

## Note d'analyse sur l'enregistrement et la diffusion des audiences (projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire)

Par  
Arnaud de Saint Remy  
Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats au Barreau de Rouen  
Elu au Conseil National des Barreaux  
Vice-Président de la Commission Liberté Droit de l'Homme

Le Projet de loi « *pour la confiance dans l'institution judiciaire* »<sup>1</sup> présenté par Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Eric Dupond-Moretti s'ouvre sur une proposition de réforme qui se veut novatrice.

Sous le TITRE Ier intitulé « *DISPOSITIONS RELATIVES A L'ENREGISTREMENT ET LA DIFFUSION DES AUDIENCES* », ce sont plusieurs dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui seraient ainsi modifiées.

Mais, en vérité, ce débat sur l'enregistrement et la diffusion des audiences n'est pas nouveau. Il est même assez ancien.

### I. Quel est l'état du droit actuel ?

#### a) Rappel liminaire de quelques principes

Le droit à l'information est l'une des formes de la liberté d'expression.

Ce principe a valeur constitutionnelle.

Plusieurs textes internationaux en assurent la protection indispensable dans une société démocratique<sup>2</sup>

Le principe de la liberté d'expression n'est cependant pas absolu et doit se concilier avec d'autres droits. Les intérêts de la justice et des justiciables doivent ainsi être pris en compte.

Afin de protéger les droits de la défense, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse interdit de publier certaines informations relatives aux procès en cours. Ainsi, ne peuvent être

---

<sup>1</sup> NOR : JUSX2107763L

<sup>2</sup> Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 (article 19), Pacte International relatif aux droits civils et politiques de 1966 (article 19), Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du Conseil de l'Europe de 1950 (article 10), Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (article 11).

diffusés les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique.

De même, la publication des circonstances de crimes et délits, la prise de photographies ou l'enregistrement des débats judiciaires, de même que le compte rendu de certains procès, sont interdits par la loi de 1881<sup>3</sup>.

La Cour de cassation confirme un arrêt qui avait condamné un hebdomadaire pour avoir publié des articles avant la comparution du demandeur à une audience, en s'appuyant sur une analyse des extraits de divers procès-verbaux de police judiciaire à la veille de sa comparution devant le tribunal correctionnel appelé à se prononcer sur la pertinence et le bien-fondé des accusations d'abus de faiblesse. Il s'agit d'une atteinte au droit à un procès équitable dans le respect du droit à la présomption d'innocence et des droits de la défense, justifiant une ingérence justifiée au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et au regard de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 29 mai 2013, n° 12-19.101 : *JurisData* n° 2013-010388).

Les témoins d'une affaire pénale doivent eux aussi être préservés des pressions médiatiques. Dès lors, ne peuvent être publiés des commentaires tendant à faire pression sur des témoins, tant que la décision juridictionnelle définitive n'est pas intervenue (*C. pén.*, art. 434-16). La sanction encourue est de six mois d'emprisonnement et 7 500 € d'amende.

Pour autant, les nécessités du droit de la défense peuvent être invoquées pour justifier l'utilisation de documents issus d'une procédure (*Cass. crim.*, 11 févr. 2003, n° 01-86.685 et n° 01-86.696 : *JurisData* n° 2003-017919 ; *Bull. crim.* 2003, n° 29).

Si la Cour de cassation a souligné, en cas de recel de violation de secret d'instruction, que ces publications ne constituaient pas nécessairement « un complément indispensable à la compréhension du reportage ou répondant à une attente du téléspectateur » (*Cass. crim.*, 12 juin 2007, préc. n° 33), ou bien ne répondaient à aucune nécessité d'informer le lecteur (*Cass. crim.*, 25 oct. 2005, n° 05-81.457 : *JurisData* n° 2005-030810 ; *Bull. crim.* 2005, n° 268), la doctrine en déduisait que la publication de tels documents était possible si les nécessités de l'information sur un sujet d'intérêt général le justifient.

S'agissant plus spécifiquement des photographies ou des enregistrements (sonores ou audiovisuels) des débats judiciaires, la loi n° 81-82 du 2 février 1981 dite « Sécurité et Liberté »<sup>4</sup> est venue empêcher l'utilisation, lors de l'audience juridictionnelle, de tout appareil permettant d'en capter la substance par le son ou par l'image : « Dès l'ouverture de l'audience des juridictions

---

<sup>3</sup> Il est interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique (*L. 29 juill. 1881*, art. 38). La sanction encourue est une amende de 3 750 €. Ces dispositions trouvent leur origine dans une loi du 27 juillet 1849 dont l'objet était de protéger « le droit sacré de la défense » qui aurait été flétri par la publication des actes d'accusation désignant au jury le défendeur comme coupable. Ces dispositions sont reprises par le législateur de 1881 qui y voit « une garantie due à ceux qui sont appelés à se défendre devant la justice répressive » (*Le Poittevin, Traité de la Presse*, t. 2, Paris : Larose 1903, n° 955, p. 560-561). La Cour européenne consacre un tel principe en sanctionnant tout propos portant déclaration de culpabilité avant que cette dernière n'ait été légalement établie comme contraire à l'article 6, paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (*CEDH*, 10 févr. 1995, *Allenet de Ribemont c/ France* : *Rec. CEDH* 1995, série A, n° 308). Les dispositions de l'article 38 relatives à la procédure pénale sont complétées par l'article 58 du Code de procédure pénale pour ce qui concerne le secret devant couvrir les documents provenant d'une perquisition. Ces derniers ne doivent pas être communiqués à une personne non qualifiée par la loi pour en prendre connaissance, sous peine d'une amende de 4 500 € et d'un emprisonnement de deux ans (*V. JCl. Communication*, Fasc. 3770, *Présomption d'innocence*). Le secret de l'instruction est protégé par le Code de procédure pénale (*CPP*, art. 11) et par le Code pénal, par le biais du recel de choses (*C. pén.*, art. 321-1 et 321-3), appliqué ici à la violation du secret professionnel. Une action fondée sur le recel est possible, dès lors que des documents (choses) ont été recueillis et publiés (*Cass. crim.*, 12 juin 2007, n° 06-87.361 : *JurisData* n° 2007-039752 ; *Bull. crim.* 2007, n° 157).

<sup>4</sup> JO 3 févr. 1981

*administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit*" (L. 29 juill. 1881, art. 38 ter)<sup>5</sup>.

L'alinéa 4 de l'article 38 ter de la loi de 1881 rappelle que la cession ou la publication des éléments obtenus en violation de ces dispositions est interdite. Et l'acquéreur de ces enregistrements et images risquerait d'être considéré comme un receleur.

De même, en l'état des textes, il est prévu que le président de l'audience, garant de la police de l'audience<sup>6</sup>, "... fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction" (L. 29 juill. 1881, art. 38 ter, al. 1er)<sup>7</sup>.

Seules quelques prises de vues, avant le commencement des débats, peuvent être faites, sur autorisation du président et avec le consentement de toutes les parties.

Une peine d'amende de 4 500 € et la confiscation éventuelle du matériel pourront sanctionner toute infraction aux dispositions de l'article 38 ter. En cas de captation de l'image ou du son d'une audience de la cour d'assises, cette peine est portée à 18 000 € d'amende (CPP, art. 308).

On notera que, toutefois, ne tombe pas sous le coup de ces dispositions l'utilisation durant les débats d'un circuit interne de télévision destiné à communiquer simultanément aux juges et aux parties les plans et photographies des lieux du crime (Cass. crim., 21 avr. 1982, n° 81-91.472 : *JurisData* n° 1982-701137 ; Bull. crim. 1982, n° 97).

Cette « retransmission » en *live* des débats judiciaires ne doivent cependant donner lieu à aucun enregistrement et aucune diffusion ultérieure.

Tels sont les principes.

#### b) Position du problème : enregistrer pour ne pas oublier

On sait que certaines affaires judiciaires présentent un intérêt historique majeur.

Le caractère public des procès avait permis, avant 1954, de photographier ou de filmer et de retransmettre de grands procès, à commencer par celui de Nuremberg, mais également ceux du Maréchal Pétain, de Marie Besnard ou de Gaston Dominici.

---

<sup>5</sup> V. également, concernant les cours d'assises, CPP, art. 308 étant observé qu'en l'état du texte modifié par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, l'enregistrement des débats est prévu en cause d'appel ou si le Président de la Cour d'assises le décide : « Toutefois, les débats de la cour d'assises font l'objet d'un enregistrement sonore sous le contrôle du président lorsque la cour d'assises statue en appel, sauf renonciation expresse de l'ensemble des accusés ; lorsque la cour d'assises statue en premier ressort, le président peut, d'office ou à la demande du ministère public ou des parties, ordonner cet enregistrement. Le président peut également, à la demande de la victime ou de la partie civile, ordonner que l'audition ou la déposition de ces dernières fassent l'objet, dans les mêmes conditions, d'un enregistrement audiovisuel » (article 308 al.2 et s. CPP).

<sup>6</sup> On en sait quelque chose par l'actualité récente !

<sup>7</sup> Les débats et les délibérations intérieures des jurys, des cours ou des tribunaux ne peuvent faire l'objet d'aucun compte rendu (L. 29 juill. 1881, art. 39, al. 4). La sanction est une amende de 18 000 €. Une affaire criminelle avait donné lieu à la poursuite d'une télévision régionale : un journaliste avait filmé, à la faveur d'un reflet sur les parois de verre d'un immeuble faisant face, une scène permettant d'identifier notamment deux jurés. Cet enregistrement filmé avait été diffusé dans le journal télévisé d'une station régionale. Le délai de prescription, très court, prévu par la loi de 1881 étant écoulé, les membres du jury concernés ont porté plainte sur le fondement d'une atteinte à l'intimité de la vie privée (C. pén., art. 226-1). Il a été admis que, effectivement, les jurés se trouvaient bien dans un lieu privé, la scène filmée "se déroulant à l'intérieur d'un lieu – une salle de la cour d'assises où ils s'étaient retirés pour délibérer – où quiconque ne peut pénétrer sans l'autorisation de l'occupant" (Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-81.492, 1093 : *JurisData* n° 2010-001098 ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. 66, A. Lepage).

La loi n° 54-1206 du 6 décembre 1954 (L. n° 54-1206, 6 déc. 1954 : JO 7 déc. 1954, p. 11407) mit un coup d'arrêt à ces captations d'audiences en les interdisant, suite notamment aux excès des photographes du procès Dominici<sup>8</sup>.

Concilier le respect des droits individuels des acteurs d'un procès (image, vie privée, droit à l'oubli) et le droit à l'information du public a toujours été en débat.

L'entorse au premier de ces principes au bénéfice du second a connu un premier débat législatif majeur au milieu des années 80 avec la question de la constitution d'archives historiques de la justice posée par Robert Badinter, alors Garde des Sceaux, Ministre de la Justice dans le Gouvernement de Laurent Fabius.

### c) La réforme Badinter de 1985 : les archives historiques

La loi n° 85-699 du 11 juillet 1985<sup>9</sup> tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice est le premier texte qui a permis de fixer un cadre juridique à un enregistrement sonore ou audiovisuel d'une audience pénale : « *Les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore dans les conditions prévues par la présente loi lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice* » (désormais codifié C. patr., art. L. 221-1 à L. 222-3). C'est ce texte qui a permis de conserver une trace filmée de grands procès comme celui de Barbie<sup>10</sup>, de Papon ou du sang contaminé<sup>11</sup>.

