

2184

# Droit pénal public

Sous la direction de :

**Didier SEBAN,**

*avocat à la cour, associé gérant du cabinet Seban & associés*

et

**Matthieu HÉNON,**

*avocat à la cour, responsable du pôle droit pénal du cabinet Seban & associés*

L'actualité jurisprudentielle du droit pénal public de ces derniers mois est marquée par la réaffirmation des principes de responsabilité des acteurs publics. La chambre criminelle de la Cour de cassation s'intéresse ainsi aux responsabilités encourues en matière de mariages fictifs ou de discrimination à raison du sexe ou de l'origine, notamment dans l'exercice de certaines prérogatives telles que le droit de préemption. Les derniers mois auront été également l'occasion de rappeler certains principes d'attribution de la protection fonctionnelle aux anciens agents et à ceux détachés en dehors de l'administration, ainsi que les conséquences disciplinaires des condamnations pénales dont ils peuvent faire l'objet. L'actualité est enfin marquée par une réponse ministérielle confirmant la matérialité du risque pénal lié à la qualification de prise illégale d'intérêts s'agissant des élus siégeant au sein d'établissements publics locaux. Elle l'est également, en droit de la presse, par les suites données en droit interne à la jurisprudence européenne rendue en matière de dénonciation calomnieuse.

## 1. Libertés publiques

### I - L'officier d'état civil qui signe un acte constatant un mariage fictif commet un crime

Par un arrêt du 20 juillet 2011 (*Cass. crim.*, 20 juill. 2011, n° 10-83.763 : *Juris-Data* n° 2011-014732 ; *Bull. crim.* 2011, n° 160, p. 636), la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle que le fait pour un officier de l'état civil de signer un acte constatant un mariage fictif relève de la qualification criminelle de faux en écriture publique, et non du délit de falsification d'un document administratif.

En l'espèce, le ministère public avait fait citer directement un officier de l'état civil devant le tribunal correctionnel du chef du délit aggravé de faux dans un document

administratif, en l'espèce un acte de mariage, par personne chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions.

La cour d'appel de Paris avait, par arrêt du 14 mai 2010, confirmé la déclaration de culpabilité du prévenu de ce chef ; sans se prononcer sur le fond, la chambre criminelle de la Cour de cassation casse et annule cette décision sur l'unique fondement de l'incompétence matérielle des juridictions correctionnelles.

La Haute Juridiction a en effet déjà jugé, dans le cadre d'une jurisprudence désormais ancienne, que les actes d'état civil pouvaient constituer le support d'un faux en écritures publiques (*Cass. crim.*, 7 nov. 1974 : *Bull. crim.* 1974, n° 319).

La chambre criminelle rappelle donc « qu'il appartient aux juges correctionnels, même d'office et en tout état de la procédure, de se déclarer incompétents lorsque les faits poursuivis ressortissent à la juridiction criminelle » ; saisie de la cause entière par l'appel du ministère public, il incombait aux juges d'appel d'examiner leur compétence.

Au-delà de ces strictes considérations de compétence matérielle, il est ici également rappelé que les actes d'état civil constituent des écritures publiques et non de simples documents administratifs au sens de l'incrimination de faux ; leur falsification expose leur auteur à des poursuites criminelles devant la cour d'assises, dont la compétence est ainsi clairement réaffirmée.

**Ndlr** : Ont participé à la rédaction de cette chronique : Didier Seban, Matthieu Hénon, Michaël Goupil, Karine De Carvalho, Matthieu Plasterie et Sonia Kanoun, avocats à la Cour, SCP Seban & Associés.

## 2 - Condamnation pour discrimination d'un maire ayant refusé de célébrer un mariage en raison du transsexualisme de la future épouse heurtant ses convictions religieuses

Par un arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2011 (*CA Papeete, 1<sup>er</sup> sept. 2011, n° 292-133 : Juris-Data n° 2011-021235 ; JCP A 2011, 2314*), la cour d'appel de Papeete confirme la condamnation d'un maire des chefs de prise de mesures destinées à faire échec à la loi par personne dépositaire de l'autorité publique et de discrimination aggravée, pour avoir refusé de célébrer le mariage d'un couple au motif que l'épouse serait transsexuelle.

En l'espèce, la candidate au mariage présentait, suite à une conversion sexuelle complète, toutes les caractéristiques apparentes d'une femme et avait obtenu en 2007 la modification de son état civil par un jugement du tribunal de première instance de Papeete.

Le jour de la célébration de son mariage, le maire refusait pourtant d'y procéder en se prévalant de ses convictions religieuses et de la circonstance que l'état civil « initial » de la mariée faisait état de son genre masculin.

Sur le fond, les juges rappellent que « le maire ne peut refuser, sous peine d'arbitraire, d'accomplir un acte de son ministère que pour des motifs légaux » de sorte qu'il « ne peut refuser de célébrer le mariage que si les futurs conjoints ne remplissent pas les conditions légales ».

Parmi ces conditions figure celle, résultant de l'article 144 du Code civil, d'une différence de sexe entre les époux, telle que ressortant de leurs actes d'état civil respectifs.

Or, la Cour de cassation admet, depuis un arrêt d'assemblée plénière du 11 décembre 1992 rendu à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (*CEDH 25 mars 1992, série A n° 232 C : JCP G 1993, I, 3654*), la modification de l'état civil par le changement de la mention du sexe (*Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, [2 arrêts] n° 91-12.373, n° 91-11.900 : JurisData n° 1992-002867 et JurisData n° 1992-002595 ; JCP G 1993, II, 21991, concl. Jéol et note Méme-teau*).

Tel étant le cas en l'espèce, la cour d'appel relève que « les futurs époux étaient de sexe différent selon les actes d'état civil » ; le refus opposé par le maire de célébrer le mariage de ces personnes, qui en remplissaient pourtant les conditions requises par la loi, est donc fautif et consomme les infractions poursuivies, y compris celle de discrimination à raison du sexe.

Cette décision fait écho à la réponse apportée par le Gouvernement aux questions posées à la suite de la résolution de

l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe concernant « la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre » : il a été rappelé à cette occasion que les dispositions pénales relatives aux discriminations sexuelles s'appliquent sans difficulté aux personnes transsexuelles ou transgenres (*Rép; min. n° 79111 [Michèle Delaunay] : JOAN Q 13 juill. 2010, p. 7917*).

