



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, 2020, 2, hal-04578302

HAL Id: hal-04578302

<https://hal.science/hal-04578302v1>

Submitted on 24 Oct 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, ISC-EPRED

PRESSE ET CAPTATION D'IMAGES ET DE SONS D'AUDIENCE

Cons. const., 6 décembre 2019, décision n° 2019-817-QPC - Cass. crim., 24 mars 2020, pourvoi n° 19-81.769

Les relations entretenues par le journalisme et la justice demeurent un sujet aux ramifications nombreuses¹ et alimentent une jurisprudence foisonnante de sorte que se forge progressivement un droit pénal, si ce n'est dérogatoire, tout au moins adapté à cette activité. Outre la question de la protection des sources des journalistes, se pose de manière récurrente celle de la couverture médiatique du procès pénal. Il y a peu, le Conseil constitutionnel, comme la Cour de cassation, posait l'interdiction de participation des journalistes aux actes d'investigation², invitant à interroger l'équilibre qui doit prévaloir entre liberté d'information et secret de l'instruction et de l'enquête³. La décision QPC du Conseil constitutionnel du 6 décembre 2019⁴ et l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 24 mars 2020⁵ qui la prolonge, posent, eux deux, les jalons d'un équilibre entre la liberté d'expression et la préservation de l'administration de la justice et des droits de ses participants dans la phase d'audience.

À l'origine de cette affaire, un hebdomadaire avait publié des photographies prises dans la salle de la cour d'assises lors d'un procès fortement médiatisé où l'accusé était poursuivi à raison de la complicité d'actes présentant un caractère terroriste⁶. La directrice de publication de l'organe de presse, désignée auteure de l'infraction à raison de la cascade de responsabilité de l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881, avait été mise en cause au regard de l'article 38 *ter*

¹ Pour une présentation générale, F. BUSSY, « Justice et médias », *D.* 2010, p. 2526.

² Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC : *Procédures* 2018, comm. 128, obs. J. Buisson ; *Comm. com. électr.* 2018, comm. 36, obs. A. Lepage ; *Rev. pénit.* 2018, p. 395, nos obs. — et Cass. crim. 9 janv. 2019, n° 17-84.026 : *AJ pénal* 2019, p. 144, note A. Dejean de la Bâtie.

³ X. Breton et D. Paris, *Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction*, Doc. A. N., n° 2540. V. égal. l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation sur le fait de filmer une personne en garde à vue fondé sur l'art. 226-1 et admettant l'atteinte à la vie privée, Cass. crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.507.

⁴ Cons. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC : *Daloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. A. Leon ; *Comm. com. électr.* 2020, comm. 5, obs. A. Lepage ; *AJ pénal* 2020, p. 76, obs. Ch. Courtin ; *Procédures* 2020, comm. 46, obs. A.-S. Chavent-Leclère.

⁵ Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-81.769 : *D.* 2020, p. 877 ; *Daloz actualité*, 11 mai 2020, obs. S. Lavric.

⁶ J. SIBER, « Photos du procès Merah dans Paris-Match : une transgression légitime ? », *Daloz actualité*, 13 nov. 2017.

de la loi du 29 juillet 1881 qui interdit dès « *l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image* ». Lors du pourvoi en cassation, une question prioritaire de constitutionnalité était soulevée. Les plaideurs contestaient la conformité de l'interdiction de captation et de diffusion de l'article 38 *ter* au regard de la liberté d'expression et de communication de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁷. Selon les plaideurs, le délit créé par la loi du 6 décembre 1954 ne se justifiait plus aujourd'hui. Le Conseil constitutionnel répond par la négative, considérant que l'interdiction posée à l'article 38 *ter* constitue, aujourd'hui encore, une atteinte proportionnée à la liberté d'expression et de communication et ne méconnaît pas le principe de nécessité des délits et des peines. Débordant du champ de sa saisine, le Conseil procède à une analyse plus globale de la couverture journalistique de l'audience. Ainsi, tout en considérant l'interdiction de la captation des images et des sons d'audience autant que leur cession et leur publication conforme à la Constitution, il rappelle que les journalistes ont en revanche la possibilité d'effectuer un compte-rendu de l'audience. Après obtention de ce brevet de constitutionnalité, l'affaire revient devant la Cour de cassation qui tire, dans l'arrêt commenté, les conséquences de la compatibilité de l'article 38 *ter* avec la Constitution et affirme, dans un même temps la compatibilité avec la CEDH tout en confirmant l'applicabilité de l'article 38 *ter* jusqu'à la levée de l'audience.

L'intérêt de cette double décision tient à la démarche suivie par les juridictions qui observent le délit de captation d'images et de sons d'audience à la lumière de la liberté d'expression et de communication, montrant que cette interdiction demeure fondée (1) dans le cadre d'une recherche d'équilibre dans la transparence judiciaire (2).

1 – À L'interdiction de captation : un délit aux fondements actualisés

La QPC transmise par la chambre criminelle de la Cour de cassation conduisait le Conseil constitutionnel à questionner les fondements de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881. Comme le souligne la Cour dans l'arrêt se prononçant sur le renvoi, il convient de se demander « *si la disposition critiquée, initialement instituée en vue de préserver la sérénité des débats devant les juridictions, protéger les droits des parties au procès et garantir l'autorité et l'impartialité de la justice, n'est pas devenue, au regard de l'évolution des*

⁷ Cass. crim., 1^{er} oct. 2019, n° 19-81.769 : *Comm. com électr.* 2019, comm. 68, obs. A. Lepage.

techniques de communication, susceptible de constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication »⁸.

Du comportement délictueux critiqué, il est en réalité peu question. Le délit de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 est, il est vrai, une infraction mal connue et dont le contentieux demeure peu développé. Se situant parmi les publications interdites, la disposition prévoit la prohibition de la captation, la cession et la publication d'images et de sons d'audience aux fins de préservation de l'œuvre de la justice et de protection de ceux qui relèvent d'elle. Le texte de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 délimite les contours de l'infraction de manière assez souple.

