

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 25 NOVEMBRE 2016 A 14 HEURES

CONSEILLER-RAPPORTEUR : Mme Sophie DARBOIS

PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL : M. François CORDIER

POURVOIN^o : Q 08-86.295

M. Olivier X...
(ayant pour avocats la SCP Waquet-Farge-Hazan)

C/

Mme Marie-Paule Y.... - M. Roger Z.....
(ayant pour avocats la SCP Bénabant et Jéhannin)

DÉCISION ATTAQUÉE : Arrêt de la chambre des appels correctionnels
de la Cour d'appel de Rouen en date du 16 juillet 2008

AVIS
de Monsieur François CORDIER
Premier avocat général

PLAN

Afin de faciliter la lecture du présent avis, il a paru utile de placer en en-tête le présent rappel du plan suivi.

- I. Procédure et saisine de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation**
- II. L'article incriminé par les magistrats instructeurs au titre de la diffamation envers dépositaires de l'autorité publique et le contexte de sa publication**
 - II.1 le texte de l'article incriminé**
 - II.2. Le contexte de l'article**
- III. Sur le premier moyen de cassation**
 - III.1. Les arguments du demandeur**
 - III.2. La position des défendeurs**
 - III.3. Discussion :**
 - III.3.1 Le champ d'application de l'article 41 al.3 de la loi du 29 juillet 1881**
 - III.3.2 Application des principes ainsi définis au présent pourvoi**
- IV Sur le second moyen de cassation :**
 - IV.1. Introduction :**
 - IV.1.1 La diffamation en droit interne**
 - IV.1.2 Les arguments des parties**
 - IV.1.2.1. Les arguments du demandeur**
 - IV.1.2.2. Les arguments des défendeurs**
 - IV.2 La protection de la liberté d'expression quand est en cause un "débat" ou "sujet" d'intérêt général au plan européen et national**
 - IV.2.1. La protection élevée du droit à la liberté d'expression accordée par la Cour européenne des droits de l'homme lorsque est en cause "un sujet d'intérêt général"**
 - IV.2.1.1. Le contrôle exercé par la Cour européenne sur la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression**
 - IV.2.1.2. Le renforcement de la protection de la liberté d'expression quand est débattue une "question d'intérêt général"**
 - IV.2.1.2.1. Le concept de débat sur une question ou un sujet d'intérêt général**
 - IV.2.1.2.2. Les moyens de défense qui doivent être offerts par la loi**
 - IV.2.1.2.3. Le fonctionnement des juridictions "sujet d'intérêt général"**
 - IV.2.1.2.4. Un droit de critique plus large à l'encontre des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles**

- IV. 2.2.L'appropriation par la Cour de cassation du critère de "débat d'intérêt général" ou "de débat sur une question d'intérêt général"
 - IV.2.2.1 La prise en compte du débat sur une question d'intérêt général
 - IV.2.2.2. Les sujets d'intérêt général retenus par la chambre criminelle
 - IV.2.2.2.3. L'exigence d'éléments de fait suffisants
- IV.3. La liberté d'expression garantie plus particulièrement à l'avocat
 - IV.3.1.La liberté de parole de l'avocat en droit interne :
 - IV.3.1.1.La portée de l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881
 - IV.3.1.2.La méconnaissance de ses devoirs et obligations par l'avocat
 - IV.3.2.La liberté d'expression de l'avocat selon la Cour européenne des droits de l'homme.
 - IV.3.2.1.La liberté de parole de l'avocat à l'audience
 - IV.3.2.2.La liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire
 - IV.3.2.2.1.Le prolongement de la défense d'un client dans les médias
 - IV.3.2.2.2.La liberté d'expression de l'avocat liée à la critique du fonctionnement de la justice, sujet d'intérêt général
- V La réponse à apporter au pourvoi au regard des principes ainsi déterminés et de l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 23 avril 2015
 - V.1 L'arrêt de la cour d'appel de Rouen confronté à l'arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne
 - V.1.1L'arrêt de la cour d'appel de Rouen du 16 juillet 2008
 - V.1.2.L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
 - V.2.Discussion :
 - V.2.1 La portée de l'arrêt de la Grande Chambre
 - V.2.2.Les modalités de la cassation : l'application de l'article L411-3 du code de l'organisation judiciaire.
 - V.2.3.La prise en compte des modes d'interprétation de la Cour européenne
 - Le "sujet ou débat d'intérêt général"
 - Le "jugement de valeur"
 - La tonalité des propos
 - V.3.Conclusion
- AVIS : Cassation sans renvoi sur le second moyen