L'arrêt retient, à bon droit nous semble-t-il, que le maire ne peut échapper à cette responsabilité pénale en se « parant des avis des autorités religieuses qui, pour respectables qu'ils soient, sont étrangers à l'application du droit positif, qui fixe les règles sociales applicables à l'ensemble de la nation ».

Cette solution mérite d'être relevée, au regard de la place occupée par les religions et du statut juridique qui leur est reconnu en Polynésie française – à l'instar des autres territoires (collectivités) d'outre mer auquel la loi du 18 germinal An X n'avait pas été étendue ; la loi du 9 décembre 1905 n'y est en effet pas applicable et l'exercice des cultes y est encadré par les décrets-lois *Mandel* des 16 janvier et 16 décembre 1939.

Est ainsi réaffirmé le principe constitutionnel de laïcité, les juges considérant expressément que les convictions religieuses sont étrangères au droit positif et ne peuvent valablement fonder la position de l'autorité publique.

## 3 - Diffusion de paroles prononcées à titre confidentiel : atteinte à l'intimité de la vie privée

Par un arrêt du 6 octobre 2011 (*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 oct. 2011, n° 10-21.822 : Juris-Data n° 2011-021258*), la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle le caractère privé des propos tenus à titre privé ou confidentiel, indépendamment de leur contenu ; leur enregistrement et leur diffusion sans le consentement de leur auteur constituent une atteinte illicite à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public.

En l'espèce, un magazine national et un site Internet d'information avaient publié la retranscription de l'enregistrement d'une conversation entre la principale actionnaire d'un grand groupe industriel français et son gestionnaire de fortune ; la première avait sollicité en référé, sur le fondement combiné des articles 809 du Code de procédure civile, 226-1 et 226-2 du Code pénal, le retrait de ces publications ainsi que l'interdiction de toute nouvelle diffusion.

La cour d'appel de Paris avait toutefois rejeté ces demandes au motif « que sauf à se méprendre sur la portée de ces dispositions qui, définissant une infraction pénale, ne peuvent qu'être strictement interprétées, l'article 226-2 n'englobe pas dans sa préven-

tion tout enregistrement de propos effectués sans le consentement de l'auteur qui les a tenus, mais uniquement ceux qui portent atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ».

Les juges d'appel, considérant les propos litigieux « dans leur ensemble, de nature professionnelle et patrimoniale », ceux-ci devraient être exclus de la sphère privée et donc du champ d'application de l'article 226-2 du Code pénal, d'autant qu'ils relèveraient, au cas d'espèce, « de la légitime information du public ».

Cette motivation n'était pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rendue au visa de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui oppose aux restrictions internes à la liberté d'expression la notion de débat d'intérêt général et de légitime information du public.

Ainsi, un arrêt du 21 janvier 1999 légitimait-il la publication d'une photocopie de l'avis d'imposition d'un chef d'entreprise, au nom du principe du droit à l'information (*CEDH, 21 janv. 1999, Fressoz et Roire c/ France*).

La chambre civile de la Cour de cassation censure pourtant la décision précitée, au motif que « constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel » ; le trouble manifestement illicite était constitué, justifiant le retrait de la publication litigieuse et l'interdiction de toute nouvelle diffusion.

Il semble donc que l'atteinte à l'intimité de la vie privée doive être appréciée non par référence au contenu des propos publiés, mais au regard du consentement de leur auteur à leur diffusion.

En d'autres termes, la Haute Juridiction paraît faire primer, dans l'appréciation de la légitimité d'une publication dont l'interdiction est sollicitée en référé, les modalités d'obtention des informations litigieuses sur l'information du public.

Cette solution, aussi protectrice soit-elle de la vie privée, peut apparaître difficilement conciliable avec le mouvement jurisprudentiel amorcé par la Cour européenne des droits de l'homme et tendant à consacrer la primauté de la liberté d'expression et de l'information du public en matière de débats d'intérêt général.

## 2. Droit pénal de l'urbanisme

### 4 - L'exercice d'un droit de préemption, fût-il abusif, ne saurait constituer le refus

### du bénéfice d'un droit accordé par la loi au sens de l'article 432-7 du Code pénal

La notion de discrimination désigne, au sens de l'article 225-1 du Code pénal, « toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, [...] de leur patronyme, [...] de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

Elle fait l'objet d'une répression aggravée, par application de l'article 432-7 du même code, lorsqu'elle consiste pour « une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, [...] 1° À refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ».

En l'espèce (*Cass. crim.*, 21 juin 2011, n° 10-85.641 ; *JurisData* n° 2011-012316 ; *Dr. pén.* 2011, comm. 120), il était reproché à un maire – dépositaire de l'autorité publique – un usage abusif du droit de préemption, dans le but d'empêcher l'acquisition d'un immeuble par des personnes portant un nom à consonance étrangère, faisant supposer leur origine étrangère ou leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une nationalité.

Par arrêt du 16 juin 2010, la cour d'appel de Grenoble l'avait condamné à ce titre du chef du délit de discrimination raciale aggravée, en retenant « que les acquéreurs, qui avaient signé une promesse de vente, étaient titulaires d'un droit que leur confère cet acte sur le fondement des dispositions du Code civil. [...] Le prévenu, en sa qualité de maire a usé de son droit de préemption de manière abusive dans le seul but d'évincer les futurs acquéreurs au nom à consonance étrangère de l'opération d'acquisition d'un bien immobilier pour laquelle il s'était contractuellement engagé ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation casse la décision, au visa du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, en considérant que « l'exercice d'un droit de préemption, fût-il abusif, ne saurait constituer le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi au sens de l'article 432-7 du Code pénal ».

La Haute Juridiction avait déjà eu l'occasion de se prononcer dans le même sens (*Cass. crim.*, 17 juin 2008, n° 07-81.666 ; *JurisData* n° 2008-044893 ; *Dr. pén.* 2008, comm. 125 ; *Bull. crim.* 2008, n° 168) en considérant que l'atteinte portée par l'exercice abusif du droit de préemption au « droit d'acquérir la propriété d'un immeuble et de fixer librement le lieu de leur résidence » ne pouvait consommer le délit de l'article 432-7 du Code pénal, après avoir également jugé qu'une vente immobilière entre particuliers ne pouvait constituer une

activité économique au sens de ce même texte (*Cass. crim.*, 24 mai 2005 : *Bull. crim.* 2005, n° 151).