On notera que l'enregistrement du procès ne peut être fait que sur décision de l'autorité judiciaire après consultation par celle-ci des parties, du président de l'audience, du ministère public et de la commission consultative des archives audiovisuelles de la justice qui doit rendre un avis. « *L'autorité judiciaire est donc décisionnaire alors même que la constitution d'archives historiques aurait pu également relever de l'autorité d'historiens et d'archivistes* », avait-on commenté<sup>12</sup>.

La décision prescrivant ou refusant l'enregistrement d'une audience peut toujours faire l'objet d'un recours dans les conditions fixées par l'article 6 du décret n° 86-74 du 15 janvier 1986 (D. n° 86-74, 15 janv. 1986 : JO 17 janv. 1986).

Les enregistrements ne peuvent être consultés durant les vingt ans suivant le procès, sauf à des fins historiques ou scientifiques, et sur autorisation conjointe des ministres de la Justice et de la Culture. Après ce délai, les consultations deviennent libres mais les reproductions ou diffusions doivent toujours, en tout état de cause, faire l'objet d'une autorisation du président du tribunal de grande instance de Paris (qui informe toute personne justifiant d'un intérêt à agir) jusqu'à ce qu'une période de cinquante ans se soit écoulée depuis le procès.

Le droit à l'image s'efface donc au nom de l'Histoire. Et même, les personnes filmées au nom de l'Histoire n'ont pas la faculté de s'y opposer au nom de leur droit à l'image.

Pour en donner une illustration intéressante, on peut citer l'affaire Paul Touvier. En 1994, la Cour de cassation avait jugé que l'atteinte aux droits de la personnalité alléguée par la personne

---

<sup>8</sup> « *De la loi du 6 décembre 1954 au rapport Linden (2005) : vers le retour des caméras dans le prétoire ?* » par Claire Sécail, Le Temps des médias 2010/2 (n° 15), pages 269 à 284 (v. doc joint en Annexe 5).

<sup>9</sup> JO 12 juill., rect. 13 nov. 1985

<sup>10</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=bSnOrlxRq5U>

<sup>11</sup> V. la liste complète en annexe.

<sup>12</sup> J. Fourré, *L'enregistrement audiovisuel des audiences de justice* : LPA 14 mai 1986, p. 14-17

renvoyée devant la cour d'assises sous l'accusation de complicité de crimes contre l'humanité, pouvant résulter de la reproduction ou de la diffusion de l'enregistrement des audiences, est justifiée par la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, sur le fondement de laquelle l'ordonnance du Premier président de la cour d'appel autorisant l'enregistrement audiovisuel des audiences de son procès avait été prise. L'attendu est cinglant : « *L'intéressé ne saurait reprocher à l'autorité compétente de s'être prononcée sans avoir égard au droit qu'il détient sur son image* »<sup>13</sup>.

Précisant les choses, la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990<sup>14</sup> tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe était d'ailleurs venue compléter le texte qui précise : « *La reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle, de l'enregistrement des audiences d'un procès pour crime contre l'humanité peut être autorisée dès que ce procès a pris fin par une décision devenue définitive* » (C. patr., art. L. 222-1). Tout en assurant le respect de la présomption d'innocence, ces dispositions légales visent ainsi à permettre l'accès immédiat aux archives audiovisuelles. La spécificité de ces procès et la volonté politique de faire lumière sur une période tragique de l'Histoire afin de prévenir la réalisation d'actes que la loi entend réprimer viennent fonder cette dérogation.

La question du point de savoir si la décision de procéder à un enregistrement de l'audience devait même être soumise à un débat contradictoire avait été posée en 2009. La Cour de cassation y a répondu négativement de la manière suivante : « *La décision de l'autorité compétente pour décider l'enregistrement audiovisuel ou sonore d'une audience en application des articles L. 221-1 et suivants du Code du patrimoine ne revêt pas le caractère d'un acte juridictionnel devant être soumis au débat contradictoire* ». Il suffit qu'aient été recueillies les observations des personnes énumérées à l'article L. 221-3 dudit code.

Une telle décision ne prononçant ni sur une contestation de caractère civil ni sur le bien-fondé d'une accusation, celui qui exerce un recours en annulation contre une telle décision n'est pas fondé à invoquer la méconnaissance des articles 6, § 1 et 6, § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Et d'ajouter : « *l'atteinte aux droits à la présomption d'innocence et à l'oubli pouvant résulter de l'enregistrement des débats et de leur conservation dans les archives nationales est justifiée par la loi sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise* » (Cass. crim., 17 févr. 2009, n° 09-80.558 : *JurisData* n° 2009-047239 ; *Bull. inf. C. cass.* 2009, 913)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Cass. crim., R., 16 mars 1994 ; Touvier

<sup>14</sup> L. n° 90-615, 13 juill. 1990 (dite *Loi Gayssot*) : *JO* 14 juill. 1990, p. 8333

<sup>15</sup> Il s'agissait de l'affaire de l'accident survenu dans l'usine AZF de Toulouse, détruite le 21 septembre 2001 par l'explosion d'un stock de nitrate d'ammonium, entraînant la mort de trente et une personnes, faisant deux mille cinq cents blessés et de lourds dégâts matériels. Le Premier président de la cour d'appel de Toulouse avait rendu, le 15 janvier 2009, une ordonnance autorisant l'enregistrement audiovisuel des audiences de leur procès pour homicides et blessures involontaires devant s'ouvrir le 23 février suivant devant le tribunal correctionnel. Parmi les motifs retenus par le haute magistrat, il avait indiqué que la loi n° 1985-699 du 11 juillet 1985, devenue ensuite les articles L. 221-1 à L. 222-3 du code du patrimoine, complétée par le décret du 15 janvier 1986 et dont l'application est demandée, « *n'avait pour but que de permettre la constitution d'archives audiovisuelles de la justice ; que, destinées uniquement à donner les moyens de constituer une mémoire vivante de la justice, ces dispositions législatives ne permettent ni de diffuser immédiatement les images enregistrées, ni même de les consulter librement ; qu'ainsi, considérant l'importance des délais nécessaires pour la diffusion des images (50 ans), le risque de "surenchère à la médiatisation" soulevé par des opposants ne saurait être retenu ; que, de même, cette loi, exception à l'interdiction d'enregistrement audio-visuel des débats dans une salle d'audience, ne constitue aucun obstacle ni au bon déroulement des débats ni à l'exercice des droits de la défense dès lors que le président du tribunal continue de disposer de l'autorité nécessaire pour assurer la police de l'audience et même arrêter, si nécessaire, l'enregistrement ; qu'en conséquence, doit être également écarté le risque de "restriction de la liberté de parole ou de diminution de la qualité du témoignage" ; qu'enfin, cette loi limite le droit à l'image des personnes ou des professionnels participant ou assistant aux audiences, en sorte que leur souhait de "ne pas être filmé" ne saurait être retenu* ». Approuvant cette analyse, la Cour de cassation avait réunis les moyens des prévenus qui étaient à l'initiative des pourvois Serge X... et la société Grande Paroisse, en indiquant simplement : « *l'atteinte aux droits à la présomption d'innocence et à l'oubli pouvant résulter de l'enregistrement des débats et de leur conservation dans les archives nationales est justifiée par la loi sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise* » (sic !).

#### d) Illustration jurisprudentielle récente : les attentats de 2015

C'est en s'inspirant de ces principes que le Premier Président de la Cour d'appel de Paris a décidé d'autoriser à filmer, pour la première fois en France, le procès des attentats terroristes qui se sont déroulés à Charlie Hebdo, l'Hyper Cacher et Montrouge<sup>16</sup>.

Dans l'ordonnance du 30 juin 2020 autorisant l'enregistrement du procès des attentats de janvier 2015, il est indiqué que « *le retentissement et l'émotion qu'ils ont engendrés* » ont « *largement dépassé les frontières* » et « *profondément marqué l'histoire du terrorisme national et international* ».

Pour autant, la loi prévoit un cadre procédural bien défini pour procéder à un enregistrement aux fins de constituer une archive juridique. On se reportera à ce qu'en disent les articles 1<sup>er</sup> et suivants<sup>17</sup>.

#### e) La constitutionnalité de l'article 38 ter en débat

Face à ce nouveau dispositif, la constitutionnalité même de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 fut posée en débat.

Par une importante décision en date du 6 décembre 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution (*Cons. const.*, 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC : *JurisData* n° 2019-021938).

En l'espèce, la question était posée du caractère attentatoire à la liberté d'expression de l'infraction instaurée par cette disposition, dès lors que « *l'évolution des techniques de captation et*

---

<sup>16</sup> Pour le procès des attentats de 2015, la captation des images a été organisée par le ministère de la Justice, en collaboration avec le tribunal judiciaire de Paris et les Archives nationales qui conservent et mettent à disposition les enregistrements. En amont du procès, plusieurs mois de travail avec les Archives Nationales ont été nécessaires afin d'adapter la procédure stricte du code du patrimoine au cas d'un procès hors normes (200 parties civiles, 94 avocats et 11 accusés jugés en présentiel). Sous le contrôle du Président d'audience, des règles précises d'une captation objective d'un procès d'assises ont été posées, sans pour autant perturber le déroulement du procès lui-même. En salle d'audience, cinq caméras ont filmé l'histoire. 12 personnes se sont relayées pendant près de 4 mois pour réaliser une captation dynamique, tout en respectant les règles de procédure judiciaire. Cette réalisation du procès a été retransmise en direct dans trois salles annexes pour permettre au plus grand nombre de suivre les débats en cette période de crise sanitaire.

<sup>17</sup> Les conditions des enregistrements sont précisées par les trois premiers articles de la loi de 1985. Selon l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore, dans les conditions prévues par la loi « *lorsqu'il existe un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice* ». L'article 2 prévoit que l'autorité compétente pour donner l'autorisation pour les juridictions de l'ordre judiciaire est le premier président pour la Cour de cassation, pour la cour d'appel, et pour toute autre juridiction de son ressort, le premier président de la cour d'appel. La décision est, précise l'article 3, prise soit d'office, soit à la requête d'une des parties ou de ses représentants, ou du Ministère public. Il faut que la requête soit présentée, sauf urgence et à peine d'irrecevabilité, au plus tard huit jours avant la date fixée pour l'audience dont l'enregistrement est demandé. Avant de prendre sa décision, l'autorité compétente doit recueillir divers avis, émanant des parties ou de leurs représentants, du président de l'audience concernée, du Ministère public ainsi que de la Commission consultative des archives audiovisuelles de la justice. L'article 3 prévoit enfin que si la commission n'est pas en mesure de donner son avis dans le délai qui lui est imparti, celui-ci est donné par le président ou par un membre de la commission désigné par lui. Les qualités des membres de cette commission sont précisées à l'article 4 de la loi. La Cour de cassation a précisé qu'était régulière l'ordonnance d'un premier président d'une cour d'appel statuant, en application de l'article 2 de la loi du 11 juillet 1985, sur une demande d'enregistrement audiovisuel ou sonore d'une audience devant une juridiction judiciaire, lorsque cette décision mentionne qu'elle a été rendue après avis du président de la Commission consultative des archives audiovisuelles de la justice (*Cass. crim.*, 26 avr. 1989 : *Bull. crim.*, n° 171), et le contentieux de l'enregistrement d'une audience, réglementé par les articles 1 à 7 du décret du 15 janvier 1986, est sans incidence sur la validité de la procédure suivie devant la juridiction répressive (*Cass. crim.*, 8 janv. 1992 : *Gaz. Pal.* 1992, 2, *somm.* p. 302). Une fois l'enregistrement réalisé, l'article 8 distingue deux périodes. Pendant les vingt ans qui suivent la clôture du procès, la consultation intégrale ou partielle de l'enregistrement audiovisuel ou sonore peut être autorisée conjointement, lorsque la demande est présentée à des fins historiques ou scientifiques, par le Garde des sceaux et par le ministre de la culture. Au-delà, la consultation est libre. Quant à la reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle, de l'enregistrement audiovisuel ou sonore, elle est subordonnée à une autorisation accordée par le président du Tribunal de grande instance de Paris ou par le juge délégué par lui.

