

# Chroniques & opinions

## Droit des médias et question prioritaire de constitutionnalité

La question prioritaire de constitutionnalité vient de passer sa première année d'application. Or, le contentieux des médias en général et celui de la presse en particulier sont susceptibles d'en être des objets importants. Qu'en est-il à l'heure du premier anniversaire de la QPC ?

La procédure créée en 2008 (1) et ultimement qualifiée de *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 (2). On se rappellera que l'idée d'une telle réforme était débattue en France depuis les années 1990 puisque par deux fois, en 1990 et en 1993, deux projets de loi constitutionnelle ayant notamment cet objet ont été discutés au Parlement. L'échec de ces tentatives initiales suggère que l'introduction de cette procédure en France a durablement opposé deux camps dont il faut bien voir que les arguments se perpétuent dans le débat public, même depuis que le "pouvoir constituant" s'est approprié ceux des partisans de la nouvelle procédure, soit la triple idée que cette procédure constitue une avancée en matière de libertés puisqu'elle favoriserait une protection effective des libertés et des droits garantis par la Constitution devant « le juge du quotidien » ; qu'elle corrige le paradoxe qui voulait qu'en France un citoyen, un justiciable puisse faire écarter une loi par les juges au motif que cette loi est contraire à une convention internationale mais que ce justiciable ne puisse pas faire opposer à la loi les droits et les libertés qui lui sont garantis par "sa" propre Constitution ; que le risque d'allongement des procédures est faible, voire inexistant puisque la procédure est assortie d'un double verrou dès lors qu'elle ne saurait être utilisée pour contester la régularité formelle des dispositions législatives ou leur conformité à des dispositions constitutionnelles autres que celles relatives aux droits et libertés et qu'il existe des filtres.

La question que l'on voudrait envisager ici n'est pas celle de savoir ce qu'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit des médias – cette question n'a qu'un intérêt limité dans la QPC puisque cette procédure, entre autres éléments,



**Pascal Mbongo**  
Professeur des Universités,  
président de l'AFDMC,  
co-responsable du  
Free Speech Discussion  
Forum

ne se rapporte qu'à des questions nouvelles ou d'une difficulté minimale. Il ne sera pas non plus question de savoir ce que la QPC change ou peut changer dans le droit des médias – il est impossible de répondre rationnellement à cette question, ou plutôt, il est difficile de se risquer à cet exercice sans céder à une vision romantique de la QPC (3). L'on voudra plutôt envisager les choses prosaïquement et avec une focale de praticien, pour sonder l'économie mentale qu'impose la QPC dans le contexte du contentieux des médias, entendu comme désignant les juridictions judiciaires et administratives statuant sur des polices légales des discours (4) ou bien sur des législations relatives à l'existence et au fonctionnement de la presse, des services de communication audiovisuelle, des services de communication au public par voie électronique et du cinéma.

Trois points de contact entre la QPC et le contentieux des médias paraissent devoir retenir l'attention : le point touchant au champ d'application matériel de la QPC (I) ; celui des droits et des libertés constitutionnels les plus mobilisables (II) ; celui, enfin, de l'offre par la QPC de "grandes décisions" dans le contentieux des médias (III).

### I. DU CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DE LA QPC DANS LE DROIT DES MÉDIAS

Le juge initialement saisi d'une QPC par un avocat peut ne pas accéder à la demande de renvoi à la Cour de cassation ou au Conseil d'État. Les deux Hautes juridictions peuvent également ne pas accéder à la demande de renvoi devant le Conseil constitutionnel. Les juges ne peuvent accéder à une demande de renvoi que si certaines conditions sont remplies :

1. Article 61-1 de la Constitution dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 portant modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République

2. Pour faire suite à la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (les dispositions en sont consolidées dans l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ou codifiées au chapitre I<sup>er</sup> bis du titre VII du livre VIII du Code de justice administrative au titre VI du livre IV du Code de l'organisation judiciaire au titre I<sup>er</sup> bis du livre IV du Code de procédure

penale) et au décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique. Voir également le décret n° 2010-1216 du 15 octobre 2010 relatif à la procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité devant la Cour de cassation

3. Voir *infra*, III

4. On n'oublie certes pas que certains de ces polices (injures, diffamations, offenses, outrages, etc.) s'appliquent y compris à des discours tenus dans des espaces non médiatiques

- il faut que la Qpc soit dirigée contre une *disposition législative* ;
- il faut que la disposition législative soit applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites ;
- il faut que cette disposition législative n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel « dans les motifs et le dispositif de sa décision, sauf changement de circonstances » ;
- il faut encore que la question de constitutionnalité ainsi soulevée ne soit « pas dépourvue de caractère sérieux » (juge a quo) voire qu'elle soit « nouvelle » ou « présente un caractère sérieux » (Conseil d'État et Cour de cassation).