La souplesse se manifeste, d'un point de vue temporel, par une double incertitude. La première tient à la notion d'« *ouverture de l'audience* » qui constitue le point de départ de l'interdiction, moment quelque peu incertain dans sa définition, mais dont il faut sans doute considérer qu'il coïncide avec l'entrée de la juridiction dans la salle d'audience. La seconde tient à l'absence de fin de l'interdiction de captation prévue par le texte. En retenant le critère précédemment évoqué, il est possible d'admettre que le retrait de la juridiction permet de déterminer la fin de l'audience ou sa suspension. Ainsi, en rejetant le pourvoi d'un journaliste ayant filmé le président et les assesseurs d'une cour d'assises lors du prononcé du verdict et condamné sur le fondement de l'article 38 *ter*, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'admettre que l'audience pouvait être rouverte pour quelques instants⁹. L'arrêt du 24 mars 2020 confirme la solution en posant nettement les bornes de la protection, de l'ouverture de l'audience jusqu'à sa levée, comprenant « *les périodes de suspension de l'audience* ». Cette souplesse s'explique au regard de la justification donnée par la Cour, à savoir le fait d'être dans l'enceinte judiciaire et pour la personne de se savoir protégée par l'interdiction de filmer. Sans évoquer le droit à l'image, on ne peut qu'être frappé par le raisonnement adopté par la Cour et noter l'importance de la croyance légitime d'une protection pénale qui fonde l'étendue de la protection. Il convient alors d'insister sur l'importance du lieu de la captation, dès lors, le délit paraît exclu si le sujet de captation est hors de la salle d'audience quand bien même il y serait lié. Cette articulation est d'ailleurs confirmée par les quelques décisions intervenues sur ce point excluant du champ du délit les captations faites des délibérés, les prises de vue survenues durant ces instants-là relevant non pas de la captation illicite d'images

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cass. crim., 8 juin 2010, n° 09-87.526 : *D.* 2011, p. 788, obs. E. Dreyer ; *RSC* 2010, p. 943, obs. J.-F. Renucci ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. n° 100, obs. A. Lepage.

ou de sons d'audience, mais éventuellement du délit d'atteinte à la vie privée des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal¹⁰.

Souple est encore la délimitation des audiences susceptibles d'être concernées. En visant toutes les audiences des juridictions administratives et judiciaires, rares sont les juridictions internes exclues. Tel est le cas du tribunal des conflits et du Conseil constitutionnel¹¹.

Souple est toujours l'encadrement des comportements réprimés. Ce délit présente une certaine originalité parmi tous ceux de la loi du 29 juillet 1881. Le plus souvent, en effet, la publication constitue un élément central des délits prévus par la loi sur la liberté de la presse conditionnant la répression de la plupart d'entre eux¹², modifiant la nature de la diffamation ou de l'injure¹³ ou encore déterminant le régime dérogatoire du droit de la presse comme le montre la cascade de responsabilité de l'article 42 de la même loi¹⁴. L'originalité tient notamment à ce que l'article 38 *ter* alinéa 1 réprime la seule captation sans qu'aucune diffusion ne soit effectuée. L'alinéa 4 du même article étend la répression aux suites de la captation, à savoir la cession et la publication d'images ou de sons enregistrés, dont le dernier était en cause dans la présente affaire. Apparus tardivement¹⁵, ces délits de conséquence, ou formes spécifiques de recel, disposent d'un « *effet moteur* »¹⁶ qui vient motiver la captation illégale à l'image des atteintes à la vie privée des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal¹⁷. Le Conseil constitutionnel, saisi de l'intégralité du texte, ne procède à aucune distinction à cet égard et traite tous les comportements ensemble. Le délit de captation doit en outre être rapproché de deux délits d'audience : les délits d'interdiction de captation de l'audience prévus par l'article L. 222-17 du Code de la justice militaire qui vise les audiences tenues par les juridictions militaires en temps de guerre et l'article 308 du Code de procédure pénale applicable à la cour d'assises¹⁸. Si les contours s'avèrent différents à plusieurs égards¹⁹, on

¹⁰ Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-81.492 : D. 2010, p. 768, obs. S. Lavric, et p. 2732, obs. T. Garé ; *AJ pénal* 2010, p. 340, obs. C. Duparc ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. n° 66, obs. A. Lepage ; *Dr. pén.* 2010, comm. 56, obs. M. Véron.

¹¹ Ce dernier ayant d'ailleurs fait le choix de diffuser ses audiences, cf. *infra*.

¹² *Comm. com. électr.* 2019, comm. 68, note A. Lepage, obs. sous Cass. crim., 1^{er} oct. 2019.

¹³ La publicité ou l'absence de publicité conduisent à qualifier l'injure et la diffamation de délits (L. 29 juillet 1881, art. 29 et s.) ou de contraventions (v. not. C. pén., art. R 621-1 et -2).

¹⁴ Cette disposition s'appliquant pour la presse écrite, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 constitue son pendant pour la communication audiovisuelle et électronique.

¹⁵ Cette extension de la répression résulte de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

¹⁶ *Comm. com. électr.* 2020, comm. 5, note A. Lepage, obs. sous Cons. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817-QPC ; E. DREYER, in B. BEIGNER, B. de LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, LexisNexis, 2009, n° 1431.

¹⁷ Les articles L. 222-17 du CJM et 308 du CPP sont rédigés dans des termes quasiment identiques. Le lien entre ces textes et l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 paraît extrêmement perceptible lorsque le Conseil constitutionnel envisage les fondements du délit, cf. *infra*.

¹⁸ Pour lequel le Conseil constitutionnel avait déjà fait l'objet d'une saisine et avait déclaré contraire aux exigences de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen le dernier alinéa de l'art. 308 excluant toute nullité en cas

observe un concours de textes²⁰ lorsqu'il est question de réprimer la captation d'images ou de sons résultant d'une audience d'assises. La présente affaire montre de quelle manière peuvent s'articuler les deux infractions lorsque l'image est captée dans ce cadre. Si la captation peut relever des deux articles, elle tombe en réalité dans le giron de l'article 308 en raison de la plus grande sévérité²¹ et de la plus grande spécificité du texte²² lorsqu'elle est constatée sur le vif. En revanche, la publication de la photographie ne peut être poursuivie que sur le fondement de l'article 38 *ter* de la loi de 1881.

Souple est enfin l'encadrement de la répression d'un point de vue technologique, le texte visant « *tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image* ». Si le délit de l'article 308 du CPP évoque plus précisément certains d'entre eux²³, la formule de l'article 38 *ter* est aussi souple que large, incluant aujourd'hui aussi bien les appareils destinés à filmer ou enregistrer les sons, y compris de manière très discrète, que ceux qui disposent d'une fonctionnalité le permettent, ce qui est le cas du smartphone²⁴. Or, la question posée au Conseil constitutionnel est précisément celle de la pertinence de cette infraction à l'heure du numérique.

Ce délit, issu de la loi du 6 décembre 1954, avait été pensé et adopté à une autre époque pour protéger l'audience, le crépitement des flashes et les mouvements des journalistes nuisant aux débats. Jusqu'en 1954 les photographes avaient droit de cité durant les audiences²⁵ et certains procès, notamment celui de Marie Besnard ou de Gaston Dominici, ont pu être perturbés par l'intervention bruyante et visible de photographes prompts à capter l'image des accusés aux instants clés de l'audience²⁶. Depuis lors, le dispositif n'a connu que des modifications

de manquement aux règles prévues en matière de captation des audiences d'assises (Cons. const., 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC).

¹⁹ Pour une présentation des deux dispositions, v. not. H. ANGEVIN, v° « Cour d'assises. Débats. Dispositions générales. Principes fondamentaux : Publicité, Continuité, Oralité », *J.-Cl. proc. pén.* 2007, fasc. 20, n° 92 et s.