*d'enregistrement ainsi que le pouvoir de police de l'audience du président de la juridiction suffiraient à assurer la sérénité des débats, la protection des droits des personnes et l'impartialité des magistrats* ». Était plus particulièrement mis en cause le fait qu'il n'existe pas d'exception à son application, afin d'assurer le droit à l'information du public sur des questions d'intérêt général.

Selon le Conseil, l'interdiction d'utilisation d'un appareil photographique ou d'enregistrement sonore ou audiovisuel au cours des audiences des juridictions administratives ou judiciaires et la prohibition de la cession du produit d'une telle captation permettent de garantir une bonne administration de la justice, le respect de la vie privée des participants aux procès, leur sécurité, et la présomption d'innocence des personnes poursuivies. Or, s'il est certes possible de capter ou d'enregistrer ces événements sans perturber l'audience, leur diffusion risquerait, en revanche, de compromettre son bon déroulement, d'autant que les moyens de communication actuels tendent à donner à ce type de nouvelles un retentissement important. Enfin, ces interdictions n'empêchent pas l'information du public, dans la mesure où le public et les journalistes ont la possibilité d'assister aux débats.

Ainsi, l'article 38 ter ne porte pas atteinte à la liberté fondée sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, ne méconnaît pas le principe de nécessité des délits et des peines, ni aucun autre droit ou liberté garanti par la Constitution<sup>18</sup>.

Il a de même été jugé que l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 était conforme à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par un arrêt destiné à la publication du 24 mars 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation l'a jugé conforme en ces termes : Si « toute personne a droit à la liberté d'expression et si le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives, notamment, aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice, l'interdiction de tout enregistrement, fixation ou transmission de la parole ou de l'image après l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, et de leur cession ou de leur publication, constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à garantir la sérénité et la sincérité des débats judiciaires, qui conditionnent la manifestation de la vérité et contribuent ainsi à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire » (Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-81.769 : *JurisData* n° 2020-005261 ; *Comm. com. électr.* 2020, *comm.* 49, *obs.* A. *Lepage*).

Et donc, en l'état du droit actuel, l'interdiction de l'article 38 ter, alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 reste applicable jusqu'à la levée de l'audience (en ce compris, en principe, pendant les suspensions d'audience)<sup>19</sup>.

#### f) Le rapport Linden de 2005

Le rapport de la commission présidée par Elisabeth Linden sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires a été déposé le 22 février 2005, à la demande du Garde des sceaux Dominique Perben<sup>20</sup>.

En substance, on rappellera que la commission a majoritairement estimé que le choix d'un régime d'autorisation était en l'état préférable à un régime de liberté fût-il encadré. La nécessité de

<sup>18</sup> *Cons. const.*, 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC : *JurisData* n° 2019-021938 (v. Annexe 4).

<sup>19</sup> Par un arrêt destiné à la publication du 24 mars 2020, la Cour de cassation précise que l'interdiction édictée par l'article 38 ter, alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 « commence dès l'ouverture de l'audience et se prolonge jusqu'à ce que celle-ci soit levée ». Elle s'applique donc également pendant les périodes de suspension de l'audience, notamment lors de l'attente du verdict (Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-81.769 : *JurisData* n° 2020-005261 ; *Comm. com. électr.* 2020, *comm.* 49, *obs.* A. *Lepage*).

<sup>20</sup> Le rapport a été présenté par Elisabeth Linden, alors Première Présidente de la Cour d'appel d'Angers ; il avait conduit à préconiser plusieurs assouplissements (V. *JCl. Communication*, Fasc. 3410, *Atteinte à l'autorité de la justice* - <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000143/0000.pdf>) v. Annexe 13)

protéger les personnes, de préserver la qualité des débats judiciaires, et de définir les règles de la captation l'a conduite à des préconisations précises.

A ce titre, le rapport Linden formulait plusieurs recommandations, à savoir :

- Assurer une meilleure transparence de l'institution et une meilleure connaissance de son activité par l'ouverture des prétoires aux médias audiovisuels ;
- Protéger les personnes filmées en particulier les mineurs, les incapables, les témoins, les jurés, les forces de l'ordre, le personnel judiciaire (via par exemple, le respect de l'anonymat) ;
- Imposer aux médias de recueillir préalablement par écrit le consentement éclairé des parties, et donc offrir le droit d'élever une contestation par l'ouverture d'un recours ;
- Préserver le débat judiciaire : sa sérénité, sa dignité, la présomption d'innocence (en réservant le rôle de police de l'audience du président, préservant le secret professionnel et les droits de la défense, en interdisant la captation de diverses communications, notamment entre professionnels et entre avocats et clients, en équipant les salles d'audience pour limiter les perturbations, en assurant une formation du personnel judiciaire à la présence des médias audiovisuels) ;
- Diffuser de préférence l'intégralité des débats judiciaires (ou, à défaut, des extraits) en envisageant la création d'une chaîne dédiée et la mise en ligne sur internet des débats judiciaires ;
- Interdire la diffusion avant le prononcé de la décision sous peine de sanctions pénales, civiles, administratives, mais diffuser les débats à bref délai ;
- Soumettre toute rediffusion ou toute autre exploitation à l'autorisation du président du tribunal de grande instance de Paris ;
- Prohiber toute forme de rémunération directe ou indirecte et interdire les coupures publicitaires lors de la diffusion et le sponsoring ;
- Prévoir l'élaboration d'une charte nationale avec un cahier des charges précis s'imposant aux médias.

g) Analyse du rapport Linden par la Commission LDH du CNB

Dans la foulée de son dépôt sur le bureau du Ministre Perben, le rapport Linden a fait l'objet d'une très intéressante analyse signée par notre confrère versaillais Didier Liger pour la Commission Liberté Droit de l'Homme du CNB dont il a été alors l'éminent président<sup>21</sup>.

Les observations qu'il avait exposées à l'Assemblée générale du CNB des 17 et 18 juin 2005 gardent pour une grande partie toute leur pertinence. En résumé, il avait donné un avis favorable, mais réservé : Si « *l'enregistrement et la diffusion audiovisuels des débats judiciaires paraît a priori légitime au 21ème siècle pour garantir l'effectivité du principe de la publicité des débats* », il ne faudrait pas tomber dans des travers mettant en péril la qualité du débat judiciaire, ni les droits fondamentaux des personnes concernées. Aussi, « *la création d'un juge de la mise en image pourrait apporter des garanties importantes de respect des droits des personnes concernées* ». On se reportera ainsi avec intérêt à l'analyse développée à l'époque, mais aux travaux de la table ronde qui s'était tenue, le 7 juin 2005, sous la

---

<sup>21</sup> Rapport de la Commission LDH signée par Didier Liger (v. en Annexe 6)



présidence de Robert Badinter à l'occasion des 3<sup>e</sup> rencontres sénatoriales de la justice sur le thème : « *Justice et médias, des caméras dans les prétoires ?* »<sup>22</sup>.

On se reportera aussi avec le même intérêt aux échanges qui ont eu lieu tout récemment lors de la Conférence organisée le 22 octobre 2020 au nom de la *Grande Bibliothèque du Droit* sous l'égide du Barreau de Paris sur le thème : « *La justice à l'épreuve de la communication médiatique* »<sup>23</sup>.

Les travaux d'Elisabeth Linden n'ont finalement pas connu de suites législatives.

Ils sont tombés un temps dans l'oubli alors que notre société évoluait à mesure que la place de l'image, la médiatisation des affaires judiciaires et les nouveaux supports de l'information et de la communication (les réseaux sociaux) prenaient une place de plus en plus grande dans le quotidien de nos concitoyens. La soif de savoir est devenue grandissante, impérieuse, irrésistible.

Seize ans plus tard, Eric Dupond-Moretti, ancien avocat très médiatique des prétoires, s'empare d'un sujet qu'il connaît bien. Reprenant certaines des préconisations du rapport Linden, il ouvre d'emblée son projet de loi destiné à restaurer la confiance du public envers la justice par ce sujet tout à fait emblématique de notre société d'aujourd'hui.

L'enregistrement et la diffusion des audiences apparaîtraient-ils en effet comme un moyen de restaurer la confiance du public envers la justice de notre pays ?

## II. Que serait l'état du droit avec le Projet de loi « confiance » ?

L'article 1<sup>er</sup> du Projet de Loi « *confiance* » tend quasi exclusivement à insérer dans la loi du 29 juillet 1881 un nouvel article 38 quater dont le but affiché est de déroger à l'interdiction de principe fixé par l'article 38 ter (qui demeure cependant). Le nouveau dispositif légal tend donc à créer une exception au principe. L'enregistrement audiovisuel ou sonore des audiences et leur diffusion deviennent possibles, mais l'autorisation donnée est encadrée.

Le nouvel article 38 quater serait ainsi rédigé :

« Art. 38 quater.

*I. – Par dérogation au Premier alinéa de l'article 38 ter, l'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences peut être autorisé pour un motif d'intérêt public en vue de sa diffusion.*

« *Lorsque l'audience n'est pas publique, l'enregistrement est subordonné à l'accord préalable des parties au litige.*

« *Les modalités de l'enregistrement ne doivent porter atteinte ni au bon déroulement de la procédure ou des débats ni au libre exercice de leurs droits par les parties et les personnes enregistrées. Le président de l'audience peut, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement pour l'un de ces motifs.*

« *II. – La diffusion, intégrale ou partielle, n'est possible qu'après que l'instance a donné lieu à une décision devenue définitive. Toutefois, les audiences publiques de la Cour de cassation*

---

<sup>22</sup> [https://www.senat.fr/colloques/rencontres\\_justice\\_3/rencontres\\_justice\\_33.html](https://www.senat.fr/colloques/rencontres_justice_3/rencontres_justice_33.html) (v. Annexe 12).