Deux de ces conditions – la première et la quatrième – demandent ici une attention particulière.

**La première condition** – la référence aux *dispositions législatives* – doit être comprise exactement : à proprement parler, ce ne sont ni des lois, ni même des articles de lois qui sont susceptibles de faire l'objet d'une Qpc mais des énoncés normateurs et de valeur législative :

- des énoncés normateurs puisqu'il est admis que tous les énoncés d'une loi ou annexés à une loi ne sont pas nécessairement normateurs et que seuls précisément des énoncés normateurs des textes peuvent être opposés aux administrations et aux juges (5) ;
- des énoncés de valeur législative puisque, en droit français, le champ du législatif va au-delà de la notion de « loi » pour recouvrir y compris des textes de l'ancien droit encore en vigueur (ordonnances royales, édits, arrêts du conseil du Roi), des décrets des assemblées révolutionnaires, des sénatus-consultes impériaux, des décisions des gouvernements provisoires de 1848, de 1870-1871, les actes de Vichy non abrogés à la Libération, les ordonnances prises par les gouvernements de la Libération, les décrets-lois intervenus dans des matières qui sous l'empire de la Constitution de 1958 relèvent du domaine de la loi, etc. Or ces textes peuvent constituer des « niches de normes » intéressantes les médias, des niches comparables pouvant exister encore dans des lois qui ne sont précisément pas réputées concerner spécialement les médias. Il s'agit par exemple des dispositions réprimant l'annonce sur la voie publique d'un titre d'écrit obscène ou contenant une diffamation (6) ; des dispositions réprimant la diffamation envers un citoyen chargé d'un service public, par un ministre du culte (7) ; des dispositions réprimant la diffusion, l'enregistrement audiovisuel (ou de la copie de cet enregistrement) d'un interrogatoire de mineur placé en garde à vue (8) ; des dispositions de la loi du 19 juillet 1977 relative à

la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, des nombreuses dispositions législatives ou réglementaires relatives aux contenus des discours commerciaux ; de l'article 1747 du Code général des impôts portant incrimination de l'incitation du public à refuser ou à retarder le paiement de l'impôt, etc.

Cette circonscription du champ d'application de la Qpc aux dispositions législatives se prête à controverse entre juges sous un angle inattendu. Il s'agit de l'hypothèse où ce n'est pas tant un énoncé législatif dont la constitutionnalité est discutée mais l'interprétation donnée à cet énoncé par les juges administratifs ou judiciaires. C'est en s'appuyant sur une interprétation restrictive des textes sur la Qpc que la Cour de cassation a refusé d'accéder à des demandes de renvoi devant le Conseil constitutionnel de questions dirigées non pas contre une disposition législative mais plutôt contre l'interprétation que la Cour était habituée à donner audit énoncé (9). En une circonstance cependant, la Cour de cassation a renoncé à son interprétation restrictive. Il s'agissait de sa saisine du Conseil constitutionnel le 9 juillet 2010 d'une

question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 365 du Code civil tel qu'interprété par elle. Il reste que le Conseil constitutionnel n'a pas été très clair en faisant valoir « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (10). Le Conseil constitutionnel suggère que c'est la « constance » de l'interprétation de la Cour de cassation en la matière qui lui paraît justifier une Qpc alors précisément que c'est derrière cette même constance de ses interprétations que se retranche la Cour de cassation pour ne pas saisir le Conseil constitutionnel et ne pas le consacrer ainsi en un nouveau degré de juridiction. Il faut en réalité lire le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel par son Secrétaire général pour comprendre que le Conseil constitutionnel veut bien dire (11) qu'une interprétation juridictionnelle qui donne à une disposition législative une substance normative susceptible d'être contestée au regard de la protection des libertés peut faire l'objet d'une Qpc (12).

**Le juge initialement saisi d'une Qpc** n'est fondé à la renvoyer à la juridiction compétente (le Conseil d'État, la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel) que si, par ailleurs, la disposition législative dont il s'agit n'a pas déjà été déclarée conforme à la

« Une interprétation juridictionnelle qui donne à une disposition législative une substance normative susceptible d'être contestée au regard de la protection des libertés peut faire l'objet d'une Qpc. »

5. CC n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 170 ; CC n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, Rec. p. 72 ; CC n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* JO 13 mai 2010, p. 8897. Voir également CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, Rec. p. 37.

