

La liberté d'expression devant le Conseil constitutionnel : une liberté en voie de concrétisation jurisprudentielle

La liberté d'expression attend encore sa grande décision du Conseil constitutionnel¹, celle qui lui fera acquérir ses lettres de noblesse, tel que l'arrêt *Handyside* de la Cour européenne des droits de l'homme² ou l'arrêt *Texas v. Johnson*³ de la Cour suprême américaine. La juridiction française n'en emprunte pas moins au premier la célèbre formule, qui se révèle purement incantatoire, selon laquelle « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »⁴. Elle se démarque cependant de l'approche extrêmement libérale de la liberté d'expression du second, qui autorise en tant qu'expression symbolique le fait de brûler le drapeau américain pour dénoncer la politique du Président, le Conseil constitutionnel reconnaissant la constitutionnalité du délit d'outrage public au drapeau ou à l'hymne national, au prix de maigres réserves d'interprétation⁵. Sur le plan symbolique, alors que la liberté d'expression est un « bien précieux » en France ; il est un « bien sacré » aux Etats-Unis⁶.

Longtemps, le contrôle exclusivement *a priori* du Conseil constitutionnel ne lui a donné que peu d'occasions de se prononcer sur la liberté d'expression en tant que telle, alors, qu'en parallèle, une jurisprudence abondante se développait sur la liberté de communication, avec ses grandes

¹ Même s'il est possible qu'elle soit considérée comme telle, nous ne sommes pas convaincus que ce soit le cas de la décision du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* (n° 2012-647 DC, JO, 2 mars 2012, p. 3988). Elle est la première décision véritablement significative sur la liberté d'expression, sans en offrir une protection qui le soit tout autant. Voir *infra*.

² C.E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72.

³ C.S., *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), in *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Elisabeth ZOLLER, PUF, 2000, p. 1107.

⁴ C.C., n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*, [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans], JO, 20 mai 2011, p. 8890, cons. 3.

La décision de principe dans laquelle le Conseil constitutionnel a initié cette qualification est la décision des 10 et 11 octobre 1984 sur la liberté de communication dans laquelle il considère que la liberté de communication est « une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés » (n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec., p. 78, cons. 37). Le juge constitutionnel a pu également juger que « le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle » et « que le respect de ce pluralisme est l'une des conditions de la démocratie » (C.C., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec., p. 141, cons. 11).

La formule originelle de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Handyside*, précité, est la suivante : « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de [la société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (§ 49).

⁵ C.C., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Rec., p. 211.

Voir également, dans le même sens, à propos de l'incrimination d'outrage au drapeau tricolore instituée par le décret n° 2010-835 du 21 juillet 2010 et jugée conforme à l'article 11 de la Déclaration de 1789 : C.E., 19 juillet 2011, *Ligue des droits de l'homme*, req. n° 343430.

⁶ E. Zoller, « Propos introductifs. La liberté d'expression : « bien précieux en Europe, « bien sacré » aux Etats-Unis ? », in *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, sous la direction d'E. Zoller, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 1.

décisions⁷. En confiant au justiciable la maîtrise des questions de constitutionnalité transmises, la question prioritaire de constitutionnalité offre au Conseil constitutionnel de manière potentielle une occasion d'enrichir la jurisprudence sur la liberté d'expression. Celle-ci apparaît sans doute comme une liberté dont les violations sont plus perceptibles dans le contexte de litiges concrets.

La différenciation entre la liberté de communication et la liberté d'expression n'est cependant pas toujours clairement acquise. Selon une définition courante, le terme « expression » désigne une « action ou manière d'exprimer ou de s'exprimer » ; celui de « communication », dans un premier sens, l'« action de communiquer quelque chose à quelqu'un » c'est-à-dire « faire connaître quelque chose à quelqu'un ; faire partager ; rendre commun à, transmettre quelque chose »⁸. L'expression a une dimension individuelle, elle concerne *celui qui exprime quelque chose*. La communication présente une dimension collective car elle suppose au moins deux éléments *quelqu'un qui émet* et *quelqu'un qui reçoit*. La communication s'inscrit dans un mouvement de diffusion du discours de l'émetteur vers le récepteur. Il est vrai que la communication passe par l'expression, mais la réciproque n'est pas forcément vraie, même si l'on peine à imaginer le discours solitaire qui n'aurait pour objet que d'atteindre celui qui s'exprime. La liberté de communication apparaît comme l'instrument permettant d'assurer l'effectivité de la liberté d'expression. Cette seconde liberté se rapporte à la substance de ce qui est exprimé, la première à sa diffusion. Pour emprunter une distinction établie par le Tribunal constitutionnel espagnol, on distinguera la liberté d'expression entendue comme constituant un « *droit primaire* », qui permet de s'exprimer librement, de la liberté de communication qui est un « *droit instrumental* » au service de ce droit primaire. Tel est le cas lorsque la liberté de communication est envisagée comme étant destinée à permettre la création des supports et des moyens de diffusion nécessaires pour la liberté d'expression⁹.