<sup>23</sup> [https://www.lagbd.org/index.php/Conference\\_La\\_justice\\_a\\_l\\_epreuve\\_de\\_la\\_communication\\_mediatique\\_\(fr\)](https://www.lagbd.org/index.php/Conference_La_justice_a_l_epreuve_de_la_communication_mediatique_(fr))

*et du Conseil d'État peuvent, après recueil préalable de l'avis des parties, être diffusées en direct.*

*« La diffusion est réalisée dans des conditions ne portant atteinte ni à la sécurité, ni au respect de la vie privée des personnes enregistrées, ni au respect de la présomption d'innocence.*

*« Sans préjudice de l'article 39 sexies, l'image et les autres éléments d'identification des personnes enregistrées ne peuvent être diffusées qu'avec leur consentement donné par écrit avant la tenue de l'audience. Les personnes jugées et plaignantes ainsi que les témoins entendus lors de l'audience peuvent rétracter ce consentement après l'audience.*

*« La diffusion ne peut, en aucun cas, permettre l'identification des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique.*

*« Aucun élément d'identification des personnes enregistrées ne peut être diffusé à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la première diffusion, sans excéder dix ans à compter de l'autorisation d'enregistrement.*

*« III. – Les dispositions du présent article sont également applicables, par dérogation aux dispositions de l'article 11 du code de procédure pénale, aux audiences intervenant au cours d'une enquête ou d'une instruction.*

*« IV. – Les conditions et modalités d'application du présent article sont précisées par décret en Conseil d'État. »*

*II. – Après le quatrième alinéa de l'article 39, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « Les interdictions du premier alinéa ne sont pas applicables lorsque les parties ont donné leur accord. »*

### **III. Que faut-il en penser ?**

#### **a) Propos liminaire : le renforcement du principe de publicité des débats est-il l'objectif poursuivi ?**

De toute évidence, le principe de publicité des débats judiciaires participe en lui-même du débat public.

Le droit à la publicité des débats est un acquis historique fondamental.

La loi des 16-24 août 1790 décida que « la publicité des plaidoyers, rapports et jugements aussi bien au civil qu'au pénal était obligatoire pour le juge » ; et l'article 208 de la Constitution du 5 fructidor An III précise que « les séances des tribunaux sont publiques ». Puis, l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 a ajouté que « les arrêts qui n'ont pas été rendus publiquement sont déclarés nuls ». Enfin, l'article 81 de la Constitution du 4 novembre 1848 ajoute que « la justice est rendue gratuitement au nom du peuple français. Les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ».

L'actuel article 306 du code de procédure pénale reprend ces principes pour les débats devant la cour d'assises (sauf l'exception du huis clos de droit lorsqu'il est demandé par une victime partie civile en cas de poursuites pour viol ou tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles ; et qui n'est possible dans les autres cas que si la victime partie civile ne s'y oppose pas). De même que l'article 400 en matière correctionnelle.

Enfin et surtout, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme impose en toutes matières civiles, pénales et administratives le principe général de publicité des débats, sauf décision du juge en cas d'atteinte à la moralité, l'ordre public, l'intérêt de la sécurité nationale, l'intérêt de la justice ainsi que la protection de la vie privée et surtout celle des mineurs.

On croit donc comprendre que le Projet de Loi qui vise la création d'un article 38 quater tend à vouloir placer le principe de publicité des débats judiciaires au centre de la politique de restauration de la confiance du public dans cette institution.

Enregistrer et diffuser les débats judiciaires permettrait d'assurer durablement le respect du principe de la publicité des débats qui lui-même participe à ce que la justice soit rendue, dans un Etat de droit, au nom du Peuple français.

Eric Dupond-Moretti a écrit en 2018 : « *En réalité, plusieurs formes de justice coexistent. Celle que l'on rend dans l'enceinte judiciaire, avec ses règles et ses procédures. Et celle qui s'exerce au café du commerce, entre chien et loup, dans l'odeur du café et de l'anisette...* »<sup>24</sup>.

Manifestement, on peut croire le Garde des Sceaux sur sa volonté de tordre le cou aux rumeurs, imprécisions et inexactitudes que véhicule toute affaire judiciaire qui donne lieu à une médiatisation. Il y a la justice des tribunaux et des cours, et il y a la justice de l'opinion publique, voire celle des médias. Or, il n'y a qu'une Justice.

Il est vrai qu'aucun documentaire, aucun reportage, en direct ou en différé, aucune interview au sortir d'une audience, sur un plateau télévisé ou sur Internet, aucun tweet envoyé depuis la salle d'audience, en *live*, voire en violation décomplexée du secret professionnel, ne remplacera la présence du public dans l'enceinte judiciaire, pour peu que les débats soient publics. Et tout extrait ou tout commentaire sera nécessairement incomplet, biaisé, orienté ou peut-être même totalement faussé.

Finalement, enregistrer et diffuser les débats judiciaires participerait du nécessaire objectif d'atteindre la vérité judiciaire.

#### b) Position de principe de la commission LDH :

Le Projet de Loi interroge. Les avis sont partagés.

Naturellement, plusieurs questions se posent : Pour quelles audiences l'enregistrement sonore ou audiovisuel serait autorisé ? Pour quel motif ? Pour quel usage ? Selon quelles modalités ? Sur quel support ? Sous quelles réserves et conditions respectueuses des droits de la défense, de la sincérité et de la sérénité des débats ? Et pour combien de temps ?

De principe, notre Commission a exprimé un avis favorable pour voir enregistrer et diffuser les audiences publiques qui se tiennent devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, sous réserve, en certaine matière, de la nécessité de recevoir l'accord des parties.

Les audiences du Conseil Constitutionnel font déjà l'objet d'un enregistrement et d'une diffusion sur le site de cette institution<sup>25</sup>.

La procédure y écrite, les vertus y sont pédagogiques et l'explication de la règle de droit participe du débat démocratique (au même titre, d'une certaine manière, que la retransmission des débats parlementaires).

---

<sup>24</sup> *Le dictionnaire de ma vie*, Eric Dupond-Moretti & Laurence Montsénégo, Edition Kéro (14 mars 2018)

<sup>25</sup> [https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/type/video\\_embed\\_field](https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/type/video_embed_field)

En revanche, les avis sont très réservés pour le reste des audiences, ce d'autant plus s'il s'agit de filmer les audiences qui interviennent au cours de procédure.

Le temps du débat judiciaire n'est pas le même que le temps médiatique.

d) Critiques du texte et contre-propositions :

Il n'apparaît pas que le texte du Projet de Loi offre en l'état des garanties suffisantes.

Le rapport Linden du 22 février 2005 posait de nombreuses conditions avant de pouvoir généraliser une règle qui conduirait à ce que l'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences puisse être autorisé pour un motif d'intérêt public en vue de sa diffusion.

Ces conditions ne sont pas toutes reprises dans le Projet de Loi et, alors même qu'il n'est prévu aucune période d'expérimentation, le texte apparaît très (voire trop) large.

✓ Le motif d'intérêt public, notion vague et générale

Qu'est-ce que l'intérêt public ?

Le Projet de Loi ne le définit évidemment pas.

L'expression « intérêt public » (ou « intérêt général ») désigne traditionnellement la finalité d'actions ou d'institutions censées intéresser et servir une population considérée dans son ensemble. Formulée pour la première fois par Aristote dans sa *Politique*, pour qui « *le bien en politique, c'est la justice, c'est-à-dire l'intérêt général* », et c'est une notion qui est depuis l'objet de multiples controverses et de polémiques<sup>26</sup>.

En quoi l'intérêt public serait-il satisfait par l'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences ? A partir du moment où toute décision de justice est rendue au nom du Peuple français et que la Justice est une institution d'intérêt public, cela signifierait que toute audience quelle qu'elle soit pourrait donner lieu à son enregistrement sonore ou audiovisuel en vue de sa diffusion.

C'est trop vaste !

La loi du 11 juillet 1985 avait défini l'intérêt public en jeu par son objectif de « *constitution d'archives historiques de la justice* ».

Dans le Projet de Loi « confiance », quel est l'objectif ? Satisfaire la curiosité du public ? Renforcer le principe de publicité des débats dans une société démocratique soumise à de nouveaux

---

<sup>26</sup> Pierre Moor, Professeur de droit public à l'Université de Lausanne, a écrit : « À côté du principe de légalité, celui d'intérêt public occupe une position dominante dans la construction de l'État de droit. L'État, avec toutes ses autorités, dans toutes ses activités, n'a pas d'intérêt propre ; seuls les sujets de droit, en tant que membres de la société civile, sont légitimés à poursuivre des fins particulières. Ce principe est la traduction juridique de l'opposition entre celui-ci et celle-là. Sa portée s'étend donc, comme une nappe phréatique, sous tout le territoire du droit public, puisque la présence effective d'un intérêt public constitue la condition nécessaire à toute intervention de la collectivité, qu'elle soit législative ou administrative, qu'elle consiste en actes juridiques ou en actes matériels ; et – pour poursuivre la même image – on en trouve les surgissements à tout endroit où l'État se manifeste. Rassembler ces surgissements pour repérer la nappe : c'est ce qu'il faut entreprendre sous forme d'une théorisation juridique de l'intérêt public. Dans la pratique, la notion paraît surtout opératoire dans l'examen d'une restriction à un droit fondamental ; faute d'un intérêt public suffisant, celle-ci n'est pas valable. Le contrôle de la constitutionnalité des lois et de la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme en fournit des exemples bien connus. Et la jurisprudence a pu pendant longtemps utiliser ici des critères assez sûrs : sécurité de l'État, des personnes, des biens, santé, moralité, tranquillité publiques – des notions suffisamment bien établies, dès lors qu'elles sont au centre du concept de société civile... » (Pierre Moor, *Pour une Théorie Micropolitique du Droit*, PUF, 2005, p. 83 et suivantes).

supports de communication<sup>27</sup> ? Par la présence d'un public extérieur venu en nombre assister à une audience par les nouveaux canaux virtuels, participer à ce que la justice soit rendue dans le respect des principes de l'égalité des armes entre les parties et le respect des droits de la défense ?

À défaut de connaître l'exposé des motifs de la loi et en l'état sans étude d'impact, Il est difficile de connaître l'objectif de cette ouverture des audiences à un public distant se tenant derrière son écran.

Il sera donc nécessaire d'inviter le législateur à se montrer plus précis sur l'objectif poursuivi et déterminer ce qui pourrait relever de l'intérêt public, en le distinguant de « *l'intérêt du public* », afin que de justifier en quoi l'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences mériterait d'être autorisé car, à défaut, ce choix serait laissé au seul juge.

En l'état, le texte du Projet de loi est incertain et le Conseil constitutionnel risquerait de le sanctionner comme manquant de prévisibilité et de lisibilité.

✓ Le respect des principes directeurs du procès (Présomption d'innocence, secret, droits de la défense, dignité, sérénité, sécurité)

Il peut apparaître dangereux pour le respect des principes de présomption d'innocence et de secret des enquêtes et de l'instruction que le Projet de Loi prévoit en son paragraphe III que le dispositif d'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences soient « *également applicables, par dérogation aux dispositions de l'article 11 du code de procédure pénale, aux audiences intervenant au cours d'une enquête ou d'une instruction* ».

D'ailleurs, leur coordination avec le caractère définitif de la décision rendre lors de l'instance pose des problèmes.