6. Loi du 19 mars 1889, art. 1 al. 2 et art. 2.

7. Article 34 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

8. Article 4-VI de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

9. Cour de cassation, arrêts Qpc n° 12009, 12019, 12020, 12021, 12023 du 19 mai 2010, arrêt de la Chambre criminelle du 11 juin 2010 n° 09-87884.

10. Décision n° 2010-39 Qpc du 6 octobre 2010, *M<sup>mes</sup> Isabelle D. et Isabelle B.* (Adoption au sein d'un couple non marié).

11. [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201039qpccccc\\_39qpcpdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201039qpccccc_39qpcpdf)

12. La Cour de cassation est supposée préciser sa position puisque le tribunal correctionnel de Nanterre, celui de Paris, ainsi que la cour d'appel de Versailles ont décidé de la saisir de Qpc sur les dispositions des articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale telles qu'interprétées par elle en matière de point de départ du délai de prescription de l'abus de confiance et de l'abus de bien social et s'agissant des effets d'un acte interruptif de prescription par rapport aux infractions connexes (saisines des 14 et 15 mars 2011 et du 14 avril 2011).

Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision, sauf changement de circonstances. Le Conseil constitutionnel a précisé (13) : d'une part, que cette disposition était une résonance dans la Qpc de l'autorité de la chose jugée et de l'autorité de la chose interprétée attachées aux décisions du Conseil constitutionnel par l'article 62 de la Constitution ; d'autre part, « *qu'en réservant le cas du "changement des circonstances"* », la loi organique « *conduit à ce qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel soit de nouveau soumise à son examen lorsqu'un tel réexamen est justifié par les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée* ».

« Le contentieux des médias n'est pas réductible aux seuls droits et libertés constitutionnels intéressant directement les médias. »

La question essentielle (du moins pour le plaideur) (14) induite par ces prescriptions dans le contexte du contentieux des médias est donc de savoir ce que sont les dispositions législatives bénéficiant d'une immunité constitutionnelle puisque ce sont toutes les autres dont la présomption de constitutionnalité est susceptible d'être renversée dans le cadre de la Qpc. Il faut savoir gré au Conseil constitutionnel d'avoir facilité le travail des avocats sur ce point en concevant un registre des dispositions législatives « *déjà déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision* » (15), registre auquel il est loisible de se reporter constamment.

## II. DES DROITS ET LIBERTÉS MOBILISABLES DANS LES QPC RELATIVES AU DROIT DES MÉDIAS

Il est entendu que les droits et libertés garantis par la Constitution opposables à une disposition législative par Qpc ne sont pas seulement ceux qui ressortent de la Constitution du 4 octobre 1958, mais également ceux qui ressortent de la Déclaration des droits de l'homme, du préambule de la Constitution de 1946, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, des principes de valeur constitutionnelle (Pvc) dégagés par le Conseil constitutionnel de manière prétorienne. Quant à cette autre catégorie de normes constitutionnelles que sont les *objectifs de valeur constitutionnelle* (Ovc) (16), le Conseil constitutionnel a jugé que la plupart de ces normes constitutionnelles ne peuvent pas être invoquées « *en elles-mêmes* » à l'appui d'une question

prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 (17), autrement dit qu'elles doivent seulement pouvoir être invoquées « *de manière confortative avec d'autres griefs (...)* » (18). Le Conseil constitutionnel semble néanmoins vouloir faire un sort particulier à l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions puisque ce n'est pas au motif qu'il ne s'agissait pas d'un droit ou d'une liberté qu'il l'a écarté dans sa décision du 28 mai 2010 (19) mais pour une question dite d'inopérance, la disposition législative contestée n'étant relative « *ni à la vie politique ni aux médias* » alors que cet objectif de valeur constitutionnelle est circonscrit à ces deux domaines.