Tirant les conséquences de cette jurisprudence, les juges d'appel avaient, dans cette nouvelle espèce, proposé d'identifier le siège de la discrimination non dans la liberté d'acquérir ou de fixer le lieu de sa résidence, mais plus prosaïquement dans les droits que le Code civil confère au bénéficiaire d'une promesse de vente immobilière.

La chambre criminelle de la Cour de cassation rejette donc cette motivation, qui ne heurtait pourtant pas l'équité et n'était pas dénuée de pertinence au regard des dispositions précitées de l'article 432-7 du Code pénal.

D'autres qualifications pourraient certes être envisagées, telle la discrimination simple de l'article 225-1 du Code pénal, voire une atteinte illicite aux libertés individuelles, au sens des dispositions de l'article 432-4 du même code.

## 3. Droit pénal des élus et de la fonction publique

### A. - La protection fonctionnelle

#### 5 - Protection fonctionnelle d'un ancien agent public

Par un arrêt du 26 juillet 2011 (*CE*, 26 juill. 2011, n° 336114, *Mimiran* : *JurisData* n° 2011-015417 ; *JCP A* 2011, act. 565), le Conseil d'État rappelle que « que la circonstance que la personne qui demande le bénéfice de cette protection a perdu la qualité d'agent public à la date de la décision statuant sur cette demande est sans incidence sur l'obligation de protection qui incombe à la collectivité publique qui l'employait à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire à l'agent ».

En l'espèce, un ancien praticien hospitalier souhaitant engager des poursuites en diffamation à l'encontre d'un syndicat de l'établissement hospitalier dans lequel il avait exercé ses fonctions s'était vu refuser le bénéfice de la protection fonctionnelle par décision implicite de rejet.

Le tribunal administratif de Pau rejetait le recours en annulation de ce refus, au motif que l'agent sollicitant le bénéfice de la protection fonctionnelle n'avait plus la qualité d'agent public mais de retraité.

Conformément à la lettre du décret du 24 février 1984, le Conseil d'État annule le jugement entrepris en rappelant que la protection fonctionnelle est admise dès lors que le requérant était un agent public à l'époque des faits.

La solution est conforme à la jurisprudence du Conseil d'État en la matière et ne présenterait guère d'intérêt s'il n'y était éga-

lement fait application de la notion d'intérêt général, déjà commentée dans le cadre de la présente chronique (*CE*, 20 avr. 2011, n° 332255, *M. Bertrand* : *JurisData* n° 2011-006522 ; *JCP A* 2011, act. 324 ; *JCP A* 2012, 2001).

Sur ce point, on sait que le bénéfice de la protection fonctionnelle peut être refusé pour un motif d'intérêt général, s'agissant d'attaques dans l'exercice des fonctions (*CE*, 20 avr. 2011, préc.) ; dans cette espèce et pour mémoire, l'intérêt général avait été retenu au motif que l'État ne pouvait, en attribuant sa protection, « couvrir de son autorité des agissements (...) gravement attentatoires à l'intimité de la vie privée ».

Dans son arrêt du 26 juillet 2011, le Conseil d'État choisit de régler lui-même l'affaire au fond en application de l'article L. 821-1 du Code de justice administrative et considère que la notion d'intérêt général peut résulter de « l'existence d'un climat gravement et durablement conflictuel au sein du service, qui résultait au moins pour partie de l'intéressé, que la poursuite de l'action en diffamation engagée par celle-ci ne pouvait qu'aggraver, et qui était susceptible d'avoir une incidence sur la qualité des soins assurés dans l'établissement ».

La portée de la notion d'intérêt général comme limite au bénéfice de la protection fonctionnelle à l'agent victime de diffamation (*CE*, 14 févr. 1975, *Rec. CE*, 1975, p. 112) est donc confirmée ; mais surtout, là où d'aucuns regrettaient la relative imprécision de la notion, le Conseil d'État semble s'orienter vers une interprétation large de l'intérêt général.

Pourra ainsi valablement fonder le refus du bénéfice de la protection fonctionnelle au titre de l'intérêt général, l'existence de tensions que l'agent victime de diffamation aurait contribué à créer et que son action pourrait aggraver au point de compromettre la qualité du service fourni aux usagers.

La notion d'intérêt général, dont on pouvait estimer qu'elle devait s'apprécier au regard de la nature des faits commis par l'agent, semble donc désormais pouvoir inclure l'impact de ceux-ci sur une éventuelle désorganisation du service.

#### 6 - Le refus d'accorder la protection fonctionnelle au fonctionnaire en détachement en dehors de l'administration

Par un arrêt du 26 septembre 2011 (*CE*, 26 sept. 2011, n° 329228, *Stoffaes* : *JurisData* n° 2011-020364 ; *JCP A* 2011, act. 638), le Conseil d'État précise que le bénéfice de la protection fonctionnelle ne peut être accordé à un agent qu'à raison de faits liés à l'exercice de ses fonctions au sein d'une collectivité publique ; elle n'est pas

due au titre de faits survenus dans une société anonyme ou une association auprès de laquelle l'agent serait détaché.

En l'espèce, un agent de l'État détaché auprès d'EDF avait sollicité du conseil général des mines le bénéfice de la protection fonctionnelle, à raison de deux actions en dénonciation calomnieuse menées, l'une à son encontre et l'autre à son initiative, au titre de faits liés à ses fonctions au sein d'EDF et d'une association dont EDF était membre.

Le bénéfice de cette protection lui était refusé, décision contestée dans le cadre d'un recours hiérarchique ayant lui-même abouti à la décision implicite de rejet contestée devant le Conseil d'État.

Celui-ci rejette le recours en rappelant que, par application de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, « la protection prévue par ces dispositions n'est due qu'à raison de faits liés à l'exercice par des fonctionnaires de leurs fonctions dans une collectivité publique », avant de relever que les faits justifiant la demande de protection au cas d'espèce sont intervenus postérieurement à la loi du 9 août 2004, par laquelle « Électricité de France a été transformé en une société anonyme » et au décret du 17 novembre 2004 ayant réalisé cette transformation.