Cela signifierait que les audiences portant sur le débat contradictoire relatif à la détention provisoire, une mesure de contrôle ou de sûreté judiciaire, voire les audiences portant sur des saisies pénales ou des requêtes ou des appels devant la Chambre de l'Instruction pourraient être enregistrées et diffusées alors même que l'enquête ou l'instruction serait en cours.

Et leur diffusion, intégrale ou partielle, serait alors possible dès lors que l'instance aura donné lieu à une décision devenue définitive, par exemple à défaut d'appel d'une décision du JLD ou à défaut de pourvoi en cassation d'un arrêt de la CHINS. C'est en tous cas ce à quoi aboutit, en l'état, la lettre du quatrième alinéa de l'article 38 quater al.4 et son articulation avec les autres alinéas du texte qui nous est soumis.

Il s'agit là d'une entorse importante aux principes de présomption d'innocence et de secret des enquêtes et de l'instruction.

Certes, le Projet de Loi dispose à l'alinéa 5, que « *La diffusion est réalisée dans des conditions ne portant atteinte ni à la sécurité, ni au respect de la vie privée des personnes enregistrées, ni au respect de la présomption d'innocence* », mais ce dispositif n'interdit pas une diffusion dans l'un des cas ci-dessus mentionnés dès lors notamment que la diffusion est réalisée dans des conditions qui ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence.

---

<sup>27</sup> Avant l'avènement des nouvelles technologies à la fin du XXème siècle, pour assister à une audience, il fallait se rendre dans les palais de justice et pousser la porte d'une salle d'audience. Le public ne se rend plus aux audiences. En ces premières années du XXIème siècle, il lui suffira demain d'ouvrir son poste de télévision ou plus simplement Internet via son smartphone ou tout autre objet connecté pour assister à une audience.

Ce cinquième alinéa pose plus de questions qu'il n'en résout en réalité. Quelles seraient les conditions qui ne portent atteinte ni à la sécurité, ni au respect de la vie privée des personnes enregistrées, ni au respect de la présomption d'innocence ?

Cet alinéa semble renvoyer au décret d'application alors pourtant que le sujet revêt une réelle importance au regard des droits fondamentaux auxquels il est fait entorse.

Les conditions en question relèvent du débat parlementaire, et non d'une articulation réglementaire.

✓ Le respect de la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client

Sur le plan des principes, il sera indiqué qu'à la question du « Quoi ? Qu'est-ce qu'il est autorisé de filmer ? », il faut prévoir de tous sens une exception absolue qui mériterait bien d'être rappelée dans le texte de loi : aucun enregistrement sonore ou audiovisuel ne saurait être autorisé s'il se rapporte à des échanges entre l'avocat et son client, ces derniers étant nécessairement couverts par le secret.

La difficulté d'un enregistrement, c'est qu'il peut capter tout. Aussi faible soit la voix du conseil dans le creux de l'oreille de son client, les moyens techniques aujourd'hui sont susceptibles de l'entendre. Ce serait une atteinte inacceptable aux droits de la défense.

Dès lors, le texte de loi (et pas simplement un décret d'application auquel il serait renvoyé) devrait de tous sens, compte tenu de l'importance de cette réserve, prévoir qu'en aucun cas, l'enregistrement sonore ou audiovisuel pourrait permettre que soient captés les échanges entre l'avocat et son client.

Le secret étant absolu, il ne saurait y être dérogé... même du consentement des intéressés.

Aussi, si l'on admettait le nouveau dispositif posé par le Projet de Loi, il faudrait en toute hypothèse que l'article 38 quater de la loi soit rédigé d'une telle manière que les droits exercés par l'avocat soient garantis. Ainsi, la rédaction pourrait être : « *Par dérogation au Premier alinéa de l'article 38 ter, et sans préjudice des droits de la défense et du respect du secret des échanges entre l'avocat et son client, l'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences peut être autorisé pour un motif d'intérêt public en vue de sa diffusion* » (sous réserve bien sûr, une fois encore, de mieux définir la notion d'intérêt public).

✓ Sur l'accord préalable des parties (quand l'audience est ou n'est pas publique)

Le texte du Projet de Loi n'est pas exempt d'ambiguïté.

Nous ne sommes pas ici dans le cas de la constitution d'archives historiques pour lesquelles le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation ont jugé que l'intérêt supérieur promu par la loi permettait de ne pas tenir compte de l'avis des parties en cause.

On semble être dans l'hypothèse d'audiences à huis clos ou à publicité restreinte.

La rapport Linden avait envisagé des exclusions de principes. C'est-à-dire que, même avec le consentement des personnes concernées (mais à protéger), les audiences ne pouvaient être filmées.

Il est dommage que le texte du Projet de Loi ne reprenne pas des hypothèses d'exclusion totale (notamment pour les personnes vulnérables) et renvoie simplement à l'idée que la diffusion

ne puisse « *en aucun cas, permettre l'identification des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique* ».

Cette protection ne nous apparaît pas suffisante.

A partir du moment où les audiences ne sont pas publiques, on ne comprend pas pourquoi il serait possible de les rendre publiques par le biais d'un enregistrement sonore ou audiovisuel et qu'elles soient diffusées.

L'interdiction de filmer les audiences non publiques devrait être maintenue.

Par ailleurs, dans le Projet de Loi, la question du consentement semble ne pas se poser pour les témoins, le personnel judiciaire, les auxiliaires de justice et les escortes.

Il y a une forme d'incertitude dans la rédaction du nouvel art.38 quater puisqu'il semble que le Juge pourrait se passer du consentement des parties pour l'enregistrement, certes sous réserve du « *libre exercice de leurs droits par les parties et les personnes enregistrées* ». Autrement dit, comment l'exercice des droits de ces personnes se manifeste-t-il ? Doivent-ils donc donner le consentement à la captation de leur image ou bien peuvent-ils simplement s'opposer à cette captation (par exemple, par un floutage de leur image ?).

De plus, à lire le paragraphe II. du nouvel art.38 quater, il serait prévu, d'une part, un droit réservé à la diffusion de l'image et des autres éléments d'identification des personnes enregistrées et, d'autre part, un droit de rétractation.

En effet, l'alinéa 6 dispose : « *Sans préjudice de l'article 39 sexies, l'image et les autres éléments d'identification des personnes enregistrées ne peuvent être diffusées qu'avec leur consentement donné par écrit avant la tenue de l'audience. Les personnes jugées et plaignantes ainsi que les témoins entendus lors de l'audience peuvent rétracter ce consentement après l'audience* ».

On comprend donc que la captation de l'image pourrait ne donner lieu à aucun consentement (sauf lorsque l'audience n'est pas publique, et encore sous réserve de l'accord préalable des seuls « *parties au litiges* » donc pas les autres « *personnes enregistrées* » dont il est question plus loin), mais que, de tous sens, la diffusion des images et des autres éléments d'identification des personnes enregistrées ne pourrait être possible qu'avec leur consentement donné par écrit avant la tenue de l'audience. Ceci n'est pas très logique.

En droit de la presse en matière de droit à l'image des personnes, la jurisprudence développée sous l'article 9 du Code civil rappelle que le consentement de la personne doit de tous sens être donné de façon expresse et spéciale.

C'est-à-dire que non seulement, le consentement doit être exprimé d'une façon non équivoque (et certes, l'écrit semble être le meilleur moyen à ce titre), mais aussi il doit porter sur l'usage qui est fait de l'image ; autrement dit, à quelle fin et pour combien de temps l'image est-elle enregistrée et diffusée ?

Ici, le Projet de Loi ne le précise pas.

On sait simplement qu'après l'audience, l'une ou l'autre des personnes enregistrées peut rétracter son consentement. Mais alors, on ne sait ni comment, ni combien de temps, ni s'il doit invoquer un motif ? Et pas plus que l'on ne sait ce que deviennent alors les images enregistrées : sont-elles détruites ? floutées ? effacées du film ?

Les modalités précises du recueil du consentement ne sont pas précisées. Or, eu égard aux dispositions générales de l'article 9 du Code civil, il ne nous semble pas qu'elles puissent simplement être renvoyées à un décret d'application.

Ce d'autant que le dispositif légal doit être conforme au RGPD<sup>28</sup>.

✓ Comment le nouveau dispositif s'articule-t-il avec la protection des données personnelles ?

D'une manière générale, rien n'est dit dans le Projet de Loi sur la compatibilité de ces nouvelles dispositions avec celles qui s'imposent en matière de protection des données personnelles. Or, l'image d'une personne fait partie des données à caractère personnel.

De toute évidence, le nouveau dispositif envisagé doit être compatible avec les droits reconnus à la personne dont les données à caractère personnel sont enregistrées, diffusées ou conservées.

Théoriquement, chacun a en effet le droit :

- de demander des informations sur le traitement de ses données à caractère personnel ;
- d'obtenir l'accès aux données à caractère personnel détenues à son sujet ;
- de demander que ses données à caractère personnel incorrectes, inexactes ou incomplètes soient corrigées ;
- de demander que les données à caractère personnel soient effacées lorsqu'elles ne sont plus nécessaires ou si leur traitement est illicite ;
- de s'opposer au traitement de ses données à caractère personnel à des fins de prospection ou pour des raisons liées à votre situation particulière ;
- de demander la limitation du traitement de ses données à caractère personnel dans des cas précis ;
- de récupérer ses données personnelles, dans un format utilisé et lisible par machine, pour un usage personnel ou pour les transférer à un autre organisme ;
- de demander que les décisions fondées sur un traitement automatisé qui le concernent ou l'affectent de manière significative et fondées sur ses données à caractère personnel soient prises par des personnes physiques et non uniquement par des ordinateurs ;
- en cas de dommage matériel ou moral lié à la violation du RGPD, de disposer d'un droit de recours (réclamation auprès de la Commission nationale Informatique et libertés (CNIL) ou possibilité d'introduire une action collective (sous certaines conditions).

Le règlement instaurant le RGPD octroie aux Etats membres des marges de manœuvre notamment pour ce qui concerne certaines données, notamment en ce qui concerne les traitements intéressant la sûreté de l'Etat, la défense, la sécurité publique ou ayant pour objet la prévention et la répression des infractions pénales ; les traitements des données de santé justifiés par une finalité d'intérêt public. Des catégories particulières de données font l'objet d'un régime spécifique (exemple : santé, infractions, condamnations ou mesures de sûreté connexes). Le traitement des données peut être effectué par une liste élargie de personnes.

Mais, alors comment se combinent les règles applicables en matière de protection des données personnelles et le Projet de Loi « confiance » ?

C'est un point à creuser d'autant plus que la loi de 1985 ou le rapport Linden ont été conçus à une époque où le RGPD n'existait pas.

---

<sup>28</sup> Règlement Général de Protection des Données personnelles qui a fait l'objet d'une loi d'adaptation dans le corpus juridique français ; c'est la Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.



Il serait intéressant de voir comment les législations européennes qui, de longue date, autorisent l'enregistrement et la diffusion des images des procès ont été adaptées.

Les choses sont d'autant plus ambiguës qu'un doute subsiste sur la notion de consentement donnée par les parties ou les personnes enregistrées, comme il est dit ci-après.

✓ Sur la faculté d'enregistrer, de suspendre ou d'arrêter l'enregistrement

Selon l'article 38 quater nouvellement inséré dans la loi, « *l'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences peut être autorisé pour un motif d'intérêt public en vue de sa diffusion* ».