I. Procédure et saisine de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation :

Par arrêt en date du 10 novembre 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par M. Olivier X..., avocat, contre l'arrêt du 16 juillet 2008 de la Cour d'appel de Rouen statuant sur renvoi de cassation¹ qui, pour complicité de diffamation envers Mme Marie-Paule Y.... et M. Roger Z....., juges d'instruction au tribunal de grande instance de Paris, dépositaires de l'autorité publique, l'avait condamné à la peine de 4 000€ d'amende et avait statué sur les intérêts civils. La cour confirmait, ainsi, la décision du tribunal correctionnel de Nanterre du 4 juin 2002 en ce qui concerne M. X.... Les deux parties civiles incriminaient la publication dans l'édition du quotidien "Le Monde" du 7 septembre 2000 d'un article signé Franck Johannès et intitulé : "*Affaire A..... : Remise en cause de l'impartialité de la juge Y.....*".

Par arrêt en date du 23 avril 2015, la Cour européenne des droits de l'homme, statuant en sa Grande Chambre a, à la requête de M. Olivier X..., condamné la France pour violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, les craintes du requérant sur le manque d'impartialité objective de la formation de jugement de la chambre criminelle pouvant passer pour objectivement justifiées, d'une part, la condamnation de M. X... s'analysant en une ingérence disproportionnée dans son droit à la liberté d'expression qui n'était pas nécessaire au sens de l'article 10 de la Convention, d'autre part.

Par arrêt en date du 14 avril 2016, la formation de jugement de la Cour de Révision et de Réexamen, saisie par le président de la commission d'instruction suite à la requête des avocats de M. X... en date du 30 septembre 2015, a ordonné le réexamen du pourvoi formé par l'intéressé qui invoquait la violation de l'article 10 de la Convention et était de nature à remédier aux violations constatées.

C'est ainsi qu'en application des prescriptions de l'alinéa 2 de l'article 624-7, in fine, du code de procédure pénale, la Cour de réexamen et de révision renvoyait le nouvel examen du pourvoi de M. Olivier X... devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

*

L'assemblée plénière de la Cour de cassation est donc saisie du pourvoi formé, par M. Olivier X..., le 18 juillet 2008, par l'intermédiaire d'un avoué, dans le délai de trois jours non francs prévu par l'article 59 de la loi du 29 juillet 1881.

La SCP Waquet-Farge et Hazan a déposé, le 15 décembre 2008, un mémoire ampliatif au soutien du pourvoi formé par M. Olivier X..., ainsi qu'un mémoire complémentaire le 15 janvier 2009.

La S.C.P. Carole Thomas Raquin & Alain Bénabent a produit un mémoire en défense, le 17 février 2009, au soutien des intérêts de M. Roger Z..... et de Mme Y.....

¹Par un précédent arrêt du 12 octobre 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait cassé en toutes ses dispositions un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 28 mai 2003

II. L'article incriminé par les magistrats instructeurs au titre de la diffamation envers dépositaires de l'autorité publique et le contexte de sa publication.

II.1 Le texte de l'article incriminé :

Le journal "Le Monde", dont Jean-Marie Colombani était le directeur de publication, a publié un article, dans son édition du 7 septembre 2000, en page 34, rédigé par Franck Johannès, journaliste, et intitulé : "Affaire A..... : remise en cause de l'impartialité de la Juge Y....".

Cet article était ainsi rédigé :

"LES AVOCATS de la veuve du juge Bernard A....., retrouvé mort en 1995 à Djibouti dans des circonstances mystérieuses, ont vivement mis en cause, mercredi 6 septembre, auprès du garde des sceaux, la juge Marie-Paule Y..., dessaisie du dossier au printemps. Celle-ci est accusée par Mes Olivier X... et Laurent B... d'avoir «un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté» et semble avoir omis de côter et de transmettre une pièce de procédure à son successeur.

Les deux avocats, qui n'avaient pas été autorisés à se rendre à Djibouti en mars pour un second transport sur les lieux, ont demandé le 1er août à consulter la cassette vidéo tournée sur place. Le juge Jean-Baptiste PARLOS, chargé de l'instruction depuis le dessaisissement de Marie-Paule Y.... et Roger Z..... le 21 juin, leur a indiqué que la cassette ne figurait pas au dossier et n'était pas "référéncée dans la procédure comme étant une pièce à conviction". Le juge a aussitôt appelé sa collègue, qui lui a remis la cassette dans la journée. "Les juges Y.... et Z..... avaient gardé par-devers eux cette cassette, proteste Me Olivier X..., qu'ils avaient omis de placer sous scellé, plus d'un mois après leur dessaisissement."

