, par le même auteur, « Quelques remarques sur la prescription de l'action publique des infractions de presse », *AJ pénal* 2021, p. 514.

²⁴ Cass. crim. 19 juin 2018, 15-85.073 17-85.742, *Publié au bulletin*. Le premier acte d'enquête est intervenu le 14 octobre 2010, trop tard pour interrompre la prescription de l'action publique pour la première publication, mais suffisamment tôt pour emporter cet effet pour les autres publications de l'espèce.

²⁵ Cass. crim., 25 févr. 2003, n° 02-81.638, *Bull. crim.* n° 51 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 72, obs. M. Véron.

le temps du délibéré durant lequel la prescription est suspendue²⁶. La solution ne saurait étonner.

D'une part, elle constitue l'application du principe selon lequel la prescription court pendant toute la procédure et notamment la phase de jugement, conduisant les parties à interrompre régulièrement la prescription, notamment par une audience relais²⁷.

D'autre part, cette solution s'imposait compte tenu de la date de survenance des évènements. En effet, depuis lors, la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale a retiré cette dérogation. Une telle évolution met bien en évidence la déspécialisation évoquée, le régime de la prescription étant désormais celui du droit commun en matière délictuelle. On peut notamment y voir une double conséquence, le passage d'un délai de prescription de l'action publique de 3 mois à 6 ans, délai prévu par la loi du 27 février 2017 et une gestion bien plus souple du temps durant la procédure. La déspécialisation qui résulte de ce texte se manifeste par un renforcement de la répression résultant de la levée d'un obstacle essentiel en matière de droit de la presse : l'obligation faite à l'auteur des poursuites d'agir promptement. Cependant, l'abandon de cette spécificité ne prive pas le discrédit jeté sur un acte ou une décision juridictionnelle de toute référence au droit de la presse, en effet le renvoi aux règles de responsabilité demeure.

II La déspécialisation par délaissement

Si la tendance à la déspécialisation²⁸ paraît assez nettement dessinée au regard de l'évolution législative, une originalité semble toujours préservée, celle du recours aux règles relatives à la responsabilité issues du droit de la presse lorsque certains délits d'expression font l'objet d'une publication. L'art. 434-25 al. 3 indique ainsi que « *Lorsque l'infraction est commise par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables* ».

²⁶ Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 12-84.408, *Dr. pén.* 2014, comm. 7, obs. M. Véron

²⁷ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, coll. Hors collection, 3e éd., 2020, n° 342.64.

²⁸ Il ne s'agit là que d'une tendance, certains textes proposent de renforcer l'originalité en la matière, v. J.-B. Thierry, *op. cit.*, note 4.

Ce renvoi n'est pas rare et l'on peut ainsi le trouver dans une dizaine d'autres incriminations au sein du Code pénal²⁹ et au moins trois en dehors de celui-ci³⁰.

La référence est imprécise à plusieurs égards faute de renvoi parfaitement explicite. En premier lieu, elle semble concerner toutes les règles permettant de déterminer la responsabilité. On peut alors s'interroger sur l'inapplicabilité dérogatoire de la responsabilité pénale des personnes morales, laquelle est exclue conformément aux dispositions de l'art. 43-1 de la loi du 29 juillet 1881 en matière de presse écrite et de l'art. 93-4 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle³¹. Le doute est de mise dès lors que la Cour de cassation exige bien que, s'agissant d'une dérogation au principe posé par l'art. 121-2 depuis la loi du 9 mars 2004, seuls sont retenus « *les cas expressément prévus par la loi* »³². Il faut donc faire une lecture souple du renvoi pour exclure la responsabilité de la personne morale à propos du discrédit. En revanche, jamais n'a été contestée la mise en œuvre, du fait de cette référence, même peu explicite, aux mécanismes de la responsabilité en cascade de l'art. 42 de loi du 29 juillet 1881 et de l'art. 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 déjà évoqués. Ceux-ci permettent d'identifier l'auteur de l'infraction selon une modalité très originale et fondée sur l'importance de la publication en la matière. Ce faisant, le régime de la cascade responsabilise en premier lieu les directeurs de publication³³, puis, permet de considérer, à défaut, les auteurs d'écrits comme les auteurs de l'infraction. Enfin, selon la nature de la communication, l'imprimeur et à défaut les vendeurs, distributeurs et afficheurs pour les écrits ou les producteurs pour les autres formes de communication, sont désignés comme auteurs de

²⁹ On peut ainsi citer, outre l'art. 434-25 du CP, la provocation au suicide (Art. 223-15), l'atteinte à la vie privée (Art. 226-2), l'atteinte à la représentation de la personne (Art. 226-8), les messages violents ou pornographiques accessibles aux mineurs (Art. 227-24), les provocations de mineurs à la toxicomanie, à l'alcoolisme, à la délinquance, à la débauche ou à la pornographie (Art. 227-28), la provocation à s'armer illégalement (Art. 412-8), la provocation de militaires à la désobéissance (Art. 413-3), la participation à une entreprise de démoralisation de l'armée (Art. 413-4), la provocation directe et l'apologie du terrorisme (Art. 421-2-5), la provocation à la rébellion (Art. 433-10), l'atteinte à l'indépendance de la justice (Art. 434-16).