Le panier de droits et libertés constitutionnels mobilisables dans la Qpc appelle deux autres observations. La première se rapporte au fait que le contentieux des médias n'y est précisément pas réductible aux seuls droits et libertés constitutionnels intéressant directement les médias – la liberté d'opinion (art. 10 DDHC) (20), la libre communication des pensées et des opinions (art. 11 DDHC), la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias (art. 34 C.), le pluralisme des courants d'expression socioculturels – puisque le droit des médias est susceptible d'être l'un des lieux d'élection de nombreux autres droits et libertés constitutionnels : le droit au respect de la vie privée (art. 66 C. et 2 DDHC) ; le droit au secret des correspondances ; le droit de propriété (art. 2 et 17 DDHC) ; la liberté d'entreprendre (art. 4 DDHC) ; la liberté contractuelle et le droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues (art. 4 DDHC) ; l'interdiction des accusations, des arrestations et des détentions arbitraires (art. 7 DDHC et art. 66 C.) ; la légalité des délits et des peines (art. 8 DDHC) ; la nécessité des peines (art. 8 DDHC) ; l'individualisation des peines et des sanctions ayant le caractère d'une punition (art. 8 DDHC) ; la non-rétroactivité des peines et des sanctions ayant le caractère d'une punition (art. 8 DDHC) ; la proportionnalité des peines et des sanctions (art. 8 DDHC) ; la présomption d'innocence (art. 9 DDHC) ; le droit à un recours effectif (art. 16 DDHC) ; les droits de la défense (Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou PFRLR et art. 16 DDHC) ; le droit à un procès équitable (art. 16 DDHC) ; l'impartialité et l'indépendance des juridictions (art. 16 DDHC) ; le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (Pr. 1946) ; la liberté individuelle (PFRLR) ; la liberté de conscience (PFRLR) ; la laïcité de l'État (art. 1<sup>er</sup> C.) ; l'égalité devant la loi (art. 1<sup>er</sup> et 6 DDHC, art. 1<sup>er</sup> C.) ; la non-discrimination (art. 1<sup>er</sup> C.) ; le droit à la langue française (art. 2 C.) ;

13. CC n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Rec. p. 206.

14. Étant rappelé qu'en matière de Qpc, les avocats aux Conseils ont le monopole de la représentation et de l'assistance des parties devant le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel (voir dans ce sens : Cass. crim. 29 mars 2011, n° 11-90.007).

15. [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/Qpc/dispositions\\_conformes\\_code\\_loi.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Qpc/dispositions_conformes_code_loi.pdf)

16. On y trouve : la sauvegarde de l'ordre public ; le pluralisme des courants d'expression socioculturels ; la recherche et la condamnation des auteurs des infractions ; la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ; l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ; la préservation de la liberté d'autrui ; le droit à un recours juridictionnel effectif ; la lutte contre la fraude fiscale ; l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux

fonctions électives ; l'équilibre financier de la sécurité sociale ; le bon usage des deniers publics ; la bonne administration de la justice.

17. Décision n° 2010-4/17 Qpc du 22 juillet 2010, *M. Alain C et autre* (indemnité temporaire de retraite outre-mer) : à propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; Décision n° 2010-77 Qpc du 10 décembre 2010, *M<sup>me</sup> Barta Z.* (Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité) : à propos de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice.

18. Marc Guillaume, « Qpc : textes applicables et premières décisions », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 29.

19. Décision n° 2010-3 Qpc, *Union des familles en Europe* (Associations familiales).

20. Sont entre parenthèses les dispositions constitutionnelles qui énoncent le droit ou la liberté en question, ou auxquelles le Conseil constitutionnel le (la) rattache

la liberté et le pluralisme des partis (art. 4 C.) ; le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement (dispositions combinées de la charte de l'environnement).

La deuxième observation qu'appelle le panier des droits et libertés constitutionnels se rapporte à sa stabilité toute relative. Autrement dit, rien ne s'oppose à ce qu'une QPC soit formée afin qu'une disposition législative soit jugée contraire à un droit ou à une liberté dont la consécration constitutionnelle est en même temps demandée au Conseil constitutionnel (soit au titre des principes de valeur constitutionnelle, soit au titre des P<sub>FRLR</sub>, soit même au titre des Ovc) (21). L'hypothèse n'a rien de théorique puisque dans les QPC précitées sur l'abus de confiance et l'abus de bien social transmises à la Cour de cassation, il s'agit notamment d'obtenir initialement du Conseil constitutionnel une qualification du principe de la prescription de l'action publique en « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* ». Ici, les avocats ont été aidés par le fait que cette qualification avait déjà été suggérée par le Conseil d'État dans un avis du 29 février 1996 (n° 358-597) rendu à propos de la Cour pénale internationale. Et il ne s'est agi d'une simple suggestion du Conseil d'État que parce que le Conseil statuait en formation consultative : il lui aurait fallu être au contentieux pour pouvoir créer ce principe constitutionnel, comme il l'avait fait en 1954 (*Amicale des Annamites de Paris*) en érigeant la liberté d'association en P<sub>FRLR</sub> ou en 1996 (*Koné*) en érigeant l'interdiction pour l'État d'extrader un étranger pour motif politique en P<sub>FRLR</sub>.