Pire, dans l'enveloppe, le juge PARLOS a découvert un mot manuscrit et assez familier de Djama Souleiman, le procureur de la République de Djibouti. "Salut Marie-Paule, je t'envoie comme convenu la cassette vidéo du transport au Goubet, peut-on lire dans ce texte. J'espère que l'image sera satisfaisante. J'ai regardé l'émission "Sans aucun doute" sur TF1. J'ai pu constater à nouveau combien Mme A..... et ses avocats sont décidés à continuer leur entreprise de manipulation. Je t'appellerai bientôt, Passe le bonjour à Roger [i.e, Z.....] s'il est rentré, de même qu'à J.-C. C.... [procureur adjoint à Paris], A très bientôt, je t'embrasse, Djama."

Les avocats de Mme A..... sont évidemment furieux. "Cette pièce démontre l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français, assure Me X..., et on ne peut qu'être scandalisé." Ils ont réclamé à Elisabeth Guigou une enquête de l'inspection générale des services judiciaires. La ministre de la justice n'avait pas reçu leur courrier, jeudi 7 septembre. Mme Y.... fait déjà l'objet de poursuites disciplinaires devant le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), notamment pour la disparition de pièces dans l'instruction du dossier de la Scientologie (Le Monde du 3 juillet)."

II.2.Le contexte de l'article :

Il est, ici, indispensable de situer le contexte de l'article qui en éclaire grandement, à la fois, le sens et la portée. Les circonstances de fait telles que rappelées, ci-dessous, sont reprises tant de l'arrêt de la cour d'appel de Rouen que de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

-L'article incriminé a trait à l'enquête et à l'information judiciaire consécutives au décès de Bernard A....., magistrat et à la découverte le 19 octobre 1995, de son corps, au lieu dit "le Goubet" à Djibouti ;

-le 2 novembre 1995 le corps de Bernard A..... était rapatrié et inhumé après qu'une enquête de la gendarmerie djiboutienne avait conclu à un suicide par immolation ;

-les investigations effectuées dans le cadre d'une information ouverte le 6 février 1996 au Tribunal de Grande Instance de Toulouse pour recherches des causes de la mort faisaient naître un doute sur la thèse du suicide. Une autopsie réalisée le 15 février 1996 concluait, certes, à l'absence de lésions suspectes d'ordre traumatique et à la présence de brûlures importantes sur la tête et le haut du corps mais, constatait aussi la présence d'une coupure qualifiée de post-mortem sur la face externe de la jambe gauche ainsi qu'une absence de suie au niveau des voies aériennes supérieures. De plus, une étude médico-légale réalisée par le professeur Lazarini en juillet 1997, à la demande de Madame A....., sur la base des conclusions de l'autopsie indiquait que la mort de Bernard A..... ne semblait pas consécutive aux brûlures du fait de l'absence de suie dans les voies aériennes supérieures et de la présence d'une plaie considérée comme post-mortem. Les interrogations de Madame A..... sur les circonstances du décès de son mari se transformaient dès lors, peu à peu, en la conviction d'un assassinat ;

-consécutivement à une délocalisation du dossier souhaitée par Mme A..... au profit de la juridiction parisienne, une information était ouverte du chef d'assassinat et confiée au juge d'instruction Marie-Paule Y....., le juge d'instruction Roger Z..... étant co-désigné pour instruire ce dossier ;

-un rapport général d'enquête établi le 21 septembre 1999, par la brigade criminelle de la direction de la police judiciaire de Paris, saisie sur commission rogatoire délivrée le 19 janvier 1998 par Mme Y....., confortait la thèse du suicide au terme des investigations effectuées comprenant un transport ainsi que des constatations et vérifications réalisées sur les lieux, en mars 1999, en présence du juge d'instruction mais, en l'absence des parties civiles et de leurs avocats.

-le 31 janvier 2000 un témoin réfugié en Belgique, Mohamed Saleh Alhoulemekani, déposait sur commission rogatoire internationale délivrée par les magistrats instructeurs en présence de ces derniers. Son témoignage, qui accréditait la thèse de l'assassinat, mettait en cause l'actuel président Omar Ghelleh, qui était en 1995 le chef de cabinet du président djiboutien en exercice ;

-le 2 février 2000 Maître Cambier du barreau de Bruxelles, avocat de M. Alhoumekani, adressait au substitut du procureur du Roi à Bruxelles un courrier évoquant la façon dont

s'était déroulée l'audition de son client dans les termes suivants : *"Hors audition, Mme le juge d'instruction Y.... a tenu à l'égard de M. Alhoumekani des propos d'intimidation en vue d'obtenir la rétractation de son témoignage. Mme le juge Y.... a tout d'abord fait part à M. Alhoumekani que son témoignage déplaisait fortement au président djiboutien. Ensuite, et compte tenu des révélations faites par M. Alhoumekani en ce qui concerne l'identité des personnes impliquées dans l'entretien du 19 octobre 1995, tenu dans les jardins de la présidence, Mme le juge d'instruction Y.... a souligné qu'en tant que témoin il se mettait dans une situation de réel danger, et ce, compte tenu de la puissance des mafias corse et libanaise"*.