L'article 11 de la Déclaration consacre à la fois la liberté de communication, la formule est utilisée, et la liberté d'expression, « tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement ». Selon une perspective moderne, la liberté de communication regroupe la *liberté de diffuser* et la *liberté de recevoir* des idées, des pensées ou des opinions, et donc un discours dans un sens large. La liberté d'expression est une *liberté d'émettre* de telles idées, pensées ou opinions. En d'autres termes, *le contenu du discours* relève de la liberté d'expression, *les moyens qui permettent de le diffuser et sa réception* s'intègrent dans la liberté de communication. Face à un même discours, il sera possible de s'intéresser à trois éléments différents : à son *contenu*, sous l'angle de la liberté d'expression, aux *supports* qu'il emprunte pour être diffusé, comme la presse, la télévision ou internet¹⁰, et donc aux

⁷ La décision des 10 et 11 octobre 1984 sur la liberté de la presse, *précit.*, et celle du 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec., p. 18), respectivement GDCC n° 18 et n° 21 (L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Grandes décisions, 16^{ème} édition, 2011, 591 p.).

⁸ Dictionnaire *Le Robert*.

⁹ T.C., n° 206, 17 décembre 1990, *fundamentos* § 6 ; n° 329, 15 décembre 2005, *fundamentos* § 9.

¹⁰ Le Conseil constitutionnel ayant en l'occurrence reconnu, en s'appuyant sur l'article 11 de la Déclaration de 1789, « qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de

bénéficiaires actifs de la liberté de communication, et à *ceux qui la reçoivent*, les *bénéficiaires passifs* de la liberté de communication.

Longtemps, la jurisprudence constitutionnelle n'a, soit envisagé que la liberté de communication, compte tenu des dispositions législatives qui lui étaient déférées relatives aux supports de l'expression, soit a confondu les deux sur des questions qui relevaient pourtant des supports de l'expression et non de son contenu. Ainsi, par exemple, face à une disposition législative tendant à généraliser la diffusion des programmes de télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique, le Conseil constitutionnel, ne s'inscrivant qu'en partie dans le prolongement de la saisine qui invoquait la méconnaissance du pluralisme, oppose la liberté d'expression et le pluralisme des courants de pensées et d'opinions¹¹. Il n'est pourtant pas question de contenu du discours, mais de ses supports, et des bénéficiaires passifs de la liberté de communication, les téléspectateurs, potentielles victimes du passage au numérique. Dans le prolongement de cette confusion, dont nous apprécierons par ailleurs d'autres manifestations, la liberté d'expression a pu être rattachée par le Conseil constitutionnel à l'article 10 de la Déclaration de 1789¹².

Malgré ces confusions, la jurisprudence semble désormais pouvoir être présentée comme ayant dégagé une protection autonome de la liberté d'expression (§ I) même si, sur le fond, on ne peut que constater une concrétisation encore partielle de la liberté d'expression (§ II).

§ I – La protection autonome de la liberté d'expression

Pour que la liberté d'expression soit protégée en tant que telle encore fallait-il qu'elle soit clairement distinguée, dans son contenu, de la liberté de communication. Or, longtemps, soit parce qu'il n'était pas question de liberté d'expression, soit parce que la liberté de communication a, en substance, absorbé la liberté d'expression, celle-ci n'est tout d'abord apparue que de manière indirecte à l'occasion de la protection ou de la reconnaissance d'autres libertés (A). Désormais, cette liberté est protégée de manière générale et en elle-même (B).

A – Une protection initiale indirecte

La liberté d'expression, en tant qu'elle protège le contenu d'un discours, est d'abord apparue dans la jurisprudence constitutionnelle de manière indirecte à l'occasion de la protection ou de la

communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services » (n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec., p. 107, cons. 12), ce qui peut être synthétisé comme la liberté d'accéder aux services de communication au public en ligne.

¹¹ C.C., n° 2007-550 DC, 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, Rec., p. 81, cons. 16.

¹² C.C., n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, Rec., p. 42, cons. 11.

reconnaissance d'autres libertés : les libertés universitaires, le droit à l'expression collective des idées et des opinions et le pluralisme.

Une première référence à la liberté d'expression est intervenue dans le domaine des libertés universitaires. Saisi de la loi organisant notamment le statut des enseignants-chercheurs au sein de l'université, le Conseil constitutionnel précise qu'un tel statut « ne saurait limiter le droit à la libre communication des pensées et des opinions garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que dans la seule mesure des exigences du service public en cause »¹³. Même s'il fait référence à la liberté de « communication », il explicite ensuite ce dont il est question en jugeant que, par « leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la *libre expression* et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables »¹⁴. La liberté d'expression comme l'indépendance des enseignants-chercheurs doivent être garanties par le statut législatif de ces derniers. Il y a là une obligation positive à la charge du législateur d'autant plus forte que cette indépendance résulte « en outre, d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République » en ce qui concerne les professeurs¹⁵. Ce principe fondamental, limité aux professeurs à l'origine, a ensuite été étendu à l'ensemble des enseignants-chercheurs¹⁶. Le respect constitutionnel de l'indépendance des enseignants-chercheurs impose que le législateur protège et garantisse leur liberté d'expression. Celle-ci découle de celui-là, de sorte que la liberté d'expression n'est garantie que de manière indirecte, à travers l'indépendance des enseignants-chercheurs, et uniquement pour une catégorie particulière de bénéficiaires, les enseignants-chercheurs.

La liberté d'expression est encore apparue dans le prolongement de la liberté de la recherche et de la liberté de l'enseignant chercheur, à propos de l'examen de la constitutionnalité de la loi sur l'usage du français. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé que les dispositions de « l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen impliquent que soit garantie la liberté d'expression et de communication dans l'enseignement et la recherche »¹⁷. L'une des dispositions contestée subordonne l'octroi par une personne publique de toute aide à des travaux d'enseignement ou de recherche à l'engagement pris par les bénéficiaires d'assurer une publication ou une diffusion en français de leurs travaux ou d'effectuer une traduction en français des publications en langue étrangère auxquelles ils donnent lieu, sauf dérogation accordée par le ministre de la recherche. Le Conseil constitutionnel ne jugera pas cette première disposition contraire à la Constitution alors que l'article 2 de la Constitution prévoit par ailleurs que la langue de la République est le français. Il est donc possible de subordonner l'octroi d'une aide à des

¹³ C.C., n° 83-165 DC, 20 janv. 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec., p. 30, cons. 17.