²⁰ *Id.*, spéc. n° 97.

²¹ La peine encourue à l'article 308 du CPP est une amende de 18 000 euros contre 4 500 à l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881. On peut toutefois noter que le premier texte ne permet pas de confisquer le matériel ayant servi à commettre l'infraction et le support de la parole ou de l'image, ce que le second permet en son alinéa 3.

²² L'article 308 ne s'applique qu'à l'audience d'une cour d'assises, l'article 38 *ter* visant toutes les audiences judiciaires et administratives.

²³ CJM, art. L. 222-17 et C. pr. pén., art. 308 se montrent plus précis évoquant « *caméra de télévision ou de cinéma* » et les « *appareils photographiques* ».

²⁴ Sur cette difficulté, cf. *infra*.

²⁵ M. TSIKOUNAS, « La loi du 6 décembre 1954 et ses conséquences au petit écran », *Les Cahiers de la Justice*, 2019, vol. 1, n° 1, p. 85-98.

²⁶ Pour une très riche présentation historique de la loi, v. C. SÉCAIL, « De la loi du 6 décembre 1954 au rapport Linden (2005) : vers le retour des caméras dans le prétoire ? », *Le temps des médias* 2010, n° 15, spéc. p. 271 et s.

mineures, si ce n'est par la loi du 2 février 1981 qui procède à une réécriture partielle²⁷ et à son déplacement de l'article 39 alinéa 4 à l'article 38 *ter* de la loi sur la liberté de la presse.

C'est dire si le texte a d'abord été pensé au regard d'une perturbation immédiate des débats judiciaires. Les auteurs de la question et la Cour de cassation interrogeaient le Conseil constitutionnel sur la pertinence d'un tel fondement aujourd'hui ou, au contraire, sa « *désuétude* »²⁸, dès lors que les appareils numériques opèrent de manière tout à fait discrète et qu'il faut parfois attendre, comme cela a été le cas dans l'affaire, que les clichés soient publiés pour savoir que la photographie illégale a bien été réalisée. Bien que l'affaire ne l'indique pas précisément, il est possible de penser que la captation n'avait pas provoqué une perturbation qui aurait pu impliquer la poursuite immédiate d'une infraction d'audience sur le fondement de l'article 308 du Code de procédure pénale.

Cependant, la répression de la publication d'un tel cliché demeure pertinente. Plutôt que d'écarter le fondement de la qualification, le Conseil procède à une forme de mise à jour de celui-ci en montrant la diversité des enjeux de l'interdiction conjuguant perturbation immédiate et différée de l'audience.

La perturbation immédiate n'a pas, selon le Conseil, complètement cessé. Si la gêne directe des débats est toujours susceptible d'exister, ne serait-ce que par les mouvements des photographes, une autre forme de gêne, plus insidieuse, pourrait résulter de la captation, ou plus exactement, du risque de diffusion des images et sons captés. Le Conseil met ici particulièrement en évidence les liens unissant délits de captation, de cession et de publication des images et sons d'audience. La liberté de parole pourrait être perturbée en raison des risques de diffusion²⁹, les acteurs pouvant craindre à l'extérieur de la salle d'audience les contrecoups de leur participation à l'œuvre de justice alors même qu'ils sont protégés dans la salle d'audience par différentes dispositions, notamment par l'immunité judiciaire de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. Cette protection est rattachée par le Conseil à l'objectif de bonne administration de la justice³⁰ qui constitue en droit constitutionnel une réserve légitime de la liberté d'expression et de communication. La Cour de cassation, en se livrant de manière succincte au contrôle de conventionnalité ne procède pas différemment évoquant « *la sérénité*

²⁷ Avant cette loi, le garde des Sceaux avait la possibilité d'autoriser l'emploi d'appareils photographiques durant toute l'audience, mais ne pouvait en faire de même pour tout autre dispositif d'enregistrement sonore ou de caméras créant sans doute une discrimination en fonction des médias, v. A. CHAVANNE, H. BLIN, R. DRAGO, *Traité du droit de la presse*, Librairies techniques, 1969, n° 134.

²⁸ *AJ pénal* 2020, p. 78, note Ch. Courtin, obs. sous Cons. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC.

²⁹ E. DREYER, in B. BEIGNER, B. de LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, *op. cit.*, n° 1427.

³⁰ Pour diverses formes de reconnaissance de cet objectif de valeur constitutionnelle dans le champ pénal, v. Cons. const., 18 mai 2018, n° 2018-705 QPC, n° 11 — Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, n° 16.

et la sincérité des débats judiciaires, qui conditionnent la manifestation de la vérité et contribuent ainsi à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire » sans véritablement approfondir le raisonnement auquel elle s'est déjà livrée et qui paraît aussi acquis aux yeux de la CEDH³¹.

Pourtant, à la différence de la Cour, le Conseil pointe également l'existence d'une forme de perturbation différée qui justifie le maintien de l'interdiction. Au fondement de cela, se trouve moins la protection de la justice que celle des personnes qui ont participé à celle-ci. Partant, le Conseil invoque la vie privée des participants, la sécurité des acteurs judiciaires ou encore la présomption d'innocence³². Le raisonnement peut être approuvé. Autant, les moyens technologiques ont conduit à rendre plus discret la captation, autant la diffusion sur internet, le maintien sur des plateformes vidéo et le relais des réseaux sociaux³³, peuvent rendre les images plus visibles et exposer les acteurs du procès beaucoup plus longtemps que par le passé. À cet égard, les craintes manifestées par le Conseil constitutionnel rejoignent en tous points les réserves formulées par la Recommandation du Conseil de l'Europe sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales³⁴. On s'étonnera de ce que la Cour de cassation n'ait pas jugé bon d'évoquer « *la protection de la réputation ou des droits d'autrui* » ce qu'elle avait pu faire auparavant suivant le raisonnement de la CEDH³⁵. Ce faisant, elle semble se limiter, au moins en apparence, à une analyse du fondement tournée vers la mission de justice et n'envisage pas la question sous l'angle de ceux qui y participent.

La mise à jour des fondements constitutionnels de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 permet de porter un regard différent sur ce dernier et d'observer les interdictions qui y sont décrites sous un jour nouveau. En mettant en exergue les risques de diffusion, l'on peut en effet se demander si le délit de publication, délit de conséquence dans la construction posée à l'article 38 *ter*, ne constitue pas désormais le cœur du dispositif et si celui de captation ne doit

³¹ CEDH, 22 mars 2016, n° 48718/11, *Pinto Coelho c/ Portugal* (n° 2), n° 34 — CEDH, 6 mai 2003, n° 76682/01, *P4 Radio Hele Norge ASA c/ Norvège*.

³² La Cour de cassation, lorsqu'elle avait eu à examiner la compatibilité du même article au regard de l'article 10 de la CEDH, avait également évoqué le droit à l'image des personnes, v. Cass. crim., 8 juin 2010, n° 09-87.526 : *D.* 2011, p. 788, obs. E. Dreyer ; *RSC* 2010, p. 943, obs. J.-F. Renucci ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. n° 100, obs. A. Lepage.