-début mars 2000, les deux magistrats instructeurs se rendaient à nouveau à Djibouti où le 11 mars, en présence du procureur adjoint de la République de Paris et de Madame Lecomte, expert mais, en l'absence des parties civiles et de leurs avocats non conviés à ce déplacement. Une reconstitution était opérée sur les lieux du drame aux fins de vérifier la compatibilité des données du dossier avec la thèse du suicide, cet acte de procédure faisant l'objet d'un enregistrement filmé sur cassette vidéo.

-dans un courrier adressé à Madame le Garde des Sceaux, daté du 13 mars 2000, les avocats de Madame A..... et des enfants A....., Maîtres X... et B...., demandaient que soit ordonnée une enquête de l'inspection générale des services judiciaires sur les conditions dans lesquelles l'information était menée, notamment au vu des circonstances ayant entouré l'audition du témoin Alhoumekani. Ils déploraient aussi être tenus à l'écart de l'information ainsi qu'en attestait, disaient-ils, le dernier transport sur les lieux auquel ils n'avaient pas été conviés et dont ils avaient eu connaissance par le journal France Soir du 3 mars 2000.

-consécutivement à une demande d'acte de la partie civile du 16 mars 2000, les deux juges d'instruction refusaient, par ordonnance du 17 mars 2000, de procéder, en l'état, à un nouveau transport sur les lieux à Djibouti en présence de la partie civile, les magistrats instructeurs indiquant dans cette ordonnance que des films et photographies avaient été réalisés à l'occasion du dernier déplacement.

-par arrêt du 21 juin 2000 la chambre de l'instruction estimait qu'après deux transports organisés en l'absence de la partie civile, dont un très proche dans son déroulement d'une reconstitution, un transport sur les lieux aux fins d'organiser une reconstitution contradictoire en présence de la partie civile était nécessaire. La chambre de l'instruction infirmait l'ordonnance en ce qu'elle rejetait la demande de transport aux fins de reconstitution en présence des parties civiles et désignait un autre magistrat instructeur en la personne de Monsieur Parlos pour poursuivre l'information ;

-par soit-transmis du 23 juin 2000, Marie-Paule Y.... transmettait au juge d'instruction nouvellement désigné le dossier de la procédure ;

-le 1er août 2000, Maître Olivier X..., qui connaissait l'existence de l'enregistrement filmé sur cassette-vidéo de la reconstitution opérée le 11 mars 2000 pour en avoir été informé par Marie-Paule Y...., sollicitait du juge Parlos la possibilité de visionner celui-ci.

- le juge Jean-Baptiste Parlos, suivant les termes d'un procès-verbal établi le 1er août 2000, attestait avoir ce même jour :

- indiqué à Maître X... que cette cassette ne figurait pas au dossier et n'était pas référencée par la procédure comme étant une pièce à conviction ;
- demandé à Marie-Paule Y.... si elle détenait cette cassette ;
- reçu de ce magistrat, accompagnée d'un soit transmis, une enveloppe fermée comportant les mentions suivantes : "Mme Marie-Paule Y....., juge d'instruction, cabinet 95, TGI Paris, Boulevard du Palais - Paris 1er : exp : Djama D..., Parquet de Djibouti - Boîte postale 2913 Djibouti R.D.D.". Cette enveloppe, qui ne portait aucune trace de scellé, ni aucune date de réception, contenait une cassette vidéo ainsi qu'une carte à l'entête du procureur de la République de O... écrite à la main recto-verso ;

-sur ce mot manuscrit de Djama D... était écrit :

"Salut Marie-Paule, je t'envoie comme convenu la cassette vidéo du transport au Goubet. J'espère que l'image sera satisfaisante. "

"J'ai regardé l'émission "Sans aucun doute" sur TF1. J'ai pu constater à nouveau combien Mme A..... et ses avocats sont décidés à continuer leur entreprise de manipulation. Je t'appellerai bientôt. Passe le bonjour à Roger s'il est rentré, de même à JC C..... A très bientôt. Je t'embrasse. Djama "

C'est dans ce contexte que le 6 septembre 2000, Maîtres Olivier X... et Laurent B.... adressaient à Madame la Garde des Sceaux une nouvelle lettre, versée aux débats dans le cadre de l'offre de preuve, dans laquelle ces derniers demandaient à nouveau qu'une enquête soit confiée à l'inspection générale des services judiciaires. Cette lettre, sous la signature des deux avocats, comportait, notamment, les passages suivants :

"Nous sommes amenés à vous saisir à nouveau, mon confrère Laurent B.... et moi-même, dans l'intérêt de Madame Elisabeth A....., du comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté, des magistrats Madame Marie-Paule Y.... et Monsieur Roger Z..... (...) Le 1er août 2000, constatant que cette cassette vidéo n'était pas au dossier communiqué à Monsieur le Juge Parlos, nous avons dû protester auprès de lui afin qu'il puisse s'inquiéter de cette situation.