A la lecture de cette formulation, on ne sait qui décide l'enregistrement : Est-ce le président de l'audience concernée ? Est-ce une instance supérieure ? Le président de la juridiction ? Le président de la Cour d'appel ? Un juge spécialement délégué à cette tâche ?

Rien n'est dit clairement dans le Projet de Loi.

Or, la garantie conférée par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme impose que ce soit une instance indépendante et impartiale qui décide de cet enregistrement. Le président de l'audience est-il le mieux placé ?

La question n'est pas tranchée et la réponse semble renvoyée au décret d'application puisque le paragraphe IV dispose : « *Les conditions et modalités d'application du présent article sont précisées par décret en Conseil d'État* ».

La loi Badinter du 11 juillet 1985 en matière d'archives historiques de la justice confère en ce domaine des compétences à des instances juridictionnelles bien définies : Pour la cour d'appel, le premier président pour la Cour de cassation ; et pour toute autre juridiction de son ressort, le premier président de la cour d'appel.

On peut s'en inspirer.

Mais, de tous sens, la loi a institué un processus fort précis sur les modalités procédurales de la prise de décision et, à notre sens, elle relève de la loi, pas d'un décret d'application, eu égard aux atteintes particulières aux libertés fondamentales qu'un tel enregistrement et sa diffusion supposent.

La loi Badinter prévoit qu'il y ait un débat sur l'opportunité de procéder à un enregistrement sonore ou audiovisuel d'un procès pour servir à la constitution d'une archive historique de la justice.

Un débat préalable paraît une garantie procédurale indispensable. Or, pourquoi donc le Projet de Loi « *confiance* » ne l'instaure-t-il donc pas ?

D'aucun pourrait y voir une régression des droits. Et ce faisant, la loi de 1985 apparaîtrait en définitive plus contraignante par le dispositif qu'elle instaurait par rapport au nouveau dispositif proposé par le Garde des Sceaux<sup>29</sup>.

De toute évidence, si l'autorisation devait être donnée pour procéder à l'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences « *pour un motif d'intérêt public en vue de sa diffusion* », cette décision devrait donner lieu au préalable à un débat entre les parties intéressées.

---

<sup>29</sup> On peut même se demander quelle utilité aurait désormais la Loi Badinter du 11 juillet 1985 et sa réforme Gayssot du 13 juillet 1990. Que deviendra-t-elle maintenant avec un dispositif d'enregistrement et de diffusion bien plus allégé tel que le prévoit Eric Dupond-Moretti ?

Il ne peut s'agir d'une simple décision d'administration judiciaire.

Et cette décision devrait pouvoir donner lieu à un recours.

S'en suit alors la question de savoir si le recours devrait être suspensif. Et, partant, celle de savoir dans quel délai la décision initiale et celle rendue sur ce recours devraient être rendues. Là encore, la loi de 1985 donne des solutions qui peuvent inspirer le législateur de 2021.

Le Projet de Loi ajoute simplement en l'état de sa lettre que les modalités de l'enregistrement ne doivent porter atteinte ni au bon déroulement de la procédure ou des débats ni au libre exercice de leurs droits par les parties et les personnes enregistrées. Et le président de l'audience peut, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement pour l'un de ces motifs.

#### ✓ Les limites à la faculté d'enregistrer les audiences

De toute évidence, l'enregistrement sonore ou audiovisuel de l'audience ne saurait porter atteinte ni au respect des règles de procédure, ni à la sérénité des débats, ni aux droits des parties et des personnes enregistrées.

C'était une réserve émise à juste titre dans le Rapport Linden auquel on peut renvoyer pour plus de renseignements sur la préservation des garanties procédurales et juridiques qui doivent s'imposer comme "garde-fous".

Mais, il apparaît que seul le président aurait le droit de décider, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement pour l'un des motifs sus-énoncés.

Ce droit ne semble appartenir ni aux parties, ni à leur conseil, ni aux personnes enregistrées.

Certes, le président de la juridiction a la police de l'audience. Et, il peut notamment décider de déroger à la publicité des débats en toute hypothèse.

Ainsi, on sait qu'en matière civile, « *Le président veille à l'ordre de l'audience. Tout ce qu'il ordonne pour l'assurer doit être immédiatement exécuté. Les juges disposent des mêmes pouvoirs sur les lieux où ils exercent les fonctions de leur état* » (article 438 du Code de procédure civile) et que « *Les personnes qui assistent à l'audience doivent observer une attitude digne et garder le respect dû à la justice. Il leur est interdit de parler sans y avoir été invitées, de donner des signes d'approbation ou de désapprobation, ou de causer du désordre de quelque nature que ce soit. Le président peut faire expulser toute personne qui n'obtempère pas à ses injonctions, sans préjudice des poursuites pénales ou disciplinaires qui pourraient être exercées contre elle* » (article 439 du même Code).

De même, en matière pénale, l'article 400 du Code de procédure pénale dispose, pour les audiences correctionnelles, que « *Les audiences sont publiques. Néanmoins, le tribunal peut, en constatant dans son jugement que la publicité est dangereuse pour l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers, ordonner, par jugement rendu en audience publique, que les débats auront lieu à huis clos. Lorsque le huis clos a été ordonné, celui-ci s'applique au prononcé des jugements séparés qui peuvent intervenir sur des incidents ou exceptions ainsi qu'il est dit à l'article 459, alinéa 4* », étant observé que « *Le président a la police de l'audience et la direction des débats* » (article 401 du même Code) et que « *Lorsque, à l'audience, l'un des assistants trouble l'ordre de quelque manière que ce soit, le président ordonne son expulsion de la salle d'audience. Si, au cours de l'exécution de cette mesure, il résiste à cet ordre ou cause du tumulte, il est, sur-le-champ, placé sous mandat de dépôt, jugé et puni de deux ans d'emprisonnement, sans préjudice des peines portées au code pénal contre les auteurs d'outrages et de violences envers les magistrats. Sur l'ordre du président, il est alors contraint par la force publique de quitter l'audience* » (article 404) et que « *Si l'ordre est troublé à l'audience par le prévenu lui-même, il lui est fait application des dispositions de l'article 404. Le*

*prévenu, même libre, lorsqu'il est expulsé de la salle d'audience, est gardé par la force publique, jusqu'à la fin des débats, à la disposition du tribunal. Il est alors reconduit à l'audience, où le jugement est rendu en sa présence* » (article 405 du même Code).

Devant la Cour d'Assises, c'est l'article 306 du Code de procédure pénale qui rappelle que « *Les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs. Dans ce cas, la cour le déclare par un arrêt rendu en audience publique* » étant précisé à l'article 309 du même Code que « *Le président a la police de l'audience et la direction des débats. Il rejette tout ce qui tendrait à compromettre leur dignité ou à les prolonger sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats* » et que, selon l'article 316 du même Code « *Tous incidents contentieux sont réglés par la cour, le ministère public, les parties ou leurs avocats entendus. Ces arrêts ne peuvent préjuger du fond...* » ; que, selon l'article 321 du même Code « *Lorsque à l'audience l'un des assistants trouble l'ordre de quelque manière que ce soit, le président ordonne son expulsion de la salle d'audience. Si, au cours de l'exécution de cette mesure, il résiste à cet ordre ou cause du tumulte, il est, sur-le-champ, placé sous mandat de dépôt, jugé et puni de deux ans d'emprisonnement, sans préjudice des peines portées au Code pénal contre les auteurs d'outrages et de violences envers les magistrats. Sur l'ordre du président, il est alors contraint par la force publique de quitter l'audience* » et que, selon l'article 322 du même Code « *Si l'ordre est troublé par l'accusé lui-même, il lui est fait application des dispositions de l'article 321. L'accusé, lorsqu'il est expulsé de la salle d'audience, est gardé par la force publique, jusqu'à la fin des débats à la disposition de la cour ; il est, après chaque audience, procédé ainsi qu'il est dit à l'article 320, alinéa 2* ».

A la lecture de ces textes, on voit que la notion de « *bon déroulement de la procédure ou des débats* » n'existe pas en tant que tel et ne se définit que par les incidents qui pourraient survenir.

Autrement dit, le Projet de Loi ajoute au corpus juridique une notion peu ou mal définie en procédure.

Or donc, qu'est-ce qu'un « *bon déroulement de la procédure ou des débats* » ? Est-ce le cas lorsqu'il n'y a pas d'incidents ou de troubles ? ou bien lorsque l'ordre ou les mœurs ne sont pas en danger ? ou encore lorsque seraient compromis la dignité des débats ou leur prolongation « *sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats* » ? ou encore lorsque l'avocat exerce d'une manière qui déplairait au Juge les droits reconnus à la défense de la partie qu'il assiste ?

Cette notion de « *bon déroulement de la procédure ou des débats* » renvoie à la problématique toute récente de la police de l'audience.

Bref, voilà ici des notions aux contours assez flous qui finalement permettraient au Juge sans réelle motivation de dire au cameraman : « *Coupez !* ».

Et puis surtout, si ce pouvoir est donné logiquement au président de la juridiction en vertu de son *imperium* de la police de l'audience, le Projet de Loi ne dit pas qu'il pourrait être saisi d'une requête à l'initiative d'une partie ou d'une des personnes enregistrées dont on parle dans le texte.

Pourquoi ?

Cette faculté de demander la suspension ou l'arrêt de l'enregistrement devrait pouvoir être demandée à tout moment par l'une des parties, ou son avocat, comme par l'une des personnes enregistrées<sup>30</sup>, par exemple un témoin qui ne se verrait plus libre de s'exprimer sous la pression de l'enregistrement sonore ou audiovisuel.

Enfin, en cas de désaccord entre le président d'audience et la partie, son avocat, ou la personne enregistrée, comment la difficulté est-elle tranchée ? Par qui ? Est-ce au prix d'un recours

<sup>30</sup> L'avocat est-il une « *personne enregistrée* » au sens de l'article 38 quater avec des droits autonomes sur son image ou bien n'existe-t-il qu'au travers de la partie dont il défend les intérêts ?

à présenter devant une autre instance ? Dans quel délai ? Sous quelles modalités ? Est-ce devant le Premier Président de la Cour d'appel ? Devant un Juge des Libertés et de la Détention ? Devant un Juge chargé du contrôle de l'enregistrement sonore ou audiovisuel comme le suggérait de manière pertinente notre confrère Didier Liger<sup>31</sup> ?

Quoiqu'il en soit, le Projet de Loi ne garantit pas l'anonymat dont certaines personnes mériteraient pouvoir bénéficier : possiblement, les témoins et les sachants comme l'expert, le médecin légiste, les directeurs d'enquête, etc... et, de tous sens, les jurés d'Assises dont la sécurité devraient pouvoir être assurée.

L'alinéa 5 de l'article 38 quater ne prévoit qu'un seul type de mesure de protection : « *La diffusion ne peut, en aucun cas, permettre l'identification des mineurs et des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique* ».

Cela semble insuffisant.

De tous sens, la loi nouvelle devrait imposer que l'information soit donnée de manière claire et complète, adaptée à chaque espèce, sur les droits de chacun relatifs à l'enregistrement sonore ou audiovisuel de leur image et à la diffusion de cet enregistrement.