¹⁴ Cons. 19 (nous soulignons).

¹⁵ Cons. 20.

¹⁶ C.C., n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, *Jean Combacau et autres [Loi Université]*, Rec., p. 203, cons. 6.

¹⁷ C.C., n° 94-345 DC, 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, Rec., p. 106, cons. 22.

travaux scientifiques à leur diffusion en langue française. La contrainte législative est d'autant plus souple que le ministre peut accorder une dérogation.

Une autre des dispositions de cette loi confère à « tout participant à une manifestation, un colloque ou un congrès organisé en France par des personnes physiques ou morales de nationalité française... le droit de s'exprimer en français », ce qui apparaît en l'occurrence comme un énoncé a-normatif, et impose la rédaction d'une version en français du programme distribué aux participants, l'établissement d'au moins un résumé en français de tous les autres documents afférents à ces manifestations et la mise en place d'un dispositif de traduction. Elle affecte le contenu du discours, mais seulement le contenu linguistique du discours, et donc la langue de la recherche, non pas le contenu de celle-ci. Le Conseil constitutionnel conclut qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁸.

Le Conseil constitutionnel a encore consacré, à partir d'une formule quelque peu maladroite, un droit à l'expression collective des idées et des opinions, sans le rattacher de manière explicite à un fondement normatif particulier¹⁹. Ce droit n'est d'ailleurs pas repris de la saisine parlementaire. Seul le contexte dans lequel il est dégagé permet d'explicitier ce qu'il recouvre. Les dispositions législatives appréciées au regard de ce droit permettaient, d'une part, au préfet d'interdire le port ou le transport d'objets pouvant constituer une arme dans les cas où les circonstances font craindre des troubles graves à l'ordre public en cas de manifestation sur la voie publique et élargissait les possibilités de fouille des véhicules dans cette dernière situation. D'autre part, certaines de ces dispositions, contestées cette fois au regard de la liberté d'expression par les requérants, instituaient une peine complémentaire d'interdiction de participer à des manifestations sur la voie publique dans certaines circonstances. Ce sont donc ces dispositions qui sont confrontées au droit à l'expression collective des idées et des opinions. Ce droit se rapproche de la liberté de manifestation, si l'on en envisage cette dernière liberté comme un moyen collectif d'expression d'idées et d'opinions. La liberté d'expression n'est pas pour autant consacrée de manière autonome et générale.

Il faut encore ajouter que l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme, renforçant la liberté de communication, dans ses différentes déclinaisons, pluralisme des « courants d'idées et d'opinions »²⁰, des « quotidiens d'information politique et générale »²¹ ou encore des « courants d'expression socioculturels »²² contribue à garantir la diversité des discours. Alors que ces

¹⁸ Cons. 19.

¹⁹ C.C., n° 94-352 DC, 18 janv. 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *Rec.*, p. 170, cons. 16 et 24.

²⁰ C.C. n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, *Rec.*, p. 107, cons. n° 23 et 24.

²¹ C.C. n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *précit.*, cons. n° 38.

²² C.C. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *précit.*, cons. n° 11.

objectifs participent de la concrétisation de la liberté de communication au profit de ses destinataires passifs, ils permettent également de garantir la diversité des opinions et des idées et donc des discours. Ils constituent des moyens au service d'une expression diversifiée, sans pour autant protéger en lui-même le contenu du discours couvert par la liberté d'expression. Par la diversité des supports de diffusion et des contenus diffusés, l'on contribue seulement à la multiplicité des discours et à leur libéralisation.

B – Une protection actuelle générale

La reconnaissance autonome et générale de la liberté d'expression s'est faite de manière progressive et plus ou moins concomitante à l'examen de dispositions législatives susceptibles de la remettre en cause en elle-même, c'est-à-dire lorsque les dispositions législatives contestées affectaient la liberté d'expression et non la liberté de communication. Après une décision qui a semblé établir le domaine précis de la liberté d'expression, a suivi une longue période d'incertitude, avant que le Conseil constitutionnel n'adopte une solution claire.

Dans la décision du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, les termes de « liberté d'expression » sont utilisés par le Conseil constitutionnel dans un contexte qui a trait au contenu du discours. Les requérants soutenaient la méconnaissance de la liberté d'expression et de communication en elle-même²³ ou rattachée à l'enseignement et la recherche²⁴. La question de l'existence de certaines obligations visant à l'usage de la langue française renvoie au contenu du discours. Il est bien question de liberté d'expression et non de liberté de communication. Les deux libertés demeurent associées entre elles par le Conseil constitutionnel, à partir d'une formule générique, même si seule la liberté d'expression est concernée au fond.