L'hypothèse qui voudrait que les QPC soient l'occasion d'un dégage- ment de nouveaux droits et libertés constitutionnels intéressant spécialement ou principalement les médias – par exemple une requalification de la liberté de la presse en principe fondamental reconnu par les lois de la République (22) – n'offre guère de fenêtres d'opportunité créatrice pour les avocats et pour le Conseil constitutionnel. Parce que lorsque la régulation des médias consiste en des polices des discours, elle est très largement réductible à la liberté d'expression, à la liberté de communication des opinions et des pensées, au pluralisme et à l'indépendance des médias, qui sont déjà des normes constitutionnelles ; parce que lorsque la régulation des médias se rapporte plutôt à leur équité concurrentielle et à la transparence de leur propriété, elle mobilise

suffisamment des libertés et des droits économiques (droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle) exigibles dans d'autres secteurs d'activité que les médias, la différence se faisant plutôt dans la combinaison de ces libertés avec la liberté d'expression, la liberté de communication des opinions et des pensées, le pluralisme et l'indépendance des médias.

### III. DES GRANDES DÉCISIONS QPC EN DROIT DES MÉDIAS

La QPC engage à certains déplacements cognitifs. Ainsi, jusqu'à sa création, il était usuel de lire, y compris sous la plume de juristes, que telle disposition législative, bien que quotidiennement appliquée par les tribunaux, était contraire à la Constitution, plutôt que de l'analyser de manière normativiste comme bénéficiant d'une présomption de constitutionnalité tant que n'existait pas un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par voie d'exception. L'incrimination du négationnisme par l'article 24 bis de la loi de 1881 est sans doute la règle de droit qui s'est le plus prêtée à cette conviction de la part d'avocats, de la doctrine et, encore plus, de la part de non-juristes. Or en la démentant de manière particulièrement comminatoire dans sa décision du 7 mai 2010 – en concluant au caractère non-sérieux de l'inconstitutionnalité alléguée de l'article 24 bis de la loi de 1881 – la Cour de cassation (23) a montré que la QPC n'est pas une affaire de simple conviction personnelle, mais d'ingénierie argumentative où les modes d'argumentation et les modes de raisonnement propres aux normes constitutionnelles ont d'autant plus d'importance qu'ils peuvent être adjoints de considérations sociologiques, philosophiques, économistes ou même de psychologie sociale.

Au 1<sup>er</sup> mars 2011, date de son premier anniversaire, la QPC n'avait pas encore produit une "grande décision" intéressant le droit des médias, autrement dit une décision dont la portée irait au-delà de la déclaration de constitutionnalité ou de non-conformité à la Constitution de la (ou des) disposition(s) législative(s) contestée(s) et qui contraindrait le législateur à une nouvelle intervention susceptible de se prêter elle-même à une nouvelle et sérieuse contestation, soit dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi avant sa promulgation, soit à la faveur d'une nouvelle QPC (24). La décision du Conseil constitutionnel du 6 octobre 2010

21. Étant précisé que le Conseil constitutionnel peut très bien accéder à la deuxième demande sans en inférer l'inconstitutionnalité de la disposition législative litigieuse

22. L'énonciation de cette liberté par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse remplit les « *critères de dégage- ment* » des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. L'énoncé est dans un acte législatif (ce n'est en effet ni une loi ni même un article de loi qui devient P<sub>FRLR</sub>), cet acte législatif a été édicté par un législateur républicain (la définition en est très large), ce législateur républicain a statué avant la Constitution de 1946 (puisque c'est son préambule qui consacre l'existence de P<sub>FRLR</sub>), cet énoncé a un caractère fondamental, cet énoncé n'a jamais été déjugué par un législateur républicain

23. Arrêt n° 12008 du 7 mai 2010 (09-80 774) Sur les raisons de fond et d'opportunité pour lesquelles, toute considération de préférence personnelle mise à part, l'incrimination du négationnisme n'aurait sans doute pas été jugée contraire à la Constitution si le Conseil constitutionnel avait été saisi, nous nous

permettons de renvoyer à notre ouvrage *La régulation des discours en France. La liberté d'expression, entre nouvelles questions et nouveaux débats*, [Mare] et Martin, 2011, (sp le chap II « Le juge judiciaire et les "vérités historiques notoires" », p 109 et suiv.)