Il a alors obtenu le jour même cette pièce, ce qui démontre que les Juges Y.... et Z..... avaient gardé par-devers eux cette cassette vidéo, qu'ils avaient d'ailleurs omis de placer sous scellé, plus d'un mois après leur dessaisissement.

Monsieur le Juge Parlos, en ouvrant la jaquette de la cassette, y a découvert un pli cacheté adressé à Madame Y..... Son contenu est édifiant et la qualité littéraire de cette lettre est telle qu'elle nous oblige à vous le retranscrire en totalité, d'autant qu'elle émane du Procureur de la République de O... Monsieur Djama D... ; (Suit la retranscription de la lettre précitée). La forme et le fond de ce courrier révèlent au surplus une surprenante et regrettable intimité complice entre les magistrats français et le Procureur de la République de O... autorité judiciaire se trouvant sous la dépendance directe du gouvernement dont le chef, Ismaël Omar E..., est soupçonné très ouvertement et très sérieusement d'être l'instigateur de l'assassinat de Bernard A....."

-Mme Y.... a soutenu que l'envoi du procureur de la République de Djibouti était parvenu à son cabinet au cours de la première semaine de juillet et qu'elle avait demandé à la greffière du cabinet de la transmettre à son successeur. Comme cela n'avait pas été fait, ce dont elle ne s'était pas assurée avant son départ, elle l'avait fait porter à M. Parlos le

jour même de son retour de congés, à réception de la demande de celui-ci.

-Les greffières des cabinets de Mme Y.... et de M. Z..... ont attesté que la cassette ne figurait pas au dossier lorsque est intervenu l'arrêt de dessaisissement. Le pli à l'attention de Mme Y.... était parvenu leur semblait-il début juillet et avait été placé dans le courrier à traiter au retour du juge.

On ajoutera, pour conclure, comme la Cour européenne l'a relevé, que, le 19 juin 2007, à la demande du juge d'instruction en charge de la procédure, le procureur de la République de Paris a pris sur le fondement de l'article 11 du code de procédure pénale, un communiqué pour préciser publiquement que "*si la thèse du suicide a pu un temps être privilégiée, les éléments recueillis, notamment depuis 2002, militent en faveur d'un acte criminel*", ajoutant que les expertises avaient permis d'établir que "*Bernard A..... était couché sur le sol lorsque les liquides ont été répandus sur sa personne de manière aléatoire*".

*

III. Sur le premier moyen de cassation :

Pris de la violation, notamment, des articles 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881, le premier moyen de cassation critique l'arrêt en qu'il a, pour retenir la culpabilité de M. Olivier X..., écarté l'exception tirée de l'immunité juridictionnelle de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse.

Le demandeur fait valoir, dans une branche unique, que l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 qui vise à garantir les droits de la défense, protège l'avocat au regard de tout propos prononcé ou tout écrit produit dans le cadre de toute instance juridictionnelle et notamment disciplinaire. Dans la mesure où, ne pouvant saisir directement l'instance disciplinaire des fautes commises par les deux magistrats instructeurs, le courrier obligé au Ministre de la Justice afin que ce dernier ordonne une enquête confiée à l'inspection générale de services judiciaires était nécessairement couvert par l'immunité précitée.

III.1. Les arguments du demandeur :

Dans le mémoire ampliatif, le demandeur soutient que l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 a "pour but de favoriser le plus complet exercice des droits de la défense." Cette immunité permet à l'avocat de plaider en toute liberté, à l'abri de poursuites pénales ou civiles qui viendraient entraver les droits de la défense. Le demandeur rappelle à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme a souligné le danger que l'existence de la menace de sanctions pénales pesant sur l'avocat faisait courir au bon exercice de sa mission au soutien des intérêts des justiciables. Cette immunité doit donc s'appliquer devant l'ensemble des juridictions ainsi que des instances disciplinaires telles le Conseil supérieur de la magistrature.

Lorsque la saisine d'un tel organe est limitée, le courrier adressé à l'autorité en capacité d'engager des poursuites disciplinaires doit être considéré comme couvert par l'immunité de l'article 41 précité, de même que sa publication ou les propos par lesquels l'avocat le porte à la connaissance de la presse.