Cette relative clarification n'apparaît toutefois pas très solide. En effet, liberté d'expression et liberté de communication ont pu ensuite être confondues, en l'occurrence lorsque la première a été rattachée de manière inédite à l'article 10 de la Déclaration de 1789. Dans la décision du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, il était notamment question de la maîtrise par l'Etat de l'accès aux informations et aux données permettant de connaître le patrimoine archéologique du territoire français. Cette disposition sera dénoncée au regard de la liberté d'expression alors pourtant qu'il s'agit d'une question de diffusion et non de contenu de ce qui est diffusé et donc d'une question de liberté de communication. La réponse apportée par le Conseil constitutionnel souligne toute l'ambiguïté de la référence à la liberté d'expression. Il constate en effet « qu'un décret déterminera les modalités selon lesquelles la carte archéologique nationale pourra être *communiquée* à toute personne qui en fera la demande » pour juger que « manque dès lors en fait le grief tiré de ce que le législateur aurait porté atteinte à la *liberté d'expression* garantie par l'article 10

²³ Cons. 6.

²⁴ Cons. 20 et 21.

de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »²⁵. Dans la décision du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, le Conseil constitutionnel se réfère à la liberté d'expression alors que la loi porte sur la possibilité d'accès aux décodeurs donnée aux éditeurs de services de télévision diffusés en mode numérique²⁶. Cette même confusion est également manifeste, on l'a vu, dans la décision du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*. A propos de la loi Hadopi, il est encore fait référence à la liberté d'expression et de communication alors que le législateur habilite une autorité administrative indépendante « à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier »²⁷. De liberté, il n'est question que de liberté de communication.

Dans la décision du 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, ce sont les requérants, même si le Conseil constitutionnel ne reprendra pas l'expression, qui invoquent la méconnaissance de « liberté de s'exprimer et de communiquer, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »²⁸. La formule fait sens en ce qu'elle conduit à distinguer une liberté de s'exprimer et une liberté de communiquer. L'utilisation du verbe à l'infinitif (de s'exprimer) paraît plus significatif que celle du substantif (d'expression). Cette formule est d'ailleurs reprise en substance par le Conseil d'Etat, même s'il rattache cette liberté aux articles 10 et 11 de la Déclaration. Le juge administratif considère en effet « qu'il résulte tant des articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui reconnaissent à tout citoyen la liberté d'exprimer et de communiquer ses opinions sans autres restrictions que celles qui sont nécessaires pour assurer l'ordre public »²⁹.

L'autonomisation de la liberté d'expression est marquée par l'adoption par le Conseil constitutionnel d'un considérant de principe formalisant le contrôle opéré sur le respect de cette liberté. Dans la décision du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*, il a ainsi jugé que « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »³⁰. Cette formule a été reprise dans d'autres décisions et

²⁵ Cons. 20 (nous soulignons).

²⁶ C.C., n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec., p. 107, cons. 20.

²⁷ C.C., n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec., p. 107, cons. 16.

²⁸ C.C., n° 2010-601 DC, 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, Rec., p. 53, cons. 3.

²⁹ C.E., 19 juillet 2011, *Ligue des droits de l'homme*, précit.

³⁰ C.C., n° 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*, Rec., p. 97, cons. 6.

représente donc la grille de lecture du Conseil constitutionnel du respect de la liberté d'expression³¹. Elle appelle plusieurs remarques.

L'expression utilisée par le Conseil constitutionnel, la liberté d'expression *et de communication*, incite à associer les deux libertés. Cependant, elle est seulement générique et est employée dans tous les contextes dans lesquels l'article 11 de la Déclaration de 1789 est invoqué, qu'il s'agisse d'une atteinte à la liberté d'expression proprement dite ou à la liberté de communication. En effet, malgré cette expression commune, le considérant de principe spécifique évoqué n'est utilisé que lorsqu'il est question de liberté d'expression et non de liberté de communication. Dans la décision du 28 mai 2010, la question qui se pose est de savoir si les associations familiales, qui ont besoin de la reconnaissance de leur représentativité par les pouvoirs publics, ne sont pas privées de leur capacité de s'exprimer. La capacité même de tenir un discours est envisagée, non pas la possibilité de le diffuser, même si, pour pouvoir diffuser un discours, il faut disposer de la capacité de le tenir. La liberté d'expression est affectée en premier lieu, non la liberté de communication. Les décisions ultérieures confirment cette utilisation désormais clarifiée de la liberté d'expression : dans la décision du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]*, et dans celle du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, des « délits de presse » sont concernés, qui touchent au contenu du discours. Dans la décision du 16 septembre 2011, *M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne]*, et alors que le Conseil constitutionnel ne reprend pas le considérant de principe traduisant l'atteinte à la liberté d'expression, tant la liberté d'expression que la liberté de communication paraissent affectées par la disposition législative contestée. Celle-ci a trait à la responsabilité du directeur ou du codirecteur de la publication pour les infractions commises par un moyen de communication au public en ligne. Elle prévoit notamment que, dans certaines situations, il ne peut s'exonérer des sanctions pénales qu'il encourt qu'en désignant l'auteur du message ou en démontrant que la responsabilité pénale du directeur de la publication est encourue. Le Conseil constitutionnel y voit une atteinte à la liberté d'expression et de communication³². La formule est ici justifiée alors que la disposition législative a, en raison de la responsabilité pénale prévue à la charge du directeur ou du codirecteur de publication, une incidence aussi bien sur le contenu du discours diffusé que sur la diffusion de celui-ci.

Malgré l'expression qui englobe à la fois la liberté d'expression et de communication, l'utilisation d'un considérant de principe spécifique témoigne d'une protection et d'un contrôle spécifiques du respect de la liberté d'expression. La différenciation est manifeste si l'on compare ce considérant avec celui utilisé en matière de liberté de communication à propos de lois sur l'audiovisuel. Ainsi, dans la décision du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, le

³¹ C.C., n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]*, JO, 20 mai 2011, p. 8890 cons. 3 ; n° 2012-647 DC, 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, précit.*, cons. 5.