24. *Mutatis Mutandis*, tel qu'il a été présente le 29 mars 2011, le programme législatif du parti socialiste en matière de médias est susceptible de produire plus de "ruptures" immédiates (la question n'étant pas ici de savoir si ces transformations seraient bonnes ou non, d'un point de vue substantiel ou légistique) en cas d'alternance que la QPC. Le « *Projet Médias* » du parti socialiste prévoit notamment la substitution au CSA d'un « *Conseil du pluralisme* », la révision de la loi de 2010 sur le secret des sources des journalistes, la « *reconnaissance légale de l'équipe rédactionnelle dans chaque entreprise de presse* » et l'exigence « *d'une charte éditoriale et déontologique précise* » pour chaque entreprise de presse, l'abrogation des règles relatives à la nomination par le président de la République des dirigeants des entreprises publiques de communication audiovisuelle, la définition de nouvelles règles anti-concentrations, la définition de nouvelles

sur les noms de domaine (25) est d'autant moins une grande décision que d'une part, le vice d'inconstitutionnalité – une « *incompétence négative du législateur* » (26) – imputé à l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques est plutôt banal en matière de contrôle de constitutionnalité des lois et y a de très nombreuses applications en dehors de questions intéressant les médias ; que, d'autre part, la récrimination faite au législateur sanctionnait plutôt sa paresse (27) qu'une intention liberticide de sa part. Quant à la loi du 29 juillet 1881, elle est partie pour survivre à la QPC, puisque celles auxquelles elle s'est prêtée jusqu'ici sont allées d'insuccès en insuccès, souvent pour le motif tiré par la Cour de cassation d'une absence de « *caractère sérieux* » de la question (28).

La QPC 2011-128 soumise par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 16 mars 2011 et relative à la loi n° 57-32 du 10 janvier 1957 portant statut de l'Agence France Presse ne porte pas, à proprement parler, sur le droit des médias. Il s'agit en effet de savoir si l'article 7 de cette loi, en posant une condition de nationalité française pour l'éligibilité des deux représentants du personnel devant siéger au conseil d'administration de l'Agence France Presse, méconnaît ou non le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. La Cour de cassation doit par ailleurs décider de transmettre ou non au Conseil constitutionnel la question de savoir si l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle : « *en tant qu'il permet de retenir la responsabilité de plein droit des créateurs de sites internet en qualité de producteurs, en créant une présomption de culpabilité et en permettant d'imputer à une personne qui, ne saurait-elle rien du contenu des messages diffusés sur son forum ou blog, une infraction à la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, en réalité commise par d'autres* » est contraire au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; en traitant différemment le directeur de publication et le producteur sur internet, est contraire aux articles 8 et 9 du même texte « *faute pour le législateur d'avoir au moins précisé ce que recouvre la notion de producteur* ». Introduite à la Cour de cassation le 20 avril 2011 à la faveur d'un pourvoi en cassation (pourvoi c/ cour d'appel de Lyon, 30 septembre 2010), cette ques-

tion peut paraître curieuse puisque les dispositions législatives contestées ont été instituées par une loi – la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet – dont le Conseil constitutionnel a eu à connaître (29). Or si dans sa décision du 10 juin 2009 le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la modification apportée à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, il n'avait pas moins conclu qu'il n'y avait pas lieu pour lui de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution. La Cour de cassation voudrait-elle transmettre au Conseil constitutionnel qu'il lui faudrait se convaincre : ou bien de ce que, en ne relevant pas d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de l'article 93-3 modifié de la loi de 1982, le Conseil constitutionnel n'entendait cependant pas valider ses dispositions ; ou bien de ce qu'il y avait eu un « *changement de circonstances de droit ou de fait* » qui justifie une ré-intervention du Conseil constitutionnel (30).