³³ V. le cas de photos prises dans le procès Merah et diffusées dans Paris-Match, J. SIBER, « Photos du procès Merah dans Paris Match : une transgression légitime ? », *Dalloz Actualité* 13 nov. 2017.

³⁴ Recommandation Rec(2003)13 du Comité des Ministres aux États membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales adoptée le 10 juillet 200, spé. le principe 14 selon lequel « *Les reportages en direct ou les enregistrements effectués par les médias dans les salles d'audience ne devraient pas être possibles, sauf si et dans la mesure où la loi ou les autorités judiciaires compétentes le permettent explicitement. De tels reportages ne devraient être autorisés que s'il n'en résulte aucun risque sérieux d'influence indue sur les victimes, les témoins, les parties aux procédures pénales, les jurés ou les magistrats* ».

³⁵ Cass. crim., 8 juin 2010, n° 09-87.526 : *D.* 2011, p. 788, obs. E. Dreyer ; *RSC* 2010, p. 943, obs. J.-F. Renucci ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. n° 100, obs. A. Lepage.

pas être analysé comme le moyen d'éviter la survenance du premier, ou, pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel, à « *prévenir les atteintes* »³⁶ liées à la diffusion.

Cette prudence légitime conduit le Conseil et la Cour de cassation à admettre que le délit de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 dispose d'un fondement juridique ce dont il déduit de manière quelque peu lapidaire qu'il constitue une atteinte justifiée à l'exercice de la liberté d'expression et de communication. Pourtant, la solution conduit à interroger plus globalement la transparence judiciaire et le cadre juridique de l'exercice de l'activité journalistique dans l'audience pénale.

2 – L'interdiction de captation : l'équilibre précaire de la transparence judiciaire

Entre publicité et surexposition médiatique, la décision du 6 décembre 2019 et l'arrêt du 24 mars 2020 traduisent la nécessaire recherche d'équilibre dans la répression. Or, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation se montrent peu disert s'agissant de celui-ci.

La Cour de cassation, s'agissant du contrôle de conventionnalité, indique simplement qu'il s'agit d'une « *mesure nécessaire, dans une société démocratique* », rappelant le constat fait quelques années auparavant³⁷.

Le Conseil n'est pas plus prolix alors même que l'arrêt relatif à la transmission de la QPC, dans la formulation même, semblait considérer que l'équilibre faisait défaut puisque la prohibition de la captation par l'article 38 *ter* était « *générale* »³⁸. En peu de mots, le Conseil balaye le grief d'inconstitutionnalité. Il estime que l'interdiction « *à laquelle il a pu être fait exception, ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police du président de la formation de jugement* »³⁹. Comment expliquer que les juridictions semblent voir, dans le même dispositif, une interdiction totale pour l'une et un principe emportant des exceptions pour l'autre ? Cette différence de point de vue tient essentiellement à l'analyse plus globale à laquelle se livre le Conseil constitutionnel qui remet l'article 38 *ter* dans le contexte de la médiatisation de la justice.

³⁶ V. n° 7.

³⁷ Cass. crim., 8 juin 2010, n° 09-87.526 : D. 2011, p. 788, obs. E. Dreyer ; RSC 2010, p. 943, obs. J.-F. Renucci ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. n° 100, obs. A. Lepage.

³⁸ En ce sens, A. Lepage, obs. sous Cass. crim., 1^{er} oct. 2019, préc.

³⁹ V. n° 9.

Le Conseil lie publicité de l'audience et regard journalistique sur l'audience. Il est une évidence que le second ne se conçoit pas sans la première. Comme le rappelle le Conseil constitutionnel, le principe de publicité des audiences et des verdicts, de valeur constitutionnelle⁴⁰, permet à toute personne, et en particulier aux journalistes, de suivre les audiences en étant physiquement présents. Néanmoins, ce principe d'ordre public fait l'objet de restrictions⁴¹ tenant à certaines procédures à l'instar de celles concernant les mineurs⁴² ou encore la mise en œuvre du huis clos. De telles limites sont apparues justifiées aussi bien aux yeux de la CEDH⁴³ que du Conseil constitutionnel⁴⁴. Cette réserve s'impose en principe aux journalistes au même titre que pour tout citoyen. Pourtant, un régime spécifique a pu se développer, certaines formes de huis clos partiel permettant de réserver aux seuls journalistes le droit d'assister aux audiences⁴⁵. L'article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020⁴⁶ le consacre expressément dans le contexte spécifique du confinement lié à la pandémie de la Covid-19. La seconde réserve, évoquée par le Conseil dans sa décision, est un rappel de l'un des principes généraux de cette phase d'audience. Comme pour tout membre du public, la présence des journalistes n'est possible qu'autant que le président de la formation, exerçant son pouvoir de police, ne l'a pas exclu⁴⁷.

Cependant, au-delà de la seule publicité de l'audience, la recherche de la transparence de la justice amène à s'interroger sur les contours de la communication faite dans le contexte de l'audience pénale. Certains appellent de leurs vœux un « *rééquilibrage entre secret et transparence* »⁴⁸ afin de renforcer la légitimité du processus judiciaire et exposer davantage la

⁴⁰ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, consid. 117 et 118 : RSC 2004, p. 725, obs. C. Lazerges, et 2005, p. 122, obs. V. Bück ; *RTD civ.* 2005, p. 553, obs. R. Encinas de Munagorri ; n° 105. V. égal. pour sa valeur conventionnelle (Conv. EDH, art. 6 § 1) : CEDH, 8 déc. 1983, n° 7984/77, *Pretto et autres c/ Italie*, n° 21.

⁴¹ Cass. crim., 27 sept. 2000, n° 00-82.229 : *Bull. crim.*, n° 283.

⁴² V. not. CEDH, 16 déc. 1999, n° 24888/94, *T. c/ Royaume-Uni*, n° 87.

⁴³ CEDH, 14 nov. 2000, n° 35115/97, *Riepan c/ Autriche* : RSC 2001, p. 881, obs. F. Tulkens — en dernier lieu, v. CEDH, 16 janv. 2020, n° 31295/11, *Yam c/ Royaume-Uni* : *Daloz actualité* 7 février 2020, obs. Ch. Collin.

⁴⁴ V. not. Cons. const. 21 juill. 2017, n° 2017-645 QPC, *D.* 2017, p. 1533 ; *Constitutions* 2017, p. 498 ; *Procédures* 2017, comm. 286, obs. J. Buisson.

⁴⁵ Le huis clos partiel permet au président de la cour d'assises d'accepter la présence de journalistes malgré le prononcé du huis clos, v. Cass. crim., 11 déc. 1968, n° 68-92.858 : *Bull. crim.* 1968, n° 339 ; *JCP G* 1969, II, 15898, note M.-L. Rassat ; *D.* 1969, Jur., p. 234, note J.-M. R. Il convient de rapprocher de cette situation, la possibilité accordée aux journalistes d'accéder à la salle d'audience en temps de confinement, v. P. PARINET-HODIMONT, « Les joggers bientôt privés de sortie », *D.* 2020, p. 687, note 3.