³² C.C., n° 2011-164 QPC, 16 septembre 2011, *M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne]*, JO, 17 septembre 2011, p. 15601, cons. 6.

Conseil constitutionnel a jugé, selon une formule constante dans sa jurisprudence qui n'a fait l'objet que de légères adaptations³³, « qu'il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état de la maîtrise des techniques et des nécessités économiques, l'exercice de la liberté de communication résultant de l'article 11 de la Déclaration de 1789 avec, d'une part, les contraintes inhérentes à la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, auxquels ces modes de communication, par leur influence, sont susceptibles de porter atteinte »³⁴. Sous cet angle, il ne saurait y avoir de confusion entre, d'une part, la protection et le contrôle exercé sur le respect de la liberté de communication et, d'autre part, ceux qui le sont sur le respect de la liberté d'expression.

Il demeure cependant difficile d'établir pourquoi le Conseil constitutionnel emploie une même expression générique mêlant les deux libertés, y compris lorsqu'il s'agit de ne protéger que l'une d'entre elles. L'une des explications réside peut-être dans la même importance symbolique et politique accordée à ces deux libertés au sein de la démocratie libérale. Le considérant de principe fait en effet écho à la formule de la Cour européenne des droits de l'homme utilisée dans l'arrêt *Handyside*. L'on peut considérer également que les deux libertés sont liées de manière intrinsèque, la liberté de communication étant l'instrument de la liberté d'expression, liberté première. Chaque atteinte à la liberté d'expression constitue également une atteinte à la liberté de communication, de manière indissoluble.

Le considérant de principe du Conseil constitutionnel formalise enfin, de manière significative, les différents éléments d'appréciation de l'atteinte à la liberté d'expression à partir d'un contrôle de proportionnalité : la nécessité, le caractère adapté et la proportionnalité au sens strict³⁵. Selon l'appréciation de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, à l'origine de cette appréciation tripartite aujourd'hui largement partagée, le caractère adapté impose que « la mesure contrôlée doit contribuer de manière effective à la réalisation de l'objectif », la nécessité que « parmi tous les moyens adéquats, doit être choisi celui limitant le moins le droit ou la liberté concerné » et la proportionnalité au sens strict que « le poids des deux éléments en conflit doit être pondéré (« *Abwägung* ») de manière raisonnable (en d'autres termes, plus l'atteinte sera grave, plus l'objectif

³³ Voir et comparer, pour la formule originelle, C.C., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec., p. 48, cons. 5 et, après une légère adaptation, C.C., n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec., p. 121, cons. 10.

³⁴ C.C., n° 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, Rec., p. 82, cons. 16.

Voir pour une formulation ultérieure différente autour du pluralisme dans le même contexte de liberté de communication : C.C., n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *précit.*, cons. 23 et 24.

³⁵ V. notamment et pour une contribution récente : V. Goesel-Le Bihan, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. France », *AJJC*, 2009, pp. 191-212.

qui la justifie devra être important) »³⁶. Le caractère précieux de la liberté d'expression appelle donc un contrôle maximum, un contrôle de proportionnalité dont l'explicitation est originale dans la jurisprudence du juge constitutionnel français. Au-delà de l'affirmation de principe, le contrôle effectif du Conseil constitutionnel sur le respect de la liberté d'expression apparaît parfois beaucoup moins explicite quant à l'examen de chacun de ces trois éléments. C'est d'ailleurs dans la mise en œuvre de ce contrôle qu'il est possible de l'apprécier.

§ II - Une concrétisation en cours de la liberté d'expression

La relative indétermination du contenu de la liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel trouve peut-être son origine dans une situation historique. Les « délits de presse », c'est-à-dire les incriminations liées au contenu d'un discours, sont réunis dans une loi spéciale, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Lorsqu'il n'existait qu'un contrôle *a priori* de la loi, le Conseil constitutionnel ne pouvait être saisi que de nouvelles infractions créées par le législateur, étant entendu que, par voie d'exception, il pouvait éventuellement se prononcer sur des infractions antérieures établies à l'occasion du contrôle de nouvelles dispositions de loi qui modifient, complètent ou affectent le domaine de la loi antérieure, en application de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*³⁷. Cette dernière possibilité n'a toutefois pas été empruntée en pratique. Avec la question prioritaire de constitutionnalité, il est désormais possible de contester les « délits de presse » et le Conseil constitutionnel en a déjà été saisi. Ainsi, si la concrétisation de la liberté d'expression est apparue dans un premier temps réduite, dans le cadre du contrôle *a priori* (A), elle a vocation à se développer dans le cadre de la QPC (B).

A – La concrétisation réduite dans le cadre du contrôle *a priori*

La première décision rendue par le Conseil constitutionnel sur la liberté d'expression proprement dite concrétise celle-ci dans le contexte très particulier de la loi relative à l'emploi de la langue française. La liberté d'expression se heurte ainsi potentiellement à des dispositions législatives qui imposent, dans certaines circonstances, l'usage de la langue française et donc une forme particulière au discours. L'article 2 de la Constitution, qui prévoit que la langue de la République est le français, constitue un appui constitutionnel solide en faveur du choix du législateur. Dans un tel contexte, le Conseil constitutionnel pose un principe général selon lequel la liberté d'expression « implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée »³⁸. La formule a de quoi surprendre pour peu que l'on

³⁶ R. Boust, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011/4, n° 88, pp. 913-930, supplément électronique, disponible exclusivement en ligne sur la base de donnée CAIRN, <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2011-4-page-913.htm>, p. e8.