Sans qu'il faille s'attendre nécessairement à de « grandes décisions » (au sens donné plus haut à cette expression), les choses sont néanmoins plus délicates avec les QPC formées : contre l'article 65-1 de la loi de 1881 en tant qu'il prévoit un délai de prescription de l'action pour une atteinte au respect de la présomption d'innocence (trois mois) différent de celui applicable à une atteinte à l'intimité de la vie privée (trois ans) (31) ; et contre l'article 35, 3<sup>e</sup> alinéa, b) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui interdit au prévenu de diffamation de rapporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans (32). Dans le premier cas – la différence entre les délais de prescription de l'action selon qu'il y a atteinte à la présomption d'innocence ou atteinte à l'intimité de la vie privée – la difficulté pour la Cour de cassation, et éventuellement pour le Conseil constitutionnel, n'est pas d'argumenter sur le fait de savoir s'il y a ou non une identité entre ces situations (33), mais de toucher à un certain « tabou » du droit de la presse et à ses inconséquences législatives. Le tabou consiste dans l'idée que sauf exceptions relatives aux discours de haine, les polices des discours prévues par la loi de 1881 doivent être soumises à la prescription traditionnelle de

« La loi du 29 juillet 1881 est partie pour survivre à la QPC, (...) les choses sont néanmoins plus délicates avec les QPC formées contre l'article 65-1 et l'article 35, 3<sup>e</sup> alinéa, b) de la loi de 1881. »

regles d'acquisition ou de lancement de chaînes de radio ou de télévision (ainsi que pour les renouvellements de licence), énonçant les garanties d'indépendance éditoriale et les engagements souscrits à l'égard des lecteurs par tous ceux qui concourent à la publication

**25.** CC n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 (*M. Mathieu P.*), D., 2010, n° 35, p. 2285, note C. Manara, *Gazette du Palais*, 2010, n° 351-352, p. 35-38, note François Gilbert, *Communication commerce électronique*, 2010, n° 12, note Christophe Caron

**26.** Quant à la question de savoir si les incompétences négatives du législateur étaient susceptibles d'être invoquées dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel avait déjà précisé que cela pouvait être le cas si cette méconnaissance par le législateur de sa propre compétence « *affecte un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (CC n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Sivc Kimberly-Clark*)

**27.** Celle qui a consisté pour lui à se décharger au profit des autorités administratives de la définition précise et complète du régime d'une activité qui, pour intéresser les libertés, est néanmoins assortie à des données techniques complexes et évolutives

**28.** Voir les décisions du 19 mars 2010 (n° 12001) sur la limitation par l'article 59 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse à trois jours de la durée du délai

non franc de pourvoi en cassation (irrecevabilité), du 31 mai 2010 (n° 12029) a propos de la présomption de mauvaise foi en matière de diffamation qui résulte de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 tel qu'interprété par la Cour de cassation, du 16 juillet 2010 (n° 12184) sur la différence de traitement (amende plus élevée) entre la diffamation publique envers un fonctionnaire public et la diffamation publique envers un particulier (non-lieu à renvoi), du 28 septembre 2010 (n° 5356) l'article 35 *ter* I de la loi du 29 juillet 1881, créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (non-lieu à renvoi), du 7 décembre 2010 (n° 7080) sur la limitation par l'article 59 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse à trois jours de la durée du délai non franc de pourvoi en cassation (non-lieu à renvoi)

**29.** Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Recueil, p. 107

**30.** Sur cette question, voir *supra* les développements terminaux de notre partie I

**31.** Cour d'appel de Toulouse, 1<sup>re</sup> chambre section 1, 14 mars 2011

**32.** Cass. Crim., n° 1707 du 15 mars 2011 (renvoi)

**33.** Pour tout dire, les travaux parlementaires ne laissent pas voir que le législateur était déterminé par une différence de perception des conséquences pour la victime d'une atteinte à la présomption d'innocence et d'une atteinte à l'intimité de la vie privée

trois mois. Les inconséquences légistiques tiennent à ce que les prescriptions attachées aux polices des discours se déclinent désormais variablement entre différents délais, même lorsque ces polices sont intellectuellement et socialement comparables les unes par rapport aux autres : le délai de trois mois assorti de manière principielle à la loi de 1881, le délai de la prescription du droit pénal ordinaire pour les polices des discours inscrites dans la législation pénale (le Code pénal et au-delà), le délai de la prescription du droit civil ordinaire pour celles des polices des discours qui sont inscrites dans la législation civile (le Code civil et au-delà) sans que le législateur ait cru devoir les rattacher spécialement au délai principiel de la loi de 1881.