III.2. La position des défendeurs :

La SCP Carole Thomas-Raquin & Alain Bénabent fait valoir en défense, dans l'intérêt de Mme Marie-Paule Y.... et e M. Z..... que le droit à immunité ne peut être étendu en dehors de prévisions du texte. Droit exceptionnel, il ne peut concerner un courrier adressé au ministre de la Justice qui ne constitue d'aucune façon un écrit produit devant les juridictions au sens de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. De plus, les défendeurs soulignent que l'immunité ne couvre pas les propos tenus hors d'un prétoire ou toute publicité donnée à un écrit étranger aux débats judiciaires. Elle fait observer que ce n'est pas tant le courrier de Maîtres X... et B.... au Garde des Sceaux qui est incriminé, que sa reprise pour partie, ainsi que des propos tenus au journaliste par le premier de ces avocats. Ils se situent hors du champ de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, de même que l'article litigieux ne saurait constituer un compte rendu des débats judiciaires.

*

III.3. Discussion :

III.3.1 Le champ d'application de l'article 41 al.3 de la loi du 29 juillet 1881

L'article 41 de la loi sur la presse du 29 juillet en son alinéa 3 énonce que : *“ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte-rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux”*.

L'avocat doit pouvoir exercer sa mission en toute liberté, sans crainte de s'exposer à des poursuites pénales. L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, en son alinéa 3 protège tant les écrits produits devant les juridictions : assignations, citations directes, conclusions, mémoires, que les plaidoiries au cours d'audiences². Au visa de ce texte la chambre criminelle juge de manière constante : *“qu'il résulte des dispositions de ce texte, qui sont d'ordre public, que les écrits produits devant les tribunaux ne peuvent donner lieu à aucune action en diffamation ; que cette règle, destinée à garantir aussi bien la sincérité du témoignage que la liberté de la défense, ne reçoit d'exception que dans le cas où les faits diffamatoires sont étrangers à la cause et, s'ils concernent l'une des parties, à la condition que l'action ait été réservée par le tribunal devant lequel l'écrit est produit”* (Chambre criminelle 14 novembre 2006, Bull. crim. n°283³).

La liberté d'expression du plaideur est large dans la mesure où seuls les propos qui sont étrangers à la cause pourront être appréhendés pénalement. La Cour de cassation

²L'immunité couvre l'ensemble des propos, observations, faites au cours de l'audience, entre l'ouverture des débats et la fin de l'instance. Chambre criminelle 23 octobre 1914 DP 1919, 1, p.147

³ Voir aussi, Chambre criminelle 21 juillet 1838 Bull. crim. n° 249 ; 4 mai 1865, Bull. crim. n°103 ; 4 décembre 1896 Bull. crim. n° 351 ; 15 février 1962, bull. Crim. n°100 ; 4 mai 1972, Bull. crim. n° 157 ; 23 juillet 1984, Bull. crim. n°265

contrôle expressément le respect de cette exigence par les juridictions du fond⁴. On se reportera à cet égard à un arrêt de la chambre criminelle du 11 octobre 2005⁵ cassant et annulant les poursuites engagées pour outrage à l'encontre d'un avocat qui, dans ses écritures, accusait un juge de prendre ses décisions "en raison de son affiliation à une alliance secrète entre personne ou encore selon l'air du temps".

L'immunité instaurée par l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 bénéficie à tout plaideur devant la juridiction mais aussi aux témoins et aux experts - elle contribue à garantir la sincérité du témoignage⁶ ou la sincérité des auditions⁷ - constitue une exception qui ne peut qu'être interprétée strictement dans les limites prévues par le texte lui-même. En premier lieu, l'immunité n'empêche que les poursuites pénales ou civiles; elle ne s'oppose pas à des poursuites disciplinaires à l'encontre de l'avocat sur le fondement des textes propres à sa profession⁸. En second lieu, elle ne vaut que pour les propos tenus devant les juridictions.