³⁰ La provocation de militaires à la désobéissance en temps de guerre (Art. L. 332-1 du CJM), la participation à une entreprise de démoralisation de l'armée en temps de guerre (Art. L. 332-1 du CJM) et la provocation à la consommation de stupéfiants ou à la participation au trafic de stupéfiants (Art. L. 3421-4 du CSP).

³¹ J.-H. Robert, « Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales », *in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc* : Dalloz 2007, p. 979-980.

³² Cass. crim., 10 sept. 2013, n° 12-83.672, *Bull. crim.* n° 178 ; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 118, obs. A. Lepage ; *Procédures* 2013, comm. 118, obs. A.-S. Chavent-Clavière ; *Dr. pén.* 2013, comm. 169, obs. M. Véron.

³³ Auxquels sont assimilés les codirecteurs de publication en cas d'immunité des directeurs et les éditeurs pour les écrits non périodiques, v. art. 42 de la loi du 29 juillet 1881 et 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

l'infraction. Les règles de détermination de la complicité n'ont pas véritablement suscité de difficulté non plus.

Dans les faits, l'auteur du pourvoi était de toute évidence auteur de l'écrit et non directeur de publication des blogs en question. Ce faisant, en suivant la logique imposée par la cascade de responsabilité, il aurait dû être poursuivi en tant que complice, seul le responsable de chaque blog devant être considéré comme auteur des infractions. Ce raisonnement, adopté par le pourvoi, était exact si on appliquait strictement cette cascade. Encore faut-il indiquer que la jurisprudence a pu se montrer assez souple quant à la détermination de la modalité de participation. Elle a ainsi considéré que les dispositions des art. 50 et 53 de la loi du 29 juillet 1881 qui imposent, à peine de nullité, la détermination dans l'acte de saisine de l'instruction ou de poursuite des faits en cause et de la qualification juridique retenue, ne prévoient pas une telle obligation s'agissant de la modalité de participation³⁴. Le juge doit contrôler le mode de participation de chacun³⁵ et peut requalifier l'intervention sous réserve de mettre en mesure la personne de se défendre au regard du mode de participation retenu³⁶. La cascade aurait également pu être partiellement écartée, en raison du caractère direct de la communication et de l'absence de fixation préalable³⁷.

La Cour de cassation n'a toutefois pas eu besoin de recourir à cette souplesse dès lors qu'elle a totalement écarté l'application du mécanisme revenant au droit commun pour la seule communication au public en ligne en considérant que le recours à cette dernière « *exclut les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières en ce qui concerne la détermination des personnes responsables* »³⁸. La solution paraît en première lecture assez déconcertante, car le mode de communication n'avait jamais suscité de difficulté. En effet, toutes les dérogations au droit commun déjà évoquées visent « *la voie de la presse écrite ou*

³⁴ Cass. crim., 1er sept. 2005, *Comm. com. électr.* 2006, comm. 73, obs. A. Lepage.

³⁵ Cass. crim., 7 janv. 2020, n° 18-85.159, *Légipresse* 2020, p. 82, et p. 322, ét. N. Mallet-Poujol ; *Dr. pén.* 2020, comm. 79, obs. Ph. Conte ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 19, p. 32, obs. P. Piot.

³⁶ Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 14-81.189, *Comm. com. électr.* 2015, comm. 35, obs. A. Lepage ; *D.* 2016, p. 281, obs. E. Dreyer et Cass. crim., 9 déc. 2014, n° 13-86.917, *Bull. crim.* n° 259 ; *Comm. com. électr.* 2015, comm. 13, obs. A. Lepage ; *D.* 2015, p. 342, obs. E. Dreyer.

³⁷ Cass. crim., 7 janv. 2020, n° 18-85.159, F-D : *JurisData* n° 2020-000154 ; *Légipresse* 2020, p. 82, et p. 322, étude N. Mallet-Poujol ; *Dr. pén.* 2020, comm. 79, obs. Ph. Conte ; *Gaz. Pal. Rec.* 2020, n° 19, p. 32, obs. P. Piot et pour une analyse de l'application de la responsabilité en matière de communication au public en ligne en présence et en l'absence de fixation préalable, v. « Responsabilité pénale dans la communication audiovisuelle et l'Internet », *J. Cl. Communication*, 2021, n°46.