Le Conseil d'État en déduit « que les faits à l'origine des demandes de protection présentées (...) se rattachent aux activités qu'il a exercées dans une société anonyme ou dans une association » et non au sein d'une collectivité publique, circonstance excluant la protection fonctionnelle.

Le requérant soutenait, pour sa part, que la transformation de l'établissement public EDF en société anonyme n'avait pu modifier sa position statutaire et ne pouvait donc avoir pour effet de le priver du bénéfice de la protection fonctionnelle ; l'argument est écarté au motif que la loi « permet le détachement des fonctionnaires auprès d'entreprises publiques et d'entreprises ou d'organismes privés d'intérêt général ou de caractère associatif assurant des missions d'intérêt général ».

La solution peut trouver une justification dans la lettre de l'article 11 de la loi 13 juillet 1983 et la prévalence d'un critère organique dans la définition du fonctionnaire au sens de ce texte : l'agent perd son droit à la protection fonctionnelle dès lors que, détaché au sein d'une entreprise privée, il se trouve soumis aux règles de droit privé (*T. confl.*, 24 juin 1996, *Frayse*).

Reste que ce critère organique, jadis déterminant, souffre aujourd'hui diverses atteintes ; son application à la protection fonctionnelle peut ainsi apparaître contestable, notamment sur le plan de l'équité, lorsque le changement de statut de l'agent

trouve son origine dans une transformation de l'entreprise postérieure à son détachement.

## B. - La condamnation pénale des élus et agents publics

### 7 - Limites à l'autorité de la chose jugée au pénal sur les sanctions disciplinaires

Par un arrêt du 21 septembre 2011 (*CE*, 21 sept. 2011, n° 349222, *Min. Défense* : *JurisData* n° 2011-019452 ; *JCP A* 2011, act. 636), le Conseil d'État rappelle que, si l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose à l'autorité et au juge administratif quant à la matérialité de faits objets d'une sanction disciplinaire, elle ne s'étend à leur qualification pénale qu'autant que celle-ci est requise par la sanction.

En l'espèce, l'autorité administrative avait résilié le contrat d'engagement d'un soldat en situation de désertion, pour ne s'être pas présenté à son poste à la suite d'un congé maladie dans les délais requis par l'article L. 321-2 du Code de justice militaire.

Ces dispositions du Code de justice militaire prévoyant que la désertion peut constituer tout à la fois une faute disciplinaire et pénale, le soldat en cause avait été également poursuivi devant les juridictions pénales de ce chef.

Ayant été relaxé par le juge pénal, le soldat en cause se prévalait de cette décision au soutien de la contestation de la résiliation de son contrat à titre disciplinaire.

Le Conseil d'État rejette cet argument en relevant que « si (...) le fait de s'absenter sans autorisation de son corps, ou détachement, de sa base ou formation, au terme des six jours après celui de l'absence constatée, est constitutif à la fois d'une faute disciplinaire et d'une infraction passible de sanction pénale, la légalité de la sanction disciplinaire n'est pas subordonnée à la condition que les faits sur lesquels elle est fondée correspondent à l'ensemble des éléments constitutifs d'une telle infraction ».

L'autorité administrative peut ainsi valablement retenir la faute disciplinaire dès lors que « l'autorité de la chose jugée ne s'étend exceptionnellement à la qualification juridique donnée aux faits par le juge pénal que lorsque la légalité d'une décision administrative est subordonnée à la condition que les faits qui servent de fondement à cette décision constituent une infraction pénale ».

La décision pénale de relaxe demeure donc sans incidence sur la sanction disciplinaire, dès lors qu'elle ne remet pas en cause la matérialité des faits et que ladite sanction n'est pas conditionnée par l'existence concomitante d'une infraction pénale.

### 8 - Un fonctionnaire condamné pour agression sexuelle en dehors du service peut être révoqué

Si l'absence d'infraction pénale n'exclut pas nécessairement toute sanction disciplinaire (*CE*, 21 sept. 2011, n° 349222, *Min. Défense* : *JurisData* n° 2011-019452 ; *JCP A* 2011, act. 636), la cour administrative d'appel de Douai rappelle, dans un arrêt du 6 octobre 2011 (*CAA Douai*, 6 oct. 2011 n° 10DA01437), que la faute pénale commise en dehors du service peut à l'inverse justifier une sanction disciplinaire.

En l'espèce, un fonctionnaire municipal avait été révoqué suite à sa condamnation pénale pour l'agression sexuelle d'une mineure handicapée, faits commis en dehors de ses fonctions d'agent d'entretien au service de la municipalité.

Saisi de la contestation d'un premier arrêté de révocation, le tribunal administratif avait annulé la décision entreprise pour défaut de motivation et ordonné la réintégration de l'agent ; ce dernier faisait alors l'objet d'un nouvel arrêté de révocation, soumis à son tour à l'appréciation du juge aux fins d'annulation.

Dans ce cadre, l'agent en cause faisait valoir qu'il avait toujours donné satisfaction dans ses fonctions, lesquelles étaient totalement étrangères aux faits dont il avait été reconnu coupable par les juridictions pénales.

La cour administrative d'appel rejette cet argument et rappelle « qu'alors même que les faits reprochés (...) ont été commis en dehors du service et que la manière de servir de l'intéressé apparaissait globalement satisfaisante, le maire (...) n'a, eu égard à l'extrême gravité desdits faits et à l'atteinte ainsi portée à la dignité de la fonction publique, commis aucune erreur de qualification juridique en estimant qu'ils étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire ».

Le Conseil d'État avait, au demeurant, déjà établi sa jurisprudence sur ce point en considérant que la faute pénale commise en dehors du service peut induire une sanction disciplinaire et constituer un motif de révocation dès lors que les faits sont incompatibles avec l'exercice de la fonction publique (*CE*, 9 déc. 1970, n° 79732), qu'ils constituent un caractère grave et sont incompatibles avec les fonctions exercées (*CE*, 5 déc. 1980, n° 13800) ou encore qu'ils portent atteinte à la dignité de la fonction (*CE*, 14 mai 1986, n° 71856).

Cette décision présente toutefois l'intérêt, en contrepoint de l'arrêt du Conseil d'État du 21 septembre 2011 (n° 349222, *préc.*), d'éclairer le principe de libre appréciation de la faute disciplinaire au regard de l'infraction pénale sous deux aspects : la sanction disciplinaire n'est pas nécessaire-

ment liée à une condamnation pénale, mais elle peut y trouver un fondement, quand bien même celle-ci porterait sur des faits étrangers au service.