La Cour de cassation a jugé que l'immunité de l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 pouvait valablement être invoquée pour des propos tenus devant les juridictions répressives, juridictions de police, correctionnelle, ou cours d'assises mais aussi, devant les juridictions d'instruction⁹. L'immunité de l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 peut aussi être invoquée devant les juridictions civiles : tribunal de

⁴ 2^{ème} chambre civile 8 avril 2004, Civ. II Bull. n°183 ; première chambre civile 28 mars 2008 pourvoi n° 06-12.996, Bull.I n°92 ;Chambre criminelle 23 juillet 1984, pourvoi n° 84-90.183 Bull. crim. n° 265

⁵Bulletin criminel n° 255

⁶Chambre criminelle 4 février 1980 Bull. Crim; n° 44; 14 novembre 2006 B.C. n°283

⁷Chambre criminelle 28 mai 1991 BC. N° 225

⁸Voir sur ce point entre autres 1^{ère} chambre civile 10 septembre 2015 pourvoi n° 14-24.208 : *"attendu qu'ayant constaté qu'étaient démontrés, d'une part, la véhémence de M. F..., ses attaques ad hominem à l'encontre d'un juge des libertés et de la détention, mettant en cause sa compétence professionnelle, et la menace annoncée de faire en sorte que ce magistrat soit démis de ses fonctions, d'autre part, l'agressivité, la virulence et le volume sonore inhabituel de la plaidoirie de cet avocat, qui avait, au cours d'une audience, mis en cause l'impartialité d'un juge assesseur et qui, par son attitude agressive, exprimait une animosité dirigée contre ce magistrat, visant à le discréditer et à le déconsidérer, la cour d'appel, rappelant que, si l'avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat, sa liberté d'expression n'est pas absolue et ne s'étend pas aux propos véhéments dirigés contre un juge, mettant en cause son éthique professionnelle, a pu déduire de ces constatations et appréciations que les propos proférés par M. F... étaient exclus de la protection de la liberté d'expression accordée par l'article 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qu'ils caractérisaient un manquement aux principes essentiels de délicatesse et de modération qui s'appliquent à l'avocat en toutes circonstances ; que le moyen n'est pas fondé.*

⁹Chambre criminelle 13 mai 1933, Bull. crim. n°111 ; 23 décembre 1986, Bull. crim. n°391

grande instance¹⁰, juge des tutelles¹¹, conseil des prud'hommes¹², mais aussi juridictions administratives, voire une juridiction arbitrale¹³. Il a en revanche été jugé que le bâtonnier n'étant pas une juridiction en matière disciplinaire, les écrits qui lui sont adressés ne peuvent être couverts par l'immunité précitée¹⁴. Il en est de même de courriers adressés au président du bureau, à l'époque "d'assistance judiciaire"¹⁵.

Fondée sur la protection des droits de la défense, l'immunité implique que les propos tenus l'aient été à l'occasion d'une audience, d'un débat contradictoire, ou que l'écrit ait été adressé à la juridiction¹⁶. Par un arrêt du 1^{er} décembre 1987¹⁷, la chambre criminelle a rappelé que "*si l'immunité n'est pas limitée aux actes introductifs d'instance ou aux actes subséquents mais couvre également tout autre écrit, c'est à la condition que celui-ci ait été effectivement soumis à l'appréciation d'un juge*".

L'immunité ne peut être invoquée pour la publication d'écrits judiciaires sauf à pouvoir se prévaloir, si les conditions en sont remplies, de l'immunité qui s'attache aux comptes-rendus des débats judiciaires faits de bonne foi.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que la publication sur le site internet d'une association de la plainte avec constitution de partie civile déposée par celle-ci à l'encontre d'une société et de son directeur général pour corruption et trafic d'influence ne peut bénéficier de l'immunité de l'article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881. Comme le rappelle la chambre criminelle ce texte "*ne protège pas les écrits faisant l'objet, en dehors des juridictions, d'une publicité étrangère aux débats*"¹⁸.

Il en est de même de la publication d'un communiqué de presse par une avocate pour contester les conditions dans lesquelles s'est tenu un procès. Une avocate avait entendu contester un procès au cours duquel étaient jugés des prévenus poursuivis pour appartenance à un réseau terroriste, dont son client.

¹⁰Première chambre civile 25 février 2016, n°15-12.150

¹¹ 2^{ème} chambre civile 27 mai 1998 Bull. Civ. II n° 168

¹²Chambre criminelle 9 octobre 1978 Bull. crim; n°262

¹³ CA. Paris 27 janvier 1988 D. 1988, page 180 note Mayer.

¹⁴Première chambre civile 25 mai 2005 Bull. Civ. I. , n° 227 , voir aussi 16 décembre 2003 Bull. Civ. I n° 256

¹⁵Chambre criminelle 15 mai 1972 Bull. Crim. n°168

¹⁶ Voir Chambre criminelle, 11 juin 1979, Bull. Crim. n°203 : à propos d'un courrier à un expert judiciaire nommé dans une affaire civile, et qui, non annexé au rapport n'avait pas été soumis à un juge. Chambre criminelle 14 février 1968, Bull. crim. n° 50, à propos d'une sommation interpellative