⁴⁶ L'article prévoit ainsi que le président de la juridiction peut autoriser les journalistes à assister à l'audience, même en cas de huis clos, selon des conditions qu'il détermine. Il en va de même pour les audiences du juge des libertés et de la détention et de la chambre de l'instruction, art. 7, Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de la Covid-19.

⁴⁷ *AJ pénal* 2020, p. 79, obs. Ch. Courtin, note sous Cons. const. 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC. Les limites tenant également à l'utilisation d'un matériel électronique, cf. infra.

⁴⁸ D. SALAS, *Le tiers pouvoir*, Fayard, 1998, p. 240-241.

justice au public⁴⁹ dans une perspective pédagogique. La question posée au Conseil reflétait cette attente. La réponse apportée par la juridiction est que la transparence du procès pénal dans sa phase d'audience est aujourd'hui assurée de manière exceptionnelle par la captation et par principe par le compte-rendu.

En considérant, de manière laconique, qu'« *il a pu être fait exception* »⁵⁰ à l'interdiction de captation, le Conseil met en évidence les captations du procès admises par dérogation, lesquelles sont extrêmement limitées et, en outre, très hétérogènes, leur finalité n'étant pas nécessairement la transparence du procès.

Sont en effet dépourvus de rapport avec le débat de la mise en lumière de la justice pénale, les captations et enregistrements ayant pour but la tenue du procès sans que soit en cause la publicité externe de celui-ci. Ainsi en est-il du recours à la visioconférence permettant de réaliser des téléaudiences. L'article 706-71 du CPP prévoit notamment l'interrogatoire du mis en examen et des prévenus se trouvant à distance, l'audition d'experts ou de témoins, ou, particulièrement pour ces derniers, dans le tribunal, mais dans une autre salle, afin de protéger leur identité⁵¹. La visioconférence permet également aux parties civiles d'assister au procès lorsque la salle d'audience ne peut pas toutes les accueillir⁵², spécialement pour ceux impliquant des dommages de masse. Dépourvue d'enregistrement, cette forme de captation doit être rattachée à la nécessité du débat contradictoire et non à la publicité, celles-ci n'étant d'ailleurs pas incompatibles avec la mise en place du huis clos.

À côté de la captation liée à la visioconférence, se trouve celle ayant pour objet de mémoriser les débats du procès. À cette fin, l'article 308 alinéa 2 du CPP prévoit l'enregistrement sonore obligatoire des audiences d'assises en appel et facultatif en première instance⁵³, l'enregistrement pouvant être décidé d'office par le président ou fait, à la demande des parties ou du ministère public, de manière audiovisuelle⁵⁴. Cette captation n'est pas non plus à mettre en lien avec la recherche de la transparence dès lors que son exploitation ne peut être que

⁴⁹ V. sur ce mouvement, S. ROURE « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », *RFDC*, vol. 68, n° 4, 2006, p. 737-779 et Actes de colloque, 3^e Rencontres sénatoriales de la Justice, « Justice et médias : des caméras dans les prétoires », 7 juin 2005, https://www.senat.fr/colloques/recontres_justice_3/recontres_justice_33.html#toc16. [Consulté le 15 avril 2020].

⁵⁰ V. n° 9.

⁵¹ C. pr. pén., art. 706-71.

⁵² COJ, art. L. 111-12. Le recours à la visioconférence a ainsi permis aux très nombreuses parties civiles d'assister au procès du *Médiateur* dans deux salles équipées.

⁵³ Sauf renonciation de l'ensemble des accusés. L'absence d'enregistrement peut en outre conduire à la cassation de l'arrêt lorsqu'elle porte atteinte aux droits de la défense (C. pr. pén., art. 308, al. 6).

⁵⁴ Sur la reconnaissance du droit à l'enregistrement des audiences, v. Cons. const., 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC : D. 2016, p. 51, note Ch. Courtin.

purement judiciaire, sa consultation effectuée pendant les débats⁵⁵ ou lorsque la révision du procès est demandée⁵⁶. Ces formes de captation, de diffusion éventuelle, accompagnées ou non d'enregistrement n'ont pas vocation à accroître la visibilité du procès vis-à-vis de l'extérieur et ne peuvent se rattacher à la publicité externe de celui-ci.

La captation d'images et de sons visant à médiatiser le procès relève aujourd'hui en France de trois dispositifs ayant des fonctions différentes.

D'abord, la captation accompagnée d'une diffusion en direct peut être destinée à renforcer la publicité et l'étendre au-delà de la salle d'audience. Cette hypothèse se rapproche, au moins techniquement, de la visioconférence précitée, et permet au public se trouvant dans une autre salle, d'assister au procès conformément à l'article L 111-12 du Code de l'organisation judiciaire. La visioconférence crée une extension virtuelle de la salle d'audience où le président dispose d'un pouvoir de police comme il en dispose dans la salle où il se trouve⁵⁷. Cette forme de « *supra-publicité* »⁵⁸ a pu faire l'objet d'applications quelque peu discutables. Tel a été le cas, lorsque des débats ont été diffusés sur une place publique par haut-parleurs⁵⁹. La diffusion dans le palais de justice, moins contestable du point de vue des principes, peut aussi présenter certaines difficultés notamment lorsque le président doit assurer le pouvoir de police dans cet autre lieu⁶⁰.

La captation peut ensuite être autorisée de manière très limitée pour contextualiser le procès dans les médias en vertu de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881. Tel est le cas lorsque le président autorise les journalistes à effectuer des prises de vues ou de sons avant les débats, durant les instants qui précèdent ceux-ci et avec accord du Ministère public et des parties. Cette disposition singularise l'article précité au regard de l'article 308 du CPP, ce qui met en évidence la difficulté à les articuler. Faire prévaloir le texte spécifique applicable à la cour d'assises sur celui, plus général, mis en œuvre pour toutes les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif⁶¹, pourrait avoir pour effet d'exclure toute captation aux fins de contextualisation. Cependant, la pratique paraît différente, les présidents de cour d'assises optant pour une forme de combinaison en faveur de la liberté des médias. Ainsi, la rencontre des deux textes permet selon plusieurs auteurs de considérer la prise de vue possible à

⁵⁵ M. REDON, v° « Cour d'assises. Principes fondamentaux des débats au procès criminel », *Rép. pén. Dalloz* 2018, n° 234.

⁵⁶ C. pr. pén., art. 622-2 4°.

⁵⁷ Pour une illustration, v. J.-P. JEAN, « La retransmission en direct des procès », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 1, n° 1, 2019, p. 102.