³⁷ C.C., n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *Rec.*, p. 43, cons. 10. Voir sur cette jurisprudence : *Code constitutionnel*, Litec, 4^{ème} édition, 2012, à paraître, sous art. 61 C., § 39.

³⁸ C.C., n° 94-345 DC, 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, *précit.*, cons. 6.

entende rechercher comment il pourrait ne pas en aller autrement. Il n'est pas certain qu'un régime totalitaire puisse parvenir à empêcher « le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée », même s'il interdira de manière plus efficace toute expression de la pensée. Dès lors que l'expression de la pensée est possible, l'on voit mal comment chacun n'aurait pas le droit d'utiliser les termes qu'il juge appropriés pour exprimer sa pensée. Le Conseil constitutionnel poursuit toutefois son raisonnement pour établir ce que la liberté d'expression autorise au législateur en matière d'obligation de l'usage du français. Ainsi sur le « contenu de la langue », le législateur peut « prescrire (...) aux personnes morales de droit public comme aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public l'usage obligatoire d'une terminologie officielle »³⁹. En revanche, « il ne pouvait imposer, sous peine de sanctions, pareille obligation aux organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle qu'ils soient publics ou privés »⁴⁰, pas plus qu'il ne pouvait « imposer à des personnes privées, hors l'exercice d'une mission de service public, l'obligation d'user, sous peine de sanctions, de certains mots ou expressions définis par voie réglementaire sous forme d'une terminologie officielle »⁴¹. L'on a vu, par ailleurs, ce qu'il en était dans le domaine spécifique de la recherche, dans lequel la liberté d'expression est une conséquence de la liberté de la recherche et des enseignants-chercheurs. A propos de l'examen de la constitutionnalité de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs synthétisé sa jurisprudence en jugeant que « l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public ; que les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage ; que l'article 2 de la Constitution n'interdit pas l'utilisation de traductions ; que son application ne doit pas conduire à méconnaître l'importance que revêt, en matière d'enseignement, de recherche et de communication audiovisuelle, la liberté d'expression et de communication »⁴². Au regard de la liberté d'expression, la contrainte linguistique, et donc l'obligation de l'usage d'une langue pour le discours, qui s'appuie sur l'article 2 de la Constitution, n'est possible que dans l'exercice des missions du service public par des personnes publiques ou privées, à l'exception des organismes ou services de radiodiffusion sonore et télévisuelle. Autrement dit, la restriction à la liberté d'expression est réduite et ciblée. Le discours médiatique échappe donc à la contrainte linguistique, ce qui participe d'une liberté de diffusion de tous les discours quelle que soit leur forme. Ce premier contenu conféré à la liberté d'expression est plus que réduit tant il est lié à un contexte ponctuel très particulier.

Dans la décision du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, le Conseil constitutionnel a été saisi de la conformité à la Constitution d'un nouveau délit institué par le législateur, le délit d'outrage

³⁹ Cons. 8.

⁴⁰ Cons. 9.

⁴¹ Cons. 10.

⁴² C.C., n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec., p. 71, cons. 8.

public au drapeau tricolore ou l'hymne national⁴³. La loi contestée a introduit un article 433-5-1 dans le Code pénal selon lequel : « le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7500 € d'amende. Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 € d'amende ». Face à cette incrimination, plusieurs dispositions constitutionnelles sont prises en compte par le juge et, notamment, d'un côté, les articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789, les requérants invoquant une méconnaissance de la liberté d'expression, de conscience et d'opinion, et, de l'autre, l'article 2 de la Constitution qui fait référence au drapeau tricolore et à l'hymne national. Le nouveau délit institué porte en effet atteinte à la liberté d'expression, tout en s'inscrivant dans une logique de protection de symboles de la République tels qu'ils sont reconnus par la Constitution. La conciliation entre ces différentes exigences, opérée par le Conseil constitutionnel, l'a conduit à ne pas déclarer contraires à la Constitution les dispositions contestées, même s'il a émis des réserves d'interprétation. La conformité à la Constitution de la disposition contestée n'est reconnue que parce que sont exclus du champ d'application de la disposition pénale « les œuvres de l'esprit, les propos tenus dans un cercle privé, ainsi que les actes accomplis lors de manifestations non organisées par les autorités publiques ou non réglementées par elle ». Les œuvres artistiques ou littéraires sont donc exclues du domaine d'application de l'incrimination. Par ailleurs, le juge précise que l'expression « manifestations réglementées par les autorités publiques » doit « s'entendre des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans les enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent »⁴⁴. La réserve restrictive est importante même si elle conduit à valider le principe du délit d'outrage public au drapeau et à l'hymne nationaux. Les manifestations dans la rue semblent exclues du domaine d'application de l'article 433-5-1 du Code pénal, celles qui se tiennent dans des lieux publics tels que les cafés, bars et restaurants tombent sous le coup de cette disposition, à moins qu'elles ne soient considérées comme des « cercles privés ». L'étendue de la protection accordée à la liberté d'expression n'en est pas moins limitée dès lors que sont en cause les symboles de la République. Le respect des symboles est une limite sérieuse et valable à la liberté d'expression.

Dans le cadre du contrôle *a priori*, il n'a été donné au Conseil constitutionnel qu'à une autre reprise d'explicitier le contenu de la liberté d'expression dans ce qui aurait pu (peut ?) constituer une grande décision sur cette liberté dans la décision du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*. Il est alors saisi de la constitutionnalité d'un nouveau « délit de presse » institué par le législateur, prenant sa place dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁴⁵, à savoir l'incrimination de la négation de l'existence de certains génocides. Il s'agissait, plus précisément, de réprimer la négation de génocides, définis à l'article

⁴³ C.C., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, Rec., p. 211, cons. 99 et s.