## C. - La sanction des manquements à la probité

### 9 - La prescription du délit de corruption passive

Par un arrêt du 16 juin 2011 (*Cass. crim., 16 juin 2011, n° 09-87.292 : JurisData n° 2011-014693*), la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle sa jurisprudence sur la prescription de l'action publique en matière de corruption passive reprochée à une personne chargée d'une mission de service public.

Dans cette affaire, un administrateur judiciaire était poursuivi du chef de corruption passive pour avoir, dans le cadre de ses fonctions relevant d'une mission de service public, accepté d'un établissement financier des prêts à taux réduit ou des « extournes d'agios » en contrepartie de dépôts de fonds dont il avait la maîtrise dans le cadre de ses mandats ou de recommandations à cette fin aux dirigeants qu'il avait la charge d'assister.

Mises en lumière plusieurs années après leur conclusion, ces opérations considérées comme constitutives d'un pacte corruptif, auraient pu bénéficier du délai triennal de prescription de l'action publique, ce que la défense n'avait pas manqué de soulever.

La cour d'appel avait toutefois écarté cet argument, en considérant « que si le délit de corruption est une infraction instantanée, consommée dès le début du pacte de corruption entre le corrupteur et le corrompu, il se renouvelle à chaque exécution dudit pacte, aussi longtemps qu'a existé le concert frauduleux liant le corrupteur au corrompu ».

La Cour de cassation approuve les juges du fond et confirme ainsi sa jurisprudence (*Cass. crim., 27 oct. 1997 : Bull. crim. 1997, n° 352. – Cass. crim., 29 juin 2005 : Bull. crim. 2005, n° 200. – Cass. crim., 8 oct. 2003 : Bull. crim. 2003, n° 185*) quant à la question de la prescription du délit de corruption, au motif que « chaque dépôt de fonds, qu'il soit rémunéré ou non, constituait un acte d'exécution du pacte de corruption au même titre que la faculté conservée dans certains cas par la banque de modifier les taux ».

Rappelons que l'infraction instantanée est celle qui se réalise en un seul trait de temps.

On peut, sur ce point, adopter les termes fort didactiques d'un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 27 janvier 2000 : « l'infraction instantanée est celle dont l'élément matériel, action ou omission, s'exécute en un instant ou dont la durée d'exécution plus ou moins longue est indifférente à la

réalisation de l'infraction » ; elle « se caractérise par l'instantanéité de l'action ou de l'omission qui la réalise, et par l'épuisement en un instant de la volonté délictueuse de l'auteur » ; « l'infraction continue se réalise par une action ou omission qui se prolonge dans le temps » et « se caractérise par la répétition constante de la volonté coupable de l'auteur » (*CA Rennes, 27 janv. 2000 s/s Cass. crim., 7 nov. 2000, n° 00-81.402 : Bull. crim. 2000, n° 327*).

En principe donc, le point de départ du délai de prescription d'une infraction instantanée doit être fixé au jour de la commission de l'infraction, c'est-à-dire lorsque l'ensemble des actes constitutifs de l'infraction sont réunis (*CPP, art. 7*).

Néanmoins, la jurisprudence a reporté ce point de départ de la prescription, notamment pour les infractions instantanées faisant l'objet d'une exécution successive ; la prescription court alors à compter « de la dernière réception de la chose promise ou du dernier versement » (*Circulaire de présentation des évaluations de la France par l'OCDE et le GRECO et fixant des orientations de politique pénale, CRIM 2004-06 G3/21-06-2004, NOR : JUSD0430119C*).

Cette solution a été retenue, notamment, pour le délit d'escroquerie si les manœuvres frauduleuses ne constituent pas une série d'escroqueries distinctes mais s'inscrivent dans une opération délictueuse unique (*Cass. crim., 22 juill. 1971 : Bull. crim. 1971, n° 237*), au délit de prise illégale d'intérêts (*Cass. crim., 4 oct. 2000 : Bull. crim. 2000, n° 287*) ou au délit de concussion (*Cass. crim., 31 janv. 2007 : Bull. crim. 2007, n° 24 ; Dr. pén. 2007, comm. 74*).

Tel est également le cas pour le délit de corruption, solution que la chambre criminelle de la Cour de cassation réaffirme par le présent arrêt.

La Haute Juridiction profite également de cet arrêt pour rappeler sa jurisprudence relative à la notion de personne chargée d'une mission de service public qui, au sens de l'article 432-11 du Code pénal, doit être comprise comme une mission d'intérêt général ; aussi la Cour approuve-t-elle les juges du fond d'avoir relevé que « les syndicats de faillite étaient bien des citoyens chargés d'un ministère de service public, bénéficiant d'une véritable délégation judiciaire dans une procédure instituée pour répondre à un besoin d'intérêt général ».

### 10 - Le prévenu chargé d'accomplir des actes destinés à satisfaire l'intérêt général remplit une mission de service public au sens des délits de corruption passive et de détournement

Par un arrêt du 29 juin 2011 (*Cass. crim., 29 juin 2011, n° 10-86.771*), la chambre cri-

minelle de la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure quant à l'appréhension de la notion de personne chargée d'une mission de service public au sens des délits de détournement et de corruption passive.

En l'espèce, il était reproché au prévenu, contremaître au sein d'une agence EDF, d'avoir fait bénéficier plusieurs personnes de la réalisation de branchements clandestins au réseau de distribution électrique.

Il apparaissait en effet que ces installations avaient été effectuées à l'aide de matériel propriété d'EDF et que le prévenu avait « pour mission de coordonner, planifier et contrôler l'activité de la branche clientèle de l'agence EDF (...) [il bénéficiait d'une] délégation de signature notamment pour toute rentrée et sortie de matériels du magasin, autorisations de paiement pour travaux de branchements locaux ».

La cour d'appel l'ayant déclaré coupable du délit de corruption passive, le pourvoi faisait valoir que le prévenu ne disposait pas de la qualité requise par les articles 432-11 et 432-15 du Code pénal réprimant les délits de corruption passive et de détournement, plus précisément celle de personne chargée d'une mission de service public.

La chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi en rappelant que doit être considéré comme étant chargé d'une mission de service public, au sens de ces dispositions, celui qui est « chargé d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire l'intérêt général, peu important qu'il ne disposât d'aucun pouvoir de décision ».

La Cour de cassation s'était déjà prononcée dans le même sens à l'égard d'un ingénieur au Commissariat à l'énergie atomique mis à la disposition de l'Agence nationale de valorisation de la recherche, lequel avait notamment pour mission de concourir à l'instruction des dossiers de demande d'aide à l'innovation, sans pouvoir de décision (*Cass. crim., 27 févr. 2002 : Bull. crim. 2002, n° 48*).

### 11 - Le délit de prise illégale d'intérêt est applicable aux relations entre les collectivités territoriales et les établissements publics qui leur sont rattachés

Le délit de prise illégale d'intérêt, notamment réprimé par l'article 432-12 du Code pénal, constitue un aspect bien connu de la responsabilité pénale des élus et agents publics, au regard notamment de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière.

Le texte d'incrimination le définit initialement comme « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public,

de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement [...] ».

On sait, toutefois, que la Cour de cassation en a adopté une acception jugée tantôt rigoriste et tantôt extensive, depuis un arrêt du 22 octobre 2008 considérant notamment que l'intérêt illégalement pris ou conservé peut consister dans des fonctions exercées à des qualités par des élus et « qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal » (Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 08-82.068 : *JurisData* n° 2008-045864 ; *Bull. crim.* 2008, n° 212).

Cette jurisprudence peut apparaître bien anodine au profane ; elle constitue en réalité un facteur de paralysie des politiques publiques locales.

Bien souvent en effet, l'action de la collectivité s'appuie sur des structures opérationnelles locales dont la saine gestion doit être contrôlée par les élus à peine de se voir reprocher pénalement une négligence dans l'emploi des deniers publics.

Le problème se pose dans les mêmes termes pour les établissements publics locaux, légitimement en charge de la mise en œuvre de certains aspects des politiques publiques locales, mais au sein desquels la participation des élus les expose paradoxalement à un risque pénal du chef du délit de prise illégale d'intérêt.

Les représentants élus de la collectivité devraient ainsi se désintéresser de l'action publique, dès lors qu'un établissement public local serait chargé de sa mise en œuvre opérationnelle.

À tout le moins la prudence impose-t-elle aux élus siégeant au sein d'établissements publics locaux de s'abstenir de toute participation directe ou indirecte aux délibérations de leurs collectivités appelées à se prononcer sur leurs relations avec cet établissement public.

Interrogé sur cette conciliation entre prise illégale d'intérêts et participation des élus aux établissements publics locaux, le ministère de la Justice et des Libertés (*Rép. min.* n° 09200 : *JO Sénat* Q 28 juill. 2011, p. 1993) confirme la matérialité de ce risque, en tentant d'en atténuer la portée : « La gravité du risque pénal que fait peser ce délit sur les élus locaux doit néanmoins être relativisée ; la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique relève d'ailleurs que le nombre de condamnations par an sous cette incrimination reste limité et que la politique pénale mise en œuvre par les magistrats cible les compor-

tements les plus dommageables aux collectivités publiques. Les statistiques de la chancellerie confirment ces propos. Il existe en effet un faible nombre de condamnations d'élus publics des chefs de prise illégale d'intérêt : 21 en 2004, 18 en 2005, 26 en 2006, 9 en 2007 et 25 en 2008. En outre, les élus locaux représentant une collectivité territoriale au sein d'un établissement public local peuvent échapper à toute sanction en s'abstenant de prendre part aux votes des délibérations de l'assemblée locale appelée à se prononcer sur ses relations avec cet établissement public » (*JO Sénat* Q 28 juil. 2011).

Au-delà de l'argument de criminologie et de politique criminelle, la matérialité du risque pénal pesant sur les élus siégeant au sein d'établissement publics locaux est donc confirmée, de même que l'appréciation des moyens pour eux de s'en préserver.

Cette réponse ministérielle relance et renouvelle le débat sur l'opportunité d'une réforme du délit de prise illégale d'intérêt, lequel avait abouti, le 24 juin 2010, à l'adoption en première lecture par le Sénat d'une proposition de loi visant à préciser les termes de l'incrimination et à en circonscrire le champ d'application.

Le projet de loi prévoyait d'amender les termes de l'article 432-12 du Code pénal pour substituer à la notion actuelle « d'intérêt quelconque » celle « d'intérêt personnel, distinct de l'intérêt général » et écarter ainsi du champ de la répression l'hypothèse de l'élu œuvrant conformément à l'intérêt général au sein d'un établissement public local.

Sans entrer davantage dans l'appréciation de la portée de cette réforme (*Le délit de prise illégale d'intérêts dans les relations Villes-associations : Le Courrier des maires*, n° 241, p. XVI), gageons que cette réponse ministérielle pourrait la replacer sous le feu de l'actualité.

## 4. Presse

### 12 - Diffamations et injures

Par un jugement du 20 mai 2011 (*TGI Paris*, 17<sup>e</sup> ch., 20 mai 2011 : *Légipresse* n° 288, nov. 2011, p. 587 et 588), le tribunal correctionnel de Paris s'est notamment prononcé sur la qualification de propos tenus par un journaliste professionnel lors d'une émission audiovisuelle à l'égard du maire d'une commune.

Les propos étaient les suivants : « X est un élu de la République que je qualifie d'irresponsable » et « élu qui n'est pas digne de la République ».

Ces propos s'inscrivaient dans le contexte d'une querelle entre cet élu et ce journaliste, à la suite d'accusations de

« bidonnage » d'un reportage consacré par ce dernier à un quartier de la commune.

S'agissant des propos « X est un élu de la République que je qualifie d'irresponsable », le tribunal tranche en faveur de la qualification de diffamation, par application du principe d'indivisibilité de la diffamation.

Le tribunal considère en effet que les propos litigieux, à les supposer attentatoires à l'honneur et à la considération, sont indissociables des imputations de calomnie et de diffamation par ailleurs reprochées à la victime, elles-mêmes jugées suffisamment précises pour constituer une diffamation ; ces propos étant jugés indissociables d'autres propos diffamatoires, la qualification de diffamation doit l'emporter et absorber celle éventuelle d'injure.