⁵⁸ Cass. crim., 17 févr. 1955 : *Bull. crim.*, n° 111 ; *JCP G* 1955, I, 8621, note R. Vouin ; *D.* 1955, p. 191, note M. Patin.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Cass. crim., 12 oct. 1972 : *Bull. crim.*, n° 285.

⁶¹ Cf. *supra*.

l'ouverture de l'audience d'assises⁶² dans les conditions de l'article 38 *ter* à ceci près que la prise de vue n'est pas envisageable jusqu'au début des débats à proprement parler, mais doit impérativement exclure les opérations de formation du jury⁶³.

La captation peut enfin être effectuée aux fins de conservation d'archives audiovisuelles de la justice. Cette disposition, introduite par la loi du 11 juillet 1985⁶⁴, offre la possibilité, lorsque la procédure est publique⁶⁵, d'enregistrer l'ensemble des débats dans des conditions ne perturbant pas leur déroulement et ne lésant pas les droits de la défense⁶⁶. Cette possibilité d'enregistrer l'audience n'a fait l'objet, jusqu'à aujourd'hui, que de quelques utilisations⁶⁷. Certaines sont très peu contestables au regard des enjeux historiques des procès⁶⁸, d'autres ont en revanche été plus discutées. À titre d'illustration, si le procès AZF a effectivement fait l'objet d'une captation⁶⁹, en revanche, l'affaire Merah, à l'origine de la décision commentée, ne l'a pas été. En rejetant le pourvoi contestant la requête refusant l'enregistrement en raison de l'absence d'intérêt historique du procès pour des faits de complicité de terrorisme, la juridiction détache la gravité de l'infraction, quand bien même serait-elle extrême, et l'intérêt historique du procès⁷⁰. Or, cette dernière affaire n'est certainement pas étrangère à la loi du 23 mars 2019 rendant l'enregistrement de droit lorsqu'il est demandé par le ministère public de tout procès pour crime contre l'humanité ou pour acte de terrorisme⁷¹. Si la volonté de « systématiser »⁷² la captation à des fins historiques est nette pour ces deux champs, il conduit à une forme de paradoxe. Cette réforme confère au parquetier l'opportunité du choix et la

⁶² M. REDON, v° « Cour d'assises – Principes fondamentaux des débats au procès criminel », *Rép. Pén. Dalloz* 2018, n° 232.

⁶³ H. ANGEVIN, « Cour d'assises. Débats. Dispositions générales. Principes fondamentaux : Publicité, Continuité, Oralité », *op. cit.*, n° 98.

⁶⁴ C. patr., art. L. 221-1 à L. 222-3 ; v. J. PRADEL, « Les techniques audiovisuelles, la justice et l'histoire », *D.* 1986, chron., p. 113.

⁶⁵ Cass. crim., 3 févr. 2004, n° 04-80.530 : *Bull. crim.*, n° 26 ; *AJ pénal* 2004, p. 162, obs. A. Pitoun.

⁶⁶ C. patr., art. L.221-3.

⁶⁷ À ce jour, l'enregistrement aux fins d'archives a concerné 9 procès, 7 ont fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel, deux d'un enregistrement sonore, <http://www.archives-judiciaires.justice.gouv.fr/> [Consulté le 13 avril 2020]. Pour une présentation des enjeux de l'enregistrement, M. CORNU, « La constitution légale d'une mémoire orale du procès : les archives audiovisuelles de la justice », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, vol. 131-132, n° 1, 2019, p. 61. Le procès relatif aux attentats contre « Charlie Hebdo » et l'Hyper Cacher se tenant à partir du 2 septembre 2020 pourrait l'être également, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2020/07/09/le-proces-des-attentats-contre-charlie-hebdo-et-l-hyper-cacher-sera-filme_6045750_1653578.html [consulté le 14 juillet 2020].

⁶⁸ Les procès *Barbie* (1987), *Touvier* (1994) et *Papon* (1998) ont été les premiers à faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel. D'autres ont suivi depuis, le procès de l'affaire *Badinter Faurisson*, de dix-sept Chiliens pour des faits commis à la suite du coup d'État de 1973 au Chili ou encore de *Pascal Simbikangwa* pour des faits de complicité de génocide au Rwanda.

⁶⁹ Cass. crim., 17 févr. 2009, n° 09-80.558 : *Gaz. Pal.* 2009, n° 99, p. 13, note F. Desprez.

⁷⁰ Cass. crim., 29 sept. 2017, n° 17-85.774 : *Procédures* 2017, comm. 315, A.-S. Chavent-Leclère ; *AJ pénal* 2017, p. 498, D. Aubert.

⁷¹ Le dernier alinéa de l'art. L. 221-3 issu de la loi du 23 mars 2019 et entré en vigueur le 1^{er} janv. 2020.

⁷² V. l'exposé sommaire de l'amendement n° 1184 présenté par le gouvernement et introduisant la disposition dans le Code du patrimoine. La seule trace d'explication de l'introduction de cette disposition s'y trouve. Non sans une forme de circularité argumentative, le gouvernement indique que l'amendement « vise à rendre systématique l'enregistrement audiovisuel des audiences des procès pour terrorisme et crimes contre l'humanité si le ministère public le demande. En effet, l'enregistrement de ces procès présente souvent un intérêt pour la constitution des archives historiques de la justice ».

retire au magistrat du siège dans cette seule hypothèse. Dans tous les autres cas, le magistrat du siège désigné par l'article L 221-2 du Code du patrimoine conserve toute liberté d'écarter l'enregistrement, pour des raisons tenant aux faits ou encore aux victimes ou, tout simplement, en écartant l'intérêt historique du procès, notion dont les contours demeurent très incertains.

Enfin, une dernière exception doit être citée, non prévue par les textes. Celle-ci relève de la possibilité de réaliser des reportages sur la justice et l'on peut imaginer que l'accès des caméras au prétoire soit ici permis selon un cahier des charges déterminé en concertation avec l'autorité judiciaire. De tels reportages sont réalisés « *en marge de la loi* »⁷³ dès lors que leurs promoteurs ont obtenu l'autorisation du garde des Sceaux ou de chefs de juridictions. Ce dernier exemple montre le caractère insatisfaisant du droit actuel.

Les restrictions apportées à l'interdiction de captation des audiences restent donc faibles et l'équilibre affirmé se heurte régulièrement à la volonté de rendre la justice plus transparente. Cette préoccupation ressort de différents travaux qui pointent cet enjeu, la justice devant laisser les audiences être filmées « *pour que soit montrée la réalité judiciaire dans tous ses contours* »⁷⁴. Le rapport rendu par la commission *sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires*⁷⁵ dite commission *Linden*, tout en se montrant favorable à une plus grande transparence de la justice, a mis en évidence la difficile recherche d'un équilibre en la matière, entre diffusion de la justice et protection des personnes contribuant à la justice et conclue que la loi pourrait évoluer afin de permettre de réaliser les reportages évoqués, tout en limitant l'accès au prétoire aux caméras. Sans ici évoquer toutes les pistes explorées dans le rapport qui n'a pas véritablement eu de suites, plus audacieuse serait la réforme qui renforcerait la supra-publicité déjà évoquée en retransmettant en direct ou en léger différé à l'instar du Conseil constitutionnel lui-même, mais aussi de juridictions d'autres pays⁷⁶ ou encore de juridictions internationales⁷⁷. Comme le note très justement un auteur, l'évolution pourrait résulter des cours suprêmes⁷⁸. Quant à la justice du quotidien, si l'extension de la captation devait avoir lieu, il conviendrait de préserver les enjeux pointés par le Conseil constitutionnel

⁷³ F. BUSSY, « Les images du procès et l'entrée des caméras dans les salles d'audience », *Légicom* 2012, vol. 48, n° 1, p. 86.