Non seulement, la décision autorisant cet enregistrement et la future diffusion devrait l'indiquer en termes précis mentionnant ces droits, mais encore cette décision devrait être notifiée à chacune des personnes concernées en précisant la faculté et les modalités d'un recours et le droit de rétractation susceptible d'être exercé par chacun.

#### ✓ Un droit de rétractation au contour mal défini

En effet, l'article 38 quater alinéa 6 prévoit que « *Les personnes jugées et plaignantes ainsi que les témoins entendus lors de l'audience peuvent rétracter ce consentement après l'audience* ».

Cette liste est incomplète, voire empreinte d'une certaine confusion.

Qu'est-ce qu'une « *personne jugée* » ? Est-ce seulement le prévenu, l'accusé ou la partie civile en matière pénale, ou aussi le demandeur et le défendeur en matière civile ?

Cette dénomination oublie beaucoup d'autres notions : le civilement responsable, le représentant légal d'une personne physique ou morale, l'administrateur *ad hoc*, l'intervenant volontaire, le garant, etc...

De même, qu'est-ce qu'une « *personne plaignante* » ? Si, de toute évidence, c'est la personne qui *ab initio* a déposé plainte, il peut s'agir aussi de la partie civile ou des ayants-droit de la personne plaignante ou partie civile.

De plus, le droit de rétractation accordé aux « *témoins entendus* » devrait l'être aux experts et autres sachants, aux professionnels du droit et de la justice, en ce compris les avocats. Il n'y a aucune raison de ne pas le leur accordé.

Enfin, il n'y a pas de raison de limiter ce droit de rétractation à l'après-audience. Il doit pouvoir s'exercer à tout moment, même au cours de l'audience. L'objectif est ici d'éviter que la présence de moyen d'enregistrement sonore ou audiovisuel continue, en dépit de sa volonté, une influence qu'il n'accepte plus.

---

<sup>31</sup> Didier Liger lui donnait le titre de « *Juge de l'image* » (v. son rapport présenté à l'AG du CNB des 17 et 18 juin 2005, en Annexe 6).

On ajoutera que le Projet de Loi ne précise pas le délai durant lequel le droit de rétractation pourrait s'exercer. Est-ce dans un délai maximal après l'audience ou bien dans le délai fixé au huitième alinéa de l'article 38 quater ?

Aussi, le texte de la dernière phrase du sixième alinéa pourrait être réécrit ainsi : « *Les parties ainsi que leur conseil, de même que toute personne enregistrée lors de l'audience peuvent rétracter à tout moment ce consentement au cours de l'audience ou après celle-ci* ».

✓ Diffusion en direct ou en différé

Le Projet de Loi semble avoir tranché la question du direct.

En effet, l'alinéa 4 de l'article 38 quater dispose que : « *La diffusion, intégrale ou partielle, n'est possible qu'après que l'instance a donné lieu à une décision devenue définitive. Toutefois, les audiences publiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État peuvent, après recueil préalable de l'avis des parties, être diffusées en direct* ».

Donc, le direct n'est réservé qu'aux audiences publiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État, et « *après recueil préalable de l'avis des parties* » (pas leur consentement, sic !).

Les autres audiences ne peuvent être diffusées qu'en différé et une fois que « *l'instance a donné lieu à une décision devenue définitive* », sous-entendu lorsque la décision n'est pas ou plus susceptible de voies de recours.

On comprend donc qu'un jugement correctionnel frappé d'appel ou un arrêt de Cour d'Assises faisant l'objet d'un pourvoi en cassation ne permet pas de donner lieu à la diffusion de l'enregistrement sonore ou audiovisuel pris lors de l'audience qui a conduit à cette décision frappée d'un recours.

Avec les délais de voies de recours, cela conduit à retarder de manière qui pourrait être importante la diffusion de la décision statuant définitivement sur l'instance. Quel est alors le sens d'une diffusion différée de plusieurs années ?

Sans doute, est-ce préférable mais alors, ne se rapproche-t-on pas de la constitution d'archives historiques de la justice ?

Et puis, de quel enregistrement s'agit-il ? Celui de première instance ? Celui d'appel ? Celui qui concerne l'audience après renvoi de cassation ?

Et si le direct est permis devant la Cour de cassation, pourquoi admettre une diffusion différée de l'audience d'appel qui a donné lieu au pourvoi en cassation ?

✓ Les modalités de la diffusion des enregistrements

La loi en débat devrait définir des modalités précises et répondre aux questions : Comment ? Sur quel support ? Pour quelle durée ?

Les questions du comment et du support ne sont pas traitées dans le Projet de Loi.

On doit donc en déduire que ces questions pourtant intéressant le débat parlementaire sont renvoyées au décret d'application.

Il s'agirait pourtant de savoir si on décide de créer une chaîne « Justice TV » comme il en existe dans d'autres pays dans le Monde ou bien si ces audiences seront diffusées « à la demande » sur un support numérique (Site Internet avec ou sans abonnement, avec ou sans identifiant).

Le Projet de Loi s'intéresse en revanche à la question de la durée.

Au huitième alinéa du nouvel article 38 quater, il prévoit une « fenêtre » durant laquelle l'enregistrement sonore ou audiovisuel de l'audience peut, si les conditions précédentes sont réunies, être diffusé avec l'ensemble des éléments permettant l'identification des personnes enregistrées.

Il est dit que : « *Aucun élément d'identification des personnes enregistrées ne peut être diffusé à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la première diffusion, sans excéder dix ans à compter de l'autorisation d'enregistrement* ».

Par « *élément d'identification des personnes enregistrées* », on doit comprendre leur image et leurs paroles, en même temps que l'identité (nom, prénom, date et lieu de naissance, adresse ?) qui aura pu être donnée par le président de la juridiction ou les intervenants lors de l'audience.

Or, le Projet de Loi ne dit pas dans quel délai le film de l'audience pourra être diffusé et jusqu'à quand.

Pour sa diffusion, il semble que ce soit tout de suite après que l'instance ait donné lieu à une décision devenue définitive, mais peu est dit sur l'avenir, notamment pour sa (re)diffusion ou sa conservation sur le support sur lequel le public pourra se connecter pour le suivre en différé ou dans les conditions initiales du direct.

En clair, jusqu'à quand le film du procès est accessible ? le sera-t-il en streaming ou en replay ? Est-il simplement diffusé en *prime time*, l'après-midi, tard le soir quand les enfants sont couchés... théoriquement ? Accessible avec un code parental ? Sur une chaîne du service public ?

Qu'est-ce qui empêchera un téléspectateur ou un internaute d'enregistrer la diffusion de l'enregistrement sonore ou audiovisuel de l'audience ainsi diffusée ? Les moyens techniques de manque pas et il a fallu attendre 2009 pour voir adopter la première loi Hadopi<sup>32</sup>.

La loi ne prévoit aucune sanction pénale à la conservation ou à la diffusion frauduleuse du film d'un procès régulièrement diffusé en vertu de la loi nouvelle ? Quel texte existant s'appliquerait ?

Certainement pas les sanctions notamment prévues à l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 qui sont d'application strictes<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> La loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite loi Hadopi 1 ou loi « création et Internet » est une loi française qui vise principalement à mettre un terme aux partages de fichiers en pair à pair lorsque ces partages se font en infraction avec la législation sur les droits d'auteur. Cette loi comporte six chapitres et deux volets : le volet de riposte graduée et le volet d'amélioration de l'offre licite

<sup>33</sup> L'article 38 ter dispose que :

« Dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit.

Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction. Toutefois, sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vues quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que les parties ou leurs représentants et le ministère public y consentent.

Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie de 4 500 euros d'amende.

Le tribunal pourra en outre prononcer la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction et du support de la parole ou de l'image utilisé. Est interdite, sous les mêmes peines, la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu en violation des dispositions du présent article ».

Tenant compte de l'adage *Nullum crimen nulla poena sine lege*, on voit bien, à la lecture de l'article 38 ter, qu'il faut de toute évidence prévoir de nouvelles sanctions pénales en cas de violation des limites fixées par l'article 38 quater.

Le Projet de Loi n'en prévoir pas.

A supposer qu'il en soit ainsi les termes du huitième alinéa posent toute même question.

Si on comprend que les seuls « éléments d'identification » ne peuvent être diffusés à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la première diffusion, sans excéder dix ans à compter de l'autorisation d'enregistrement, cela ne veut pas dire que le film de l'audience lui-même ne puisse jamais plus être diffusé au-delà de ces délais.

Cela pose la question du droit à l'oubli. Aussi bien de celui des personnes mises en causes, des personnes condamnées que ce celui des plaignantes et des victimes dont la constitution de partie civile a été reçue.

Chacun devrait se voir reconnaître un droit constitutionnel à l'oubli.

✓ Quid du droit à l'oubli des personnes enregistrées ?

Sous réserve des nécessités de constituer une archive historique de la justice ou du devoir de mémoire pour les affaires les plus médiatiques, quel sens aurait, des années plus tard, la diffusion d'un film qui traiterait d'une affaire concernant des protagonistes qui auraient totalement changé de vie ? Et ce même, sous couvert qu'aucun élément d'identification des personnes enregistrées ne puisse, selon la loi, être diffusé...

Il s'agit là d'un vœu pieux.

De fait, le droit à l'oubli sur Internet ou dans les réseaux sociaux est difficile à mettre en œuvre. Et, toute volonté législative peine à trouver un dispositif légal interne réellement efficace pour parvenir à obtenir le retrait effectif et dans des délais réduits d'éléments d'identification des personnes nommément désignées ou indentifiables quel que soit l'objet de la publication.

Certes, l'article 17 du RGPD traite du sujet. Le droit à l'oubli est aussi appelé le droit à l'effacement. Ce droit permet à un individu de demander l'effacement d'une information en ligne qui la concerne<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Le droit à l'oubli numérique a été instauré au niveau européen par l'arrêt *Google Spain c/ AEPD et Costeja Gonzales* du 13 mai 2014 (C-131/12). Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) affirmait que, sous certaines conditions, « l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne ». Cette décision permettait alors aux résidents européens d'obtenir la suppression de liens renvoyant à des données personnelles en cas de motif légitime. Selon la Cour, une telle suppression est obligatoire pour les exploitants d'un moteur de recherche lorsque les droits de l'individu « prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt [du grand] public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne ». La Cour soulignait que cette obligation pouvait même exister si la publication des informations en cause sur les sites internet était licite (v. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-131/12>). Dans deux arrêts du 24 septembre 2019, la CJUE a précisé le régime du droit au déréférencement de manière importante. Dans un premier arrêt (C-507/17), la Cour précise l'étendue géographique du droit au déréférencement européen. Elle statue que l'obligation de déréférencement pour les moteurs de recherche dans l'Union européenne est limitée au territoire européen. Les exploitants des moteurs de recherche faisant droit à une demande de déréférencement n'ont donc pas d'obligation, sur la base du droit de l'Union européenne, de procéder à un déréférencement sur l'ensemble des versions de leur moteur. Ils sont alors autorisés à procéder au déréférencement uniquement sur les versions correspondant à l'ensemble des États membres. Néanmoins, la CJUE exige que le droit au déréférencement soit effectif sur le territoire européen. Par conséquent, les moteurs de recherche doivent, le cas échéant, prévoir des mesures qui permettent effectivement d'empêcher ou, à tout le moins, de sérieusement décourager les utilisateurs effectuant une recherche d'accéder aux liens déréférencés (ex. : des mesures de géoblocage qui

Souvent, on distingue deux formes de ce droit : le droit au déréférencement et le droit à l'effacement (au sens strict) :

1°) le droit au déréférencement permet à un individu de demander à un moteur de recherche de supprimer certains résultats de recherche associés à son nom et prénom. Le déréférencement ne signifie pas l'effacement de l'information sur le site internet qui reste toujours disponible. La suppression des résultats de recherche par le moteur de recherche est donc possible indépendamment d'un éventuel effacement des informations sur les sites web sur lesquels elles ont été publiées.