La difficulté avec la Qpc relative à l'article 35, 3<sup>e</sup> alinéa, b) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse tient à ce que la décision du Conseil constitutionnel doit tenir compte de deux séries de considérations au moins : d'un côté, il faut au Conseil constitutionnel apprécier la motivation du législateur, étant admis *a priori* que cette motivation a une part rationnelle (garantir aux personnes un « droit à l'oubli ») (34) et une part arbitraire (le délai de dix ans) ; d'un autre côté, il ne peut échapper au Conseil constitutionnel que le législateur prive ainsi certains justiciables du moyen d'échapper à une condamnation judiciaire, au préjudice des droits de la défense, de l'interdiction constitutionnelle des accusations pénales arbitraires et de la liberté d'expression. Cette situation de conflit de normes et de droits n'étant pas inédite, il aurait pu être aisé au Conseil constitutionnel de conclure de manière axiomatique, soit que le législateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans la conciliation entre droits et libertés constitutionnels (35) qui l'a déterminé (décision de validation), soit que cette exclusion de l'*exceptio veritatis* met substantiellement en cause certains droits constitutionnels (décision d'annulation). Si la décision qu'il doit rendre sur l'article 35, 3<sup>e</sup> alinéa, b) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse demande au Conseil constitutionnel un effort de réflexion

« Si la décision qu'il doit rendre sur l'article 35, 3<sup>e</sup> alinéa, b) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse demande au Conseil constitutionnel un effort de réflexion particulier, c'est parce que le Conseil doit penser la question qui lui est soumise à la lumière de la "révolution internet". »

particulier, c'est parce que le Conseil doit penser la question qui lui est soumise à la lumière de la "révolution internet" et des interrogations subséquentes sur le droit à l'oubli numérique (puisque ce dernier va au-delà de la question des données personnelles), sachant par ailleurs que deux religions civiles sont en concurrence sur cette révolution (36).

La création de la Qpc ne s'est pas accompagnée de la part des juristes intéressés au droit des médias d'un lyrisme comparable à celui qui avait accompagné l'acceptation par la France du droit de recours individuel européen : peut-être parce que la prophétie attachée à ce lyrisme – le démantèlement par la juridiction européenne de la loi du 29 juillet 1881 – s'est moins vérifiée qu'une expurgation de ce texte de ses scories les plus évidemment discutables ; peut-être parce que, somme toute, il était plus aisé d'imputer des promesses libérales – et même un "grand soir" – à la liberté d'expression (énoncé de l'article 10 de la Convention) que cela ne l'est lorsqu'il s'agit de catégories juridiques réputées curieuses à une partie du champ juridique comme le sont les Pvc, les Pfrlr, les Ovc (37) ; peut-être

parce que le tropisme de la Cour européenne des droits de l'homme pour une argumentation de type doctrinal est aussi séduisant que le refus de considérations doctrinales par le Conseil constitutionnel peut être rebutant (38) ; peut-être parce que le Conseil constitutionnel se prête au soupçon de vouloir reprendre la main sur la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière hypothèse a du sens si l'on considère la résolution du Conseil à faire admettre aux juridictions administratives et judiciaires la préséance de la question de constitutionnalité sur toute considération de conventionnalité, mais elle a une limite objective : compte tenu du nombre de décisions déjà rendues à Strasbourg en matière de droit des médias, compte tenu des élaborations argumentatives auxquelles ces décisions se sont prêtées, compte tenu enfin de la production dogmatique du Conseil de l'Europe en la matière, la Cour européenne des droits de l'homme a peut-être une avance intellectuelle. P. M.

34. Ce droit peut être subsumé sous l'objectif de valeur constitutionnelle de « préservation de la liberté d'autrui ».

35. C'est cette doctrine de la conciliation entre droits et libertés constitutionnels qui donne à penser que ce ne sont pas les incriminations de la loi de 1881 qui peuvent souffrir de la Qpc mais plutôt certaines règles (de fond ou de procédure) attachées à ces incriminations.

36. Voir à ce propos la surabondance de commentaires et les surinterprétations auxquelles s'est prêtée la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 (Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, Rec., p. 107).

37. Pour une analyse des ressorts intellectuels de l'hostilité que ces objets

peuvent rencontrer dans une partie du champ juridique français, on nous pardonnera de renvoyer à notre étude « Jean Carbonnier et le droit public », *La Revue administrative*, mai-juin 2011.

38. Ce refus est d'autant mieux revendiqué par le Conseil constitutionnel qu'il lui permet de se mettre à l'abri de spéculations sur d'éventuels revirements de jurisprudence et que lui seul s'autorise à décoder ses propres ellipses à travers le commentaire de son Secrétaire général aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*. Sur cette question, Voir Guy Carcassonne, « L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel », in *La qualité des décisions de justice* (dir. Pascal Mbongo), éd. du Conseil de l'Europe, 2008, p. 145.