⁷⁴ J. DALLEST, in « Justice : un dévoilement possible ? Entretien croisé entre Jacques Dallest et Pierre Januel », propos recueillis par M. Bonduelle et E. Johnstone, *Délibérée*, 2020/1, n° 9, p. 55.

⁷⁵ *Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires*, 2005. V. les données du débat déjà affirmées plusieurs décennies avant, J. PRADEL, « Les techniques audiovisuelles, la justice et l'histoire », *D.* 1986, chron., p. 113.

⁷⁶ Pour en présentation montrant les contrastes saisissant existant en législation comparée, v. P. LAMBERT, « Les caméras de télévision dans les salles d'audience », *L'Honnête Homme et le droit*, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer, LGDJ, 2000, p. 253.

⁷⁷ J.-P. JEAN, « La retransmission en direct des procès », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 1, n° 1, 2019, p. 103 et s.

⁷⁸ D. SALAS, « La justice du XXI^e siècle, le défi de l'image », *Les Cahiers de la Justice*, 2019, vol. 1, no. 1, p. 114.

dans la présente décision : filmer la justice et la diffuser tout en protégeant ses participants⁷⁹. L'impartialité de la juridiction, la sérénité des débats ainsi que les risques au regard de l'opinion conduisent à exclure une diffusion trop hâtive, voire en direct, tandis que le droit à l'oubli commande de ne pas diffuser trop longtemps après la tenue du procès afin d'éviter de prolonger les effets de celui-ci bien au-delà de la mémoire d'homme⁸⁰.

Les auteurs de la QPC souhaitaient vraisemblablement que ce débat rebondisse avec cette décision, tel n'est pas le cas. Le Conseil n'a pas entendu remettre en cause le principe de l'interdiction de la captation d'audience et de la diffusion des sons et images, se rapprochant également de la CEDH qui s'est refusée à faire de même⁸¹, arguant de l'absence de consensus européen sur ce point et des risques que présente une telle captation pour les justiciables et pour la justice elle-même⁸². Cependant, dans la décision commentée, le Conseil montre que la question de la médiatisation de la justice et celle de sa transparence ne s'arrêtent pas à la simple diffusion d'images de procès, mais que, en l'état du droit, celle-ci est davantage assurée par le compte-rendu judiciaire opéré par les journalistes.

En évoquant « *la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement* », le Conseil constitutionnel affirme le rôle des journalistes, « *intermédiaires nécessaires entre la justice et le public* »⁸³ et l'importance du compte-rendu judiciaire comme moyen principal d'assurer la médiatisation de la justice judiciaire ou administrative. De manière très succincte, la décision du Conseil constitutionnel reconnaît que le compte-rendu judiciaire peut non seulement être réalisé ultérieurement, ce qu'il est classiquement le cas tous médias confondus, mais aussi être effectué en direct. Il peut ainsi prendre la forme de dessins⁸⁴ ou d'écrits notamment grâce à la technique du *Live tweet* permettant aux utilisateurs de *Twitter* de créer un fil de discussion destiné à permettre à tous

⁷⁹ Au-delà des questions juridiques se pose également la question de la manière de capter, les prises de vues, les cadrages ou les montages pouvant modifier la perception du procès, v. not. le rapport de la commission *Linden* sur ce point, p. 27.

⁸⁰ A. GARAPON, propos recueillis par B. VILLEZ et C. SÉCAIL, *Le temps des médias*, 2010, n° 15, p. 213. Le *Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires* a estimé qu'une justice en direct ou en léger différé présenterait un risque trop important au regard de la sérénité des débats, p. 23, mais s'est montrée favorable à une diffusion « à bref délai » pour « *parvenir à un point d'équilibre entre le droit de savoir et le "droit à l'oubli"* », *id.* p. 25.

⁸¹ CEDH, 6 mai 2003, n° 76682/01, *P4 Radio Hele Norge ASA c/ Norvège*, à propos de la diffusion en direct.

⁸² CEDH, 22 mars 2016, n° 48718/11, *Pinto Coelho c/ Portugal (n° 2)*, n° 50.

⁸³ E. DERIEUX, « Les comptes rendus d'audiences », *Liberté de la Presse et Droit pénal*, PUAM, 1974, p. 271.

⁸⁴ J.-P. JEAN, « Peur de la justice : l'image renversée », *Les Cahiers de la Justice* 2019, vol. 1, n° 1, p. 15 et A.-M. SAUTERAUD, « Le statut des dessinateurs de presse et le droit à l'image des justiciables », *Légicom* 2012, n° 48, p. 79.

ceux qui le en direct de prendre connaissance de cours commentaires effectués par le journaliste⁸⁵.

La simplicité apparente de la décision s'accompagne d'un certain nombre de zones d'ombres. Bien que la question ne soit pas envisagée, il ne nous semble pas que la décision puisse impliquer une remise en cause des comptes-rendus d'audience interdits par la loi du 29 juillet 1881, que ce soit directement par l'article 39⁸⁶ ou plus globalement par l'article 39 bis⁸⁷. De manière plus prosaïque, la décision fait peu de cas d'une difficulté pratique rencontrée à plusieurs reprises et tenant à la technologie utilisée pour effectuer le *Live tweet*. Un terminal informatique étant requis, les journalistes utilisent la plupart du temps un smartphone, une tablette ou un ordinateur portable pour ce faire. Or, ceux-ci constituent bien des appareils permettant d'enregistrer la parole ou l'image au sens de l'article 38 *ter* et pouvant être retirés le temps de l'audience dans le cadre du pouvoir de police du président⁸⁸. En évoquant simplement la possibilité de rendre compte pendant le déroulement de l'audience, le Conseil s'attache au mode d'utilisation de la technologie rendant sans doute la police de l'audience un peu plus difficile⁸⁹ ou aléatoire⁹⁰. Il faut à l'évidence faire la part entre les modalités de compte-rendu ne perturbant pas l'audience et celles occasionnant des désagréments aux débats ce qui ne peut être apprécié de manière générale, mais relève de chaque espèce. Sous cette réserve, la décision du Conseil constitutionnel du 6 décembre 2019 devrait permettre aux journalistes de se voir autoriser l'utilisation du matériel nécessaire.