2°) C'est alors le droit à l'effacement (au sens strict) qui permet à un individu de demander à l'éditeur d'un site web d'effacer ses données à caractère personnel, lorsqu'il n'existe plus de raison légitime pour les conserver.

Les juridictions françaises sont assez démunies face au caractère viral de la diffusion sur les réseaux sociaux<sup>35</sup>.

La Cour de cassation a néanmoins eu l'occasion en novembre 2019 de sanctionner une diffusion inappropriée<sup>36</sup>.

---

empêchent les utilisateurs connectés avec une adresse IP réputée localisée dans un État membre d'accéder aux liens déréférencés, quelle que soit la version du moteur de recherche consultée). En outre, la CJUE constate que, exceptionnellement, l'obligation au déréférencement pourrait être mondiale, lorsque l'État membre prévoit, dans sa législation nationale, un déréférencement de portée mondiale. En France, pourtant, une telle loi prévoyant une obligation de déréférencement au-delà du territoire européen n'existe pas à ce jour. Mais attention : selon la CJUE, même si la législation nationale d'un État membre prévoit un déréférencement mondial, cette obligation ne serait pas systématique. Les autorités nationales chargées de la protection des données doivent alors effectuer une mise en balance entre, d'une part, l'atteinte au droit du respect de la vie privée et de la protection des données personnelles et, d'autre part, le droit à la liberté d'information pour décider si un déréférencement mondial est approprié. Qu'en est-il du droit au déréférencement en matière de données sensibles ? Dans son deuxième arrêt du 24 septembre 2019 (C-136/17), la CJUE traite notamment la question de savoir si le moteur de recherche doit faire systématiquement droit à une demande de déréférencement. D'abord, la Cour rappelle que les données sensibles (opinion politique, conviction religieuse, orientation sexuelle, origine raciale ou ethnique, etc.) méritent une protection spécifique, car elles comportent des risques importants pour les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée. Cela s'explique par le fait que ces données touchent à l'intimité de la vie privée; La Cour explique par la suite qu'en cas de demande de déréférencement portant sur des données sensibles, l'exploitant du moteur de recherche saisi est obligé, en principe, d'effectuer le déréférencement, à moins que le référencement du lien dans la liste des résultats apparaisse « *strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche* ». C'est l'exploitant du moteur de recherche ou, en cas de litige, la CNIL qui apprécie cette éventuelle stricte nécessité. Toutefois, la CJUE souligne que la protection des données (sensibles) n'est pas la même lorsque les données ont été « manifestement rendues publiques » par l'intéressé lui-même.

<sup>35</sup> Pour une étude sur le droit à l'oubli en droit interne, on se reportera à cet article [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2001\\_117/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_120/tudes\\_theme\\_libertes\\_122/quelques\\_reperes\\_5976.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/deuxieme_partie_tudes_documents_120/tudes_theme_libertes_122/quelques_reperes_5976.html)

<sup>36</sup> Le 27 novembre 2019 la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu une décision (ref. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 novembre 2019, n° 18-14.675) concernant le droit à l'oubli de personnes condamnées pour des infractions pénales, domaine particulièrement sensible en raison de la nature de ces informations et de leur impact sur la vie privée des personnes. A cette occasion, la Cour de cassation a notamment rappelé que le droit à l'effacement permet à toute personne physique dont les données à caractère personnel sont traitées, « *d'exiger du responsable du traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite* ». Dans cette affaire, une personne exerçant la profession d'expert-comptable et de commissaire aux comptes avait été reconnue coupable d'escroquerie et tentative d'escroquerie au préjudice de l'administration fiscale et avait été condamnée à quatre mois d'emprisonnement avec sursis et 20.000 euros d'amende. Deux comptes-rendus d'audience relatant les faits ayant donné lieu à cette condamnation pénale avaient alors été publiés sur le site internet d'un journal régional. Ces articles ont par la suite été archivés sur le site du journal mais la saisie du nom du requérant dans le moteur de recherche Google renvoyait directement aux liens permettant d'accéder auxdits articles. L'expert-comptable a donc sollicité le déréférencement des liens permettant d'accéder à ce contenu en invoquant son droit à l'oubli auprès de la société Google. Face au refus du moteur de recherche de supprimer les liens litigieux, l'expert-comptable l'a assigné devant le tribunal de grande instance de Paris. Pour refuser de condamner le moteur de recherche, les juges du fond ont considéré que l'intérêt des internautes à avoir accès à l'information relative à la condamnation pénale du requérant, en lien avec sa profession, devait prévaloir sur son droit à la protection de ses données



Le 6 décembre 2019, le Conseil d'Etat s'est également prononcé sur le droit à l'oubli par 13 décisions rendues simultanément<sup>37</sup>.

De tous sens, le Projet de Loi « confiance » doit entrevoir la nécessité d'instaurer un dispositif de protection original pour éviter que les « éléments d'identification » d'une personne enregistrée au cours d'un procès filmé.

Et puis, le Projet de Loi ne prévoit ni règles en matière de prise de vue, ni expérimentation.

Le rapport Linden avait envisagé la mise au point d'une véritable Charte nationale d'éthique et l'élaboration d'une phase expérimentale à l'issue de laquelle un bilan devait être fait.

L'une comme l'autre mériterait d'être suggérées au pouvoir politique.

---

à caractère personnel. Selon les juges du fond, le droit à l'information du public devait donc l'emporter face au droit à l'oubli de la personne condamnée. Cependant, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel de Paris pour défaut de base légale. Elle indique que les juges du fond auraient dû vérifier si, compte tenu de la sensibilité des données en cause et, par suite, de la particulière gravité de l'ingérence dans les droits du requérant au respect de sa vie privée et à la protection de ses données à caractère personnel, l'inclusion des liens litigieux dans la liste des résultats du moteur de recherche était strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès aux pages internet concernées. Dans cette décision, la Cour de cassation rappelle tout d'abord le caractère spécifique des traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté qui ne peuvent être mis en œuvre que dans un certain cadre (par les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, les auxiliaires de justice etc.) permettant que des garanties appropriées soient mises en place. La Cour précise également qu'il s'ensuit que, lorsqu'une juridiction est saisie d'une demande de déréférencement portant sur un lien vers une page internet sur laquelle des données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté sont publiées, elle doit, pour porter une appréciation sur son bien-fondé, vérifier, de façon concrète, si l'inclusion du lien litigieux dans la liste des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne : (1) répond à un motif d'intérêt public important, tel que le droit à l'information du public ; et (2) si cette inclusion est strictement nécessaire pour assurer la préservation de cet intérêt. La Cour de cassation fait donc une stricte application des principes dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans sa décision du 24 septembre 2019. Dans cet arrêt, la CJUE a considéré que les dispositions de l'article 8, paragraphes 1 et 5, de la Directive 95/46 doivent être interprétées en ce sens que, en vertu de celles-ci, l'exploitant d'un moteur de recherche est en principe obligé, sous réserve des exceptions prévues par cette directive, de faire droit aux demandes de déréférencement portant sur des liens menant vers des pages web sur lesquelles figurent des données à caractère personnel qui relèvent des catégories particulières visées par ces dispositions. Ainsi, en ce qui concerne certaines données particulièrement sensibles, et notamment les condamnations pénales, le déréférencement est donc le principe et le maintien du lien l'exception. Le droit à l'oubli est soumis à un régime spécifique en présence de données d'une particulière sensibilité en raison de leur nature, la balance entre droit à l'information et droit à l'oubli devant dès lors faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité renforcé.

<sup>37</sup> <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-6-decembre-2019-13-decisions-relatives-au-droit-a-l-oubli>

## CONCLUSIONS

Plutôt que de craindre une « starification » d'un certain nombre de défenseurs, phénomène qui, de toute évidence (à croire les plateaux télé et les sorties d'audience) existe déjà largement, notre profession doit d'avantage craindre dans le Projet de Loi qui nous est proposé plusieurs écueils à la dignité qui préside à la tenue de chaque audience, aux droits de la défense qui s'impose comme l'une des règles fondatrices du droit au procès équitable et aux règles protectrices des données personnelles qui désormais s'impose au niveau de nos standards européens.

L'intérêt du Projet de Loi est indiscutablement de donner une définition nouvelle et plus moderne au principe lieu aussi fondamental de la "publicité des débats", mais il ne faut pas que le nouveau dispositif conduise en dépit de ses vœux à un voyeurisme qui caractérise notre société du son et l'image.

Aussi, aucune autorisation de filmer un procès ne devrait être possible sans la prise en compte des intérêts respectifs des parties et de tous les acteurs de la justice. Un débat préalable s'avère indispensable. Autant que des voies de recours, la définition d'une Charte éthique et la mise en œuvre d'une période d'expérimentation comme une vraie étude d'impact et de droit comparé.

Parlant de la loi qu'il avait faite voter en 1985, Robert Badinter lui-même s'était exprimé ainsi : « À mon grand regret, on a limité la portée de cette loi en procédant principalement à l'enregistrement des grands procès des criminels contre l'humanité, sans jamais filmer la justice quotidienne. Les archives audiovisuelles sont pourtant indispensables pour connaître la société d'une époque »<sup>38</sup>.

16 ans après les pistes explorées par le rapport Linden, notre législation semble vouloir prendre un nouveau tournant de son Histoire.

Mais, quel que soit le dispositif adopté, le législateur ne devra jamais oublier la recommandation simple que faisait là encore l'ancien Garde des Sceaux Robert Badinter. S'il convient aujourd'hui d'examiner attentivement les moyens permettant d'améliorer la connaissance du public du fonctionnement de la justice, il y a lieu aussi de veiller « au respect de la présomption d'innocence, de la protection de la vie privée et du droit à l'image » afin de ne pas tomber dans les affres d'une "justice-spectacle" ressemblant plus à la télé-réalité qu'à l'œuvre de Justice.

Et j'ajouterai : Il y a lieu de veiller à au respect des droits de la défense dont chaque avocat est souverainement investi et dont le juge devrait être institutionnellement le garant.

**Arnaud de SAINT REMY**

Ancien Bâtonnier – Vice-Président de la Commission Liberté Droit de l'Homme

---

<sup>38</sup> Extrait du dossier « filmer la justice » TéléObs du 24 avril 2010 ; cité dans le site du Ministère de la Justice <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-lhistoire-10288/il-y-a-25-ans-le-premier-proces-filme-24073.html>