⁴⁴ Cons. 104.

⁴⁵ Voir *infra*.

L. 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par le législateur. Un tel dispositif entendait faire produire des conséquences juridiques aux lois mémorielles qui, en elles-mêmes, n'ont aucune portée normative, faute de contenir un énoncé prescriptif. La loi contestée ravivait ainsi le débat sensible du législateur historien⁴⁶, qui se positionne dans la loi sur un événement historique, avec d'autant plus de force qu'il s'agissait pour celui-ci, dans la loi contestée, d'incriminer la remise en cause de son positionnement historique. Le fait même d'écrire l'histoire et *a fortiori* d'en sanctionner le non-respect se heurte à plusieurs libertés⁴⁷, la liberté de la recherche, la liberté de la presse mais sans doute, plus largement et en premier lieu, à la liberté d'expression. Les parlementaires requérants invoquaient en l'occurrence contre la loi notamment la liberté de la recherche et la liberté d'expression et de communication. Au regard du grief de l'atteinte à cette dernière liberté, le Conseil constitutionnel rappelle le cadre de son contrôle en jugeant qu'« il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer ; qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »⁴⁸.

Ce cadre jurisprudentiel fixé, le Conseil constitutionnel focalise son attention sur le fait que les génocides dont la négation est incriminée doivent être ceux qui ont été retenus comme tels par le législateur. Du point de vue de l'opportunité politique, le génocide spécialement visé par la loi était d'ailleurs le génocide arménien, reconnu comme tel par la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915. Ainsi situé, le raisonnement du Conseil constitutionnel consiste tout d'abord à préciser que les lois mémorielles, et en particulier les lois qui « reconnaissent » un crime de génocide, sont dépourvues de portée normative. Le juge se prononce ainsi *ultra petita* en faveur de l'inconstitutionnalité des lois mémorielles qui, conformément à sa jurisprudence, ne contiennent aucune règle et sont donc dépourvues de portée normative⁴⁹. Il précise ensuite que, malgré l'absence de portée normative de lois de reconnaissance de génocide, le législateur a, dans la loi déférée, fait produire des conséquences juridiques à cette reconnaissance, en réprimant la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide « reconnus comme tels par la loi française ». Les lois mémorielles n'ont aucune portée normative en elles-mêmes, même si elles peuvent emporter de telles conséquences par l'intermédiaire d'autres lois, comme celle qui est déférée au Conseil

⁴⁶ Voir notamment : W. Mastor, J.-G. Sorbara, « Réflexions sur le rôle du Parlement à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel sur la contestation des génocides reconnus par la loi », *RFDA*, 2012, p. 507.

⁴⁷ Voir notamment : B. Mathieu, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *RDP*, 2007, n° 1, p. 12 ; F. Terré, « L'histoire jugera », *La Semaine juridique*, Ed. G., n° 11, 11 mars 2012, p. 307.

⁴⁸ C.C., n° 2012-647 DC, 28 février 2012, *précit.*, cons. 5.

⁴⁹ C.C., n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, *Rec.*, p. 116, cons. 12.

constitutionnel. Ce dernier « en conclut que qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ». L'élément décisif dans la censure est que le législateur incrimine la négation de vérité qu'il énonce lui-même.

Avec un tel raisonnement, et si on le suppose décisif, ce n'est pas l'incrimination de la négation de crime de génocide qui est, en elle-même, censurée mais la négation de crime de génocide reconnu comme tel par la loi. Pour être plus clair encore, la loi Gayssot, n° 90-615 du 13 juillet 1990 *tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe* réprimant la contestation de « l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité » (art. 24 bis de la loi de 1881), qui n'avait pas été transmise au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation⁵⁰, ne semble pas affectée par la censure. Aussi peut-on ne pas être convaincu par le fondement visible de la censure, à savoir la liberté d'expression⁵¹, ou du moins n'est-ce pas une conception extensive de cette liberté qui est retenue. Le Conseil constitutionnel ne censure pas le fait que la loi interdit que l'on puisse nier certaines données factuelles, mais que l'on puisse nier certaines données factuelles reconnues comme vraies par le législateur. Il n'est pas interdit d'un point de vue constitutionnel, du moins si l'on s'en tient à une lecture stricte de la décision, d'incriminer un discours visant à nier des événements historiques. Il est seulement interdit d'incriminer un discours qui remettrait en cause une vérité officielle. C'est l'écriture de l'histoire par le législateur qui pose problème et non pas le choix du législateur d'incriminer des propos qui remettraient en cause des événements historiques. Il est possible pour le législateur d'interdire un certain contenu au discours, mais il ne peut réprimer un discours dont le contenu remettrait en cause une vérité officielle qu'il aurait établie. Le contraste est en l'occurrence saisissant avec la conception absolutiste de la liberté d'expression retenue par la Cour suprême américaine⁵².

B – Une concrétisation en devenir dans le cadre de la QPC

La mise en place d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité offre en particulier une potentialité de contestation de toutes les incriminations de l'expression contenues dans la loi de 1881 sur la liberté de la presse. En ce domaine, la remise en cause des « délits de presse » a pu avoir pour origine le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, comme pour le délit d'offense publique à un chef d'Etat étranger (art. 36 de la loi de 1881)⁵³, nul doute que la question

⁵⁰ C. cass., 7 mai 2010, req. n° 09-80.774.