Cette mesure, garante de la liberté d'information, pose alors la question du statut juridique du compte rendu en direct des débats. En l'absence de distinction du compte-rendu différé et du compte-rendu en direct, il convient de leur conférer le même régime juridique. Dès lors, le *live tweet* peut relever de l'immunité de l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 s'agissant de toute action en diffamation, injure ou outrage, dont le fondement même est la

⁸⁵ S. DURAND-SOUFFLAND, « Les comptes rendus d'audience, Twitter et le déroulement du procès en temps réel », *Légicom* 2012, vol. 48, n° 1, p. 75-77 et F. SAINT-PIERRE, « Twitter aux mains des chroniqueurs judiciaires : le meilleur et le pire », *AJ pénal* 2015, p. 83.

⁸⁶ Cet article réprime le fait de rendre compte des procès en diffamation lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne au sens de l'article 35 *a*, des procédures « 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 », toute affaire civile pour laquelle la juridiction a interdit le compte rendu du procès. On peut ajouter l'interdiction faite à l'article 14 de l'ordonnance du 2 février 1945 de publier tout compte rendu des débats des tribunaux pour enfants, v. égal. l'art. L. 513-4 du futur Code de la justice pénale des mineurs.

⁸⁷ La publication du compte-rendu d'audience doit en effet respecter l'interdiction de diffuser les informations relatives à l'identité ou permettant l'identification de mineurs cités par cet article.

⁸⁸ *AJ pénal* 2020, p. 79, obs. Ch. Courtin, note sous Cons. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC.

⁸⁹ On s'interrogera par ex. sur la manière dont les présidents traiteront les journalistes qui, n'ayant pas ou peu de réseau internet à la place à laquelle ils se trouvent, relèveront leur téléphone régulièrement pour envoyer un tweet sans pour autant prendre une photographie.

⁹⁰ F. SAINT-PIERRE, « Twitter aux mains des chroniqueurs judiciaires : le meilleur et le pire », *AJ pénal* 2015, p. 84.

transparence des débats judiciaires, s'il constitue un « *compte-rendu fidèle fait de bonne foi* ». Tel est le cas si le *live tweet* « *consiste à mettre en regard les prétentions contraires des parties et à permettre, par une narration générale ou partielle, d'apprécier l'ensemble des débats judiciaires, en s'abstenant de toute dénaturation des faits et de toute imputation malveillante, spécialement à l'égard des membres de la juridiction* »⁹¹. Le caractère extrêmement bref de l'expression par ce canal ne constitue pas en soi un obstacle, la jurisprudence ayant estimé que le rapport de l'audience fait en une seule phrase pouvait relever du compte-rendu⁹². L'essentiel réside davantage dans la nécessaire objectivité⁹³ que doit prendre l'expression du compte-rendu, même très limitée en caractères. Une présentation partielle⁹⁴, malveillante ou encore manquant de nuance sur le caractère avéré ou non de certains faits pourrait conduire à rejeter la protection⁹⁵.

En dehors de cette immunité, aussi restrictive que radicale, le compte-rendu en direct doit faire l'objet d'une approche plus générale, non plus en tant que compte-rendu judiciaire au sens technique de l'article 41, mais comme un travail journalistique bénéficiant de la protection accordée par l'article 10 de la CEDH dans les limites déterminées par la jurisprudence européenne et interne. Dans cette perspective et même en dehors du cadre de l'immunité, la répression d'un éventuel *live tweet* ne saurait être envisagée qu'avec beaucoup de précautions. Les questions judiciaires relevant du débat d'intérêt général⁹⁶, l'État dispose d'une marge d'appréciation très réduite selon la CEDH. Il faut alors reprendre la grille d'analyse dégagée par cette dernière⁹⁷. Elle conduit à s'interroger sur le traitement de l'information et notamment sur le risque d'influence sur la conduite de la procédure ou encore le ton utilisé dans l'article, les éventuelles atteintes à la vie privée des personnes concernées et enfin la proportionnalité de la sanction⁹⁸. Plusieurs auteurs ont pu dénoncer le *Live tweet* mettant en cause la juridiction ou les avocats, livrant une analyse aussi discutable que

⁹¹ Cass. crim., 10 mai 1994, n° 93-82.553 : *Bull. crim.*, n° 181 — et, dans le même sens, v. Cass. crim., 14 sept 2010, n° 09-87.684 — Cass. crim., 6 févr. 2007, n° 06-80.804 : *Bull. crim.*, n° 32 ; *JCP G* 2007, II, 10091, note E. Dreyer ; *Dr. pén.* 2007, comm. 67, note M. Véron et chron. 1, n° 28, obs. O. Mouysset.

⁹² CA Paris, 1^{ère} ch. A, 28 juin 1983 : *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm. p. 287.

⁹³ Cass. 2^e civ., 8 mars 2001, n° 99-14.995 : *Bull. civ.* II, n° 46 ; *Gaz. Pal.* 2001, p. 831, note P.L.G.

⁹⁴ Sur les traits d'humours et les marques d'humeur des auteurs de *Live tweet*, F. SAINT-PIERRE, « Twitter aux mains des chroniqueurs judiciaires : le meilleur et le pire », *AJ pénal* 2015, p. 84 et 85.

⁹⁵ Cass. crim., 22 oct. 1996, n° 94-84.819 : *Bull. crim.*, n° 369 ; *RSC* 1997, p. 633, chron. B. Bouloc.

⁹⁶ CEDH, 7 juin 2007, n° 1914/02, *Dupuis et autres c/ France*, § 41 : T. BESSE, « Le débat d'intérêt général : un fait justificatif conventionnel », *Arch. pol. crim.*, vol. 40, n° 1, 2018, p. 87.

⁹⁷ Sur la grille d'interprétation déterminée par la CEDH ; v. CEDH, 7 février 2012, n° 39954/08, *Axel Springer AG c/ Allemagne [GC]*, § 89 et s.

⁹⁸ V. not. CEDH, 22 mars 2016, n° 48718/11, *Pinto Coelho c/ Portugal* (n° 2), n° 51.

succincte de l'audience couverte⁹⁹ et qui bénéficieront, même sans immunité, de cette jurisprudence favorable à la liberté de communication.

Il ressort de cette décision un contraste saisissant entre le souhait de permettre aux journalistes de retranscrire le procès et l'impossibilité de saisir ne serait-ce que des instants de procès. Elle révèle toute la difficulté de ne tomber ni dans l'excès d'une justice repliée et mal comprise ni dans celui d'une justice devenue spectacle perdant de vue la mission qui lui est confiée et le spectre de la « *délocalisation* » dans les médias¹⁰⁰ dont il faut se méfier.

⁹⁹ V. not. F. SAINT-PIERRE, *op.cit.*, p. 84-85.

¹⁰⁰ A. GARAPON, « La justice est-elle "délocalisable" dans les médias ? », in *Droit et Société*, n° 26, 1994, p. 81.