S'agissant des propos « élu qui n'est pas digne de la République », le tribunal juge que le journaliste ne peut prétendre au bénéfice de la bonne foi, y compris sous le prisme tolérant de la polémique politique, au regard de sa qualité de professionnel aguerri de l'information.

Le juge pénal semble ainsi appliquer, à l'égard des professionnels de l'information, un devoir renforcé de prudence et de modération dans l'expression et le ton utilisés, nonobstant un contexte de polémique politique qui, d'une manière générale, autorise traditionnellement une interprétation plus large de ces critères de la bonne foi.

Il en effet constant que les journalistes ont le devoir de vérifier les informations qu'ils recueillent, avant de les rendre publiques (*Cass. crim.*, 16 nov. 1991 : *JCP G* 1992, IV, p. 806. – *CA Paris*, 11<sup>e</sup> ch., 28 févr. 2008 : *JurisData* n° 2008-359430).

Cette interprétation nous semble toutefois devoir être manipulée avec circonspection, dans la mesure où le contexte de vive querelle semblait prélever aux propos tenus et pouvait plus aisément convaincre le juge de l'existence d'une certaine animosité personnelle exclusive en elle-même de la bonne foi.

Notons d'ailleurs que l'élu sera condamné par le tribunal au titre de ses propres propos à l'endroit du journaliste, dans le cadre d'un jugement séparé mais concomitant, à une peine identique ainsi qu'au même montant de dommages et intérêts.

### 13 - Droit européen et diffamation

Par un arrêt du 6 octobre 2011 (*CEDH*, 6 oct. 2011, n° 32820/09, *Vellutini et Michel c/ France* ; *JCP A* 2011, act. 654), la Cour européenne des droits de l'homme sanctionne l'État français, au titre d'une violation de l'article 10 de la Convention, pour avoir condamné le président d'un syndicat de policiers municipaux, ainsi que son

secrétaire général, à une peine d'amende correctionnelle de 1 000 € chacun, du chef de diffamation publique envers un citoyen chargé d'un mandat public, à raison de propos tenus dans le cadre de leurs mandats syndicaux.

À la suite d'un différend opposant un maire à l'un de ses fonctionnaires de police municipale, des responsables syndicaux avaient distribué un tract comportant des propos allégués de diffamatoires à l'égard de l' élu, notamment :

« Votre maire, premier magistrat, dont la volonté est de jeter le discrédit sur la policière municipale, » (...)

« Votre premier magistrat bafoue la loi, » (...)

« Votre élu présente les choses à sa façon en ne disant que ce qui l'arrange... votre maire dirige sa commune tel un dictateur cultivant le culte de la personnalité, » (...)

« Votre maire insulte publiquement votre policière en prétendant qu'elle serait malade mentale, » (...)

« Allez-vous permettre que votre maire s'acharne et détruise cette mère de famille sur la place publique, telle l'Inquisition brûlait et lapidait les sorcières ? » (...)

« Votre maire a su s'entourer de témoins douteux contre la policière et a su les protéger en ne les dénonçant pas à la justice. » (...)

« Sa communication n'a qu'un seul but, servir ses intérêts politiques et non pas vous tenir informés des vérités dont (sic) vous êtes en droit d'attendre. »

Ces deux responsables syndicaux étaient cités devant le tribunal correctionnel qui les condamnait à ce titre ; après épuisement des voies de recours, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie d'une violation de l'article 10 de la Convention.

Dans ce cadre, la Cour relève d'abord que le juge pénal français était saisi de propos tenus par des responsables syndicaux au titre de la situation professionnelle de l'un des adhérents de leur syndicat et à l'endroit d'un élu pris en sa qualité d'employeur : « si les propos des requérants ne relèvent pas de la critique générale d'une politique municipale, il s'agit de la mise en cause par les représentants d'un syndicat du rôle d'un élu en sa qualité d'employeur » (§36).

La Cour retient également que le maire avait donné un écho particulier à l'affaire l'opposant à son fonctionnaire de police, par deux publications dans le bulletin municipal conféré aux propos échangés le caractère d'un débat d'intérêt public local.

La Cour considère donc que la France, en condamnant les deux responsables syndicaux au titre de propos qui, selon elle, ne dépassaient pas la libre critique syndicale (§49), manqué à son obligation de garantir la liberté d'expression.

Le manquement est ainsi retenu à un double titre :

– d'abord, au titre de la tolérance admise en cas de polémique syndicale, de surcroît en cas de débat d'intérêt général (§36, 37 et 39) ;

– ensuite, au titre de la tolérance admise à l'égard de la critique d'un élu et pouvant s'accommoder de certaines attaques personnelles (§38) (CEDH, 22 oct. 2007, n° 21279/02 et 36448/02, *Lindon et Otchakovsky-Laurens, et July c/ France*. – CEDH, 11 avr. 2006, n° 71343/01, *Brasilier c/ France*).

La Cour rappelle enfin que l'invective politique dans le cadre d'un mandat syndical fait partie intégrante du droit à la liberté d'expression : « ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique » (CEDH, 25 févr. 2010, n° 13290/07, *Renaud c/ France*, §39. – CEDH, 25 févr. 2010, n° 37698/97, *Lopes Gomes da Silva c/ Portugal*, §34. – CEDH, 23 janv. 2007, n° 43924/02, *Almeida Azevedo c/ Portugal*, §30) (§39).

Cet arrêt nous semble toutefois critiquable en ce qu'il retient la notion de « débat d'intérêt public » par référence à un acte de médiatisation locale, tout en relevant que les propos s'inscrivent dans un différend opposant un employeur à l'un de ses agents, sur un plan professionnel et donc privé.

La motivation liée à la qualité d' élu de la personne visée nous semble tout aussi critiquable, le maire agissant ès-qualité d'employeur et non d' élu, ce que constate d'ailleurs la Cour.

#### 14 - Droit européen et dénonciation calomnieuse

Par un arrêt du 30 juin 2011 (CEDH, 30 juin 2011, n° 30754/03, *Klouvi c/ France*), la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la conformité de l'article 226-10, al. 2, du Code pénal réprimant la dénonciation calomnieuse, dans sa version antérieure au 11 juillet 2010, avec les stipulations de l'article 6 de la Convention.