⁵¹ Pour une analyse de la décision centrée sur la liberté d'expression : A. Levade, B. Mathieu, « Le législateur ne peut fixer des vérités et en sanctionner la contestation », *La Semaine juridique*, Ed. G., n° 14, 2012, p. 425.

⁵² Voir à propos du négationnisme : R. Soffer, V. Nioré, « Pénalisation du négationnisme et droit américain », *Gaz. Pal.*, 17 avril 2012, n° 108, p. 17.

⁵³ La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* a abrogé l'article 36 de la loi, sur le délit d'offense publique à un chef d'Etat étranger, suite à la condamnation de la France à propos de cette

prioritaire de constitutionnalité constitue un nouveau moyen de les contester. Les délits de presse ne constituent certes pas le seul domaine concerné par la liberté d'expression dans le cadre de la QPC, mais un domaine significatif.

Ce que l'on qualifie de manière usuelle les « délits de presse » constituent en réalité des délits d'expression, c'est-à-dire qui visent à sanctionner certains types de discours et qui dépassent donc largement la seule presse. La loi du 19 juillet 1881 sur la liberté de la presse énumère en effet dans son chapitre IV les « crimes et délits commis par la voie de la presse ou *par tout autre moyen de publication* »⁵⁴. La formule « tout autre moyen de publication » désigne, selon l'article 23 de la loi : les « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics », les « écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics », les « placards » ou « affiches exposés au regard du public » ainsi que « tout moyen de communication au public par voie électronique ». L'énumération conduit à ce que, au-delà de la presse, tout moyen d'expression soit visé. Ce n'est plus alors le seul support de la presse qui est concerné par le chapitre IV de la loi de 1881, mais bien l'expression dans son ensemble.

Dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, la première censure par le Conseil constitutionnel du régime juridique de l'expression a concerné l'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans. L'article 35 alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit en effet que la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf « lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans ». Il pose ainsi une prescription à l'exception de vérité des faits diffamatoires, susceptible de faire échec à cette dernière qualification, au delà d'un délai de dix ans. L'atteinte à la liberté d'expression et aux droits de la défense est dénoncée par le justiciable à l'origine de la QPC. Après avoir rappelé le considérant de principe sur la liberté d'expression, le Conseil constitutionnel relève dans un premier temps qu'il existe d'autres limitations à l'exception de vérité des faits diffamatoires : lorsque l'imputation concerne la vie privée et lorsqu'elle se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ou lorsqu'elle concerne un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision. Il recherche ensuite la justification à l'exception de vérité contestée⁵⁵. Elle « a pour objet d'éviter que la liberté d'expression ne conduise à rappeler des faits anciens portant atteinte à l'honneur et à la considération des personnes qu'elles visent ; que la restriction à la liberté d'expression qui en résulte poursuit un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale »⁵⁶. Enfin, il considère cependant que « que cette interdiction vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à

disposition par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt du 25 juin 2002, *Colombani et autres* (req. 51279/99).

⁵⁴ Nous soulignons.

⁵⁵ C.C., n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]*, JO, 20 mai 2011, p. 8890, cons. 4.

⁵⁶ Cons. 5.

plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général ; que, par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi »⁵⁷. La censure de l'interdiction générale et absolue renvoie à une formule et à une jurisprudence classiques du Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel se réapproprie. Dans les trois temps de sa réflexion, apparaissent en filigrane les trois éléments d'appréciation de la proportionnalité : nécessité, caractère adapté et proportionnalité au sens strict. La censure est prononcée sous l'angle de la proportionnalité au sens strict.

La liberté d'expression se concrétise également en dehors des délits de presse. Dans la décision du 16 septembre 2011, *M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne]*, le Conseil constitutionnel a également été saisi de la conformité à la Constitution de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, qui désigne les personnes qui sont pénalement responsables des infractions, prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1981 précitée, commises par un moyen de communication au public en ligne. En vertu de cette disposition, le créateur ou l'animateur d'un tel site de communication au public en ligne peut voir sa responsabilité pénale recherchée, en qualité de producteur, à raison du contenu de messages dont il n'est pas l'auteur et qui n'ont fait l'objet d'aucune fixation préalable. Le juge constitutionnel reconnaîtra qu'une telle disposition affecte l'exercice liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789⁵⁸. La responsabilité du créateur ou de l'animateur d'un site en ligne du fait de messages qui sont diffusés mais dont il n'est pas l'auteur a en effet une incidence sur le contenu des messages qui ont vocation à être diffusés. Toutefois, c'est sur le fondement de l'article 9 de cette Déclaration qu'il prononcera une réserve d'interprétation sur la disposition législative contestée. La liberté d'expression ne se voit donc que peu explicitée dans cette décision.

Le spécialiste de la liberté d'expression, familier de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour suprême, restera sur sa fin à la lecture de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si l'on peut se féliciter de la prise en compte et de la protection autonome de la liberté d'expression par cette jurisprudence, la concrétisation de cette liberté demeure limitée mais, surtout, en substance, sa protection ne témoigne pas d'un profond libéralisme. Tout en étant précieuse, la liberté d'expression n'est pas absolue en particulier lorsqu'il s'agit de protéger les symboles de l'Etat, la langue, le drapeau ou l'hymne national ou encore certains événements historiques fondateurs.

Xavier MAGNON

⁵⁷ Cons. 6.

⁵⁸ C.C., n° 2011-164 QPC, 16 septembre 2011, *M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne]*, JO, 17 septembre 2011, p. 15601, cons. 6

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Institut Maurice Hauriou