³⁸ V. n°27.

audiovisuelle ». Il semblait entendu que cette référence renvoyait, pour ce dernier mode à la communication par radio, télévision ou encore sur internet³⁹. Cette solution paraissait d'autant plus acquise que le texte n'avait pas fait l'objet de modification depuis 1994. Or, c'est bien ici que se trouve la difficulté posée. En effet, la loi du 21 juin 2004, dite *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, a modifié la terminologie applicable aux médias pour considérer que la communication au public par voie électronique, autrefois appelée communication audiovisuelle, réunit la communication audiovisuelle et la communication au public en ligne, ce qu'énonce l'art. 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Ce changement terminologique n'a pas été accompagné d'une mise en cohérence du droit. Symptomatique est le fait que la responsabilité en cascade prévue en matière de communication au public en ligne demeure dans la loi du 29 juillet 1982 « *sur la communication audiovisuelle* », laquelle évoque en son article 93-3 « *les moyens de communication au public en ligne* ».

Dès lors, la seule référence à la presse écrite ou audiovisuelle, figurant dans les textes précités et non modifiée depuis 2004, met de côté la communication au public en ligne ce que l'arrêt commenté met particulièrement en évidence, la chambre criminelle de la Cour de cassation considérant « *la communication au public en ligne ne relève pas de la communication audiovisuelle, dès lors qu'elle en est expressément exclue par l'article 2, alinéa 3, de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004* »⁴⁰.

Il en résulte une situation assez étonnante qui accentue encore le recours au droit commun. La même infraction, le discrédit jeté sur un acte ou une décision juridictionnelle par exemple, relève de la loi du 29 juillet 1881 si elle est commise par voie de presse écrite, de la loi du 29 juillet 1982 si elle relève de la communication audiovisuelle et du droit commun si le propos est mis en ligne. Dans l'affaire ayant fait l'objet du pourvoi, cela permet à la chambre criminelle de considérer que la cour d'appel avait pu souverainement considérer que l'auteur de l'écrit était aussi co-auteur de l'infraction en ayant laissé au directeur de publication le soin de mettre en ligne les messages concernés. La déspecialisation dont il est question n'est autre

³⁹ Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-84.705, *Bull. crim.* n° 144 ; *Gaz. Pal.* 17 nov. 2005, p. 28, note Y. Monnet.

⁴⁰ V. n°26.

que l'utilisation, là où on ne l'attendait pas, de la responsabilité du fait personnel de l'art. 121-1 du CP. Or, la portée de cet arrêt est doublement importante.

Elle l'est, car la solution posée dépasse le champ de la seule infraction du discrédit, assez discrète en jurisprudence, puisque, comme cela a été indiqué, une quinzaine de qualifications pourrait être concernée par celle-ci dès lors que la référence à la communication audiovisuelle est identique. Elle l'est aussi, car la cascade de responsabilité n'est pas la seule en cause, l'irresponsabilité de la personne morale pourrait ici être remise en cause, pour la seule communication au public en ligne. Faute d'exception prévue par les textes, il conviendrait logiquement d'appliquer le principe résultant de l'art. 121-2 tel que rédigé depuis la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II et admettre ainsi la responsabilité pénale des personnes morales pour la commission du délit de discrédit, mais dans la seule hypothèse où celui-ci est commis par voie de communication au public en ligne.

Aux fins de cohérence, le législateur devrait dès lors intervenir. Une manière de procéder pourrait être suggérée par les textes en vigueur. L'article 227-24 du CP évoque bien « *la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne* » à propos de la responsabilité pénale en matière de messages violents ou pornographiques accessibles aux mineurs tout comme l'art. 223-1-1 du CP⁴¹. Le législateur dispose en réalité d'une alternative : soit ajouter à la communication audiovisuelle la communication au public en ligne, soit, de façon plus synthétique, remplacer la communication audiovisuelle par la communication au public par voie électronique faisant ainsi référence à l'art. 2 de la loi du 30 septembre 1986 dans sa version actuelle.

Quel que soit le choix adopté, il ne paraît toutefois pas souhaitable de pérenniser cette déspecialisation par délaissement qui conduit à une discordance des régimes applicables à cette série d'infractions de droit commun empruntant à la loi du 29 juillet 1881 la détermination de la responsabilité.

⁴¹Incrimination visant la révélation, la diffusion ou la transmission d'informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne permettant de l'identifier ou de la localiser aux fins de l'exposer ou d'exposer les membres de sa famille à un risque direct d'atteinte à la personne ou aux biens que l'auteur ne pouvait ignorer.