Cette incrimination, certes non spécifique aux acteurs publics et à leurs représentants, ne leur est pas pour autant étrangère s'agissant notamment des agents mis en cause auprès de l'autorité disciplinaire, au titre de faits mensongers.

En l'espèce, une information judiciaire des chefs de viol et de harcèlement sexuel avait été ouverte à la suite d'accusations portées par une salariée à l'encontre de son supérieur hiérarchique ; cette procédure aboutissait à une ordonnance de non-lieu fondée sur les motifs suivants :

« L'information n'a pas permis d'établir la véracité des accusations proférées (...) ; il n'existe pas de charges suffisantes contre Monsieur P. permettant de le renvoyer devant le tribunal correctionnel »

Suite à ce non-lieu, la salariée était citée à comparaître du chef du délit de dénonciation calomnieuse devant le tribunal correctionnel, qui la condamnait au motif que « la fausseté du fait dénoncé résultait nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée ».

En d'autres termes, les juges considéraient que la décision de non-lieu du 22 janvier 1998 établissait nécessairement la fausseté des faits et, par suite, l'élément intentionnel du délit, la dénonciatrice ne pouvant ignorer l'inexactitude des faits dénoncés compte tenu de leur nature ; il était ainsi fait application d'une double présomption de fausseté des faits dénoncés et de mauvaise foi.

Saisie de la conformité de ce mécanisme de présomption résultant de l'article 226-10 du Code pénal, avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne observe que « l'élément intentionnel, dans ce cas de figure, découlait quasi automatiquement du fait que, s'agissant de violences alléguées sur sa personne, les juges considérèrent que la requérante ne pouvait ignorer qu'ils étaient faux » (§47) ; « La requérante se trouvait ainsi confrontée à une double présomption qui réduisait de manière significative les droits garantis par l'article 6 de la Convention, le tribunal ne pouvant peser les diverses données en sa possession et devant recourir automatiquement aux présomptions légales posées par l'article 226-10 du Code pénal » (§48).

Elle considère que « dans ces conditions, la requérante n'a pas pu bénéficier d'un procès équitable et de la présomption d'innocence. Partant, il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention ».

En effet, le principe de présomption d'innocence consacré par l'article 6 de la Convention prévoit que toute présomption légale de culpabilité ne doit pas dépasser des limites raisonnables au regard de la gravité de l'enjeu et des droits de la défense.

Afin de concilier la loi française avec ce principe, le législateur a donc modifié l'alinéa 2 de l'article 226-10 du Code pénal (L. n° 2010-169, 9 juill. 2010), lequel dispose à compter du 11 juillet 2010 (pour une application rétroactive de cette loi pénale plus douce v. *Cass. crim.*, 14 sept. 2010, n° 10-80.718 : *JurisData* n° 2010-017669) :

« La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu, déclarant que le fait n'a pas été commis ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée ».

Pour mémoire, l'ancien texte disposait que :

« La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée ».

Cette nouvelle rédaction semble donc impliquer que les décisions rendues au « bénéfice du doute », qu'il s'agisse d'un acquiescement, d'une relaxe ou d'un non-lieu, ne pourront désormais faire présumer la fausseté des faits dénoncés.

C'est là rendre particulièrement ardue, en pratique, la mise en œuvre de poursuites du chef du délit de dénonciation calomnieuse en pareille hypothèse.

Il est également probable que les notions de fait qui « n'a pas été commis » et de fait commis mais non imputable, donneront lieu à un contentieux nouveau, sauf à imaginer que les juges saisis des faits dénoncés adoptent une formulation identique dans le cadre de leurs décisions, ce dont il est permis de douter.

### 15 - Responsabilité en cascade – Responsabilité du producteur

Les blogs, forums de discussion et autres « services de communication au public en ligne » mettant à disposition « un espace de contributions personnelles identifié comme tel » au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, sont devenus un lieu d'expression privilégié du débat public.

À l'instar des moyens de communication traditionnels telle que la presse imprimée, ils peuvent constituer un support dématérialisé aux délits prévus et réprimés par la loi

du 29 juillet 1981 – notamment les infractions de diffamation ou d'injure envers un citoyen chargé d'un mandat public, ou d'un fonctionnaire public, au sens de son article 31 – alors réprimés selon un mécanisme d'imputabilité spécifique.

Le Conseil constitutionnel (*Cons. const.*, 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC : *JurisData* n° 2011-018690) a formulé une réserve d'interprétation quant à la constitutionnalité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, prévoyant la responsabilité pénale du producteur d'un site Internet à raison du contenu de messages mis en ligne par les internautes, sans lui permettre de s'en exonérer par la preuve de ce qu'il n'en avait pas effectivement connaissance avant leur mise en ligne ou de sa diligence à les retirer dès qu'il en a eu connaissance.

Rappelons qu'aux termes de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 :

« Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1981 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public.

À défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal.

Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice.

Pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal seront applicables.

Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles

identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message ».

Cette disposition, transposant l'article 42 de la loi du 29 juillet 1981 dans le champ de la diffusion électronique, avait pour objet de pallier les difficultés rencontrées par une personne atteinte dans sa réputation ou dans son honneur, à raison de l'anonymat de certaines contributions d'internautes ou *posts* sur des blogs et autres sites Internet.

Telle qu'interprétée par la Cour de cassation (*Cass. crim.*, 16 févr. 2010, deux arrêts, n° 08-86.301 et n° 09-81.064 : *JurisData* n° 2010-001502 et *JurisData* n° 2010-001992 ; *Bull. crim.* 2010 n° 30 et n° 31 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 80), cette disposition consacrait une responsabilité pénale de plein droit à l'égard du producteur d'un site Internet, subsidiairement à celle du directeur de publication dont les modalités d'engagement avaient été atténuées par le Législateur – alinéas 1 et 5 de l'article 93-3) ; « poursuivable » en seconde ligne, derrière le directeur de publication et à défaut de l'auteur du message, le producteur pouvait paradoxalement voir sa responsabilité pénale engagée plus facilement.

Le Conseil constitutionnel aligne donc le régime de responsabilité du producteur sur celui du directeur de publication d'un forum de discussion ou d'un blog sans modération *a priori*, dans les mêmes conditions que celles prévues par l'alinéa 5 de l'article 93-3, « s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message ».