¹⁷Bull. crim. n° 440, pourvoi n° 86-92.314

¹⁸ Chambre criminelle 26 mars 2008 Bulletin criminel n° 79

Elle avait été poursuivie pour diffamation envers la police nationale à raison des termes suivants : “La lutte anti-terroriste a obtenu carte blanche pour employer des moyens terroristes contre les cibles désignées par le pouvoir (...). La pratique des rafles, selon des méthodes dignes de la gestapo et de la Milice, à toute heure du jour et de la nuit contre des familles entières y compris des enfants (...). Les brutalités policières et les tortures pendant les gardes à vue de quatre jours sous le contrôle des juges de la section spéciale (...)”. La cour avait écarté l’application de l’article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 au motif que celui-ci protégeait “*l’argumentation développée dans le cadre d’une enceinte judiciaire sous le contrôle du président de la juridiction appelée à statuer et que même formulée dans l’intérêt de la défense d’un justiciable, les déclarations faites en d’autres lieux que celui affecté au déroulement du procès ne sauraient bénéficier de l’immunité*” ainsi instaurée¹⁹. La Cour européenne devait, on le verra plus loin, rejeter le recours de l’intéressé contre la France pour violation de l’article 10 de la Convention.(Arrêt Coutant c. France du 24 janvier 2008, requête n° 17155/03)

Comme le souligne M. Christophe Bigot dans son ouvrage sur la pratique du droit de la Presse²⁰, l’article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 “*ne joue que pour les enceintes de justice et ne s’applique pas hors de celles-ci. (...) Elle [la cour de cassation] refuse catégoriquement d’étendre l’immunité en dehors de l’enceinte de justice. Les marches du Palais ou les abords des salles d’audience ne sont pas couverts*”.

Une cour d’appel peut à bon droit condamner une avocate pour diffamation à raison des propos tenus par celle-ci à des journalistes, hors de la salle d’audience, étant précisé que l’article publié plus d’un mois après les débats et plus d’une semaine après le prononcé du délibéré ne peut s’analyser en un compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires²¹.

La première chambre civile de la Cour de cassation a expressément approuvé par un arrêt du 5 avril 2012, une cour d’appel qui avait jugé “*qu’en dehors du prétoire, l’avocat n’est pas protégé par l’immunité de l’article 41 de la loi du 29 juillet 1881*”. En l’espèce, un avocat était poursuivi pour une “réaction à chaud” après le verdict d’une cour d’assises au micro de journalistes qui l’interrogeaient à la sortie de l’audience²². De même, peut être poursuivi pour diffamation envers le chef d’un district aéronautique, l’avocat du prévenu qui, au sortir de l’audience montre à une chaîne de télévision des clichés, précisant qu’ils démontrent que l’on a substitué d’autres boîtes noires à celles retrouvées sur les lieux²³.

¹⁹Chambre criminelle 3 décembre 2002 Bull. crim. n° 217

²⁰Editions Victoires 2013 page 233

²¹Chambre criminelle 28 novembre 2006, Bull. Crim. n°298

²²Première chambre civile 5 avril 2012, Bull. N° 82

²³Chambre criminelle 6 mai 2003, pourvoi n° 02-82.037

On se reportera également à l'arrêt de la chambre criminelle du 27 février 2001, qui dénie toute immunité à un avocat des parties civiles au procès ouvert devant la cour d'assises de Bordeaux contre Maurice G....., intervenu devant les journalistes du journal de vingt heures pour dire, après avoir quitté la salle d'audience qu'il aurait aimé poser à M. Henri H....., cité en qualité de témoin par la défense, la question de savoir "*ce qu'il faisait quotidiennement dans les réunions de la Propaganda Staffel lorsqu'il était à "La Petite Gironde"*".

Dans un commentaire du jugement rendu, le 14 juin 1999, par la 17^{ème} chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris dans cette même procédure, Bernard Beignier, professeur à la faculté de droit de l'université des sciences sociales de Toulouse écrivait : "*La position des juges est la stricte application de la loi car l'immunité est édictée pour protéger les discours tenus pour convaincre les magistrats alors que le jugement observe que l'avocat avait volontairement quitté la salle d'audience pour aller s'exprimer à l'heure dite, au journal télévisé de vingt heures. Le défenseur avait quelque peu confondu la justice rendue en public et la justice spectacle. Au-delà de cela, il eût été bon de se souvenir qu'en matière de justice, le peuple c'est le jury et non la foule dispersée derrière le petit écran. Petit amalgame entre démocratie et démagogie. L'immunité de l'article 41 est la continuité du principe de contradiction et de l'égalité des armes ; erreur que de vouloir en faire un instrument de violation de ces règles de procédure pénale*²⁴."

*

III.3.2 Application des principes ainsi définis au présent pourvoi :

Franck Johannès a écrit l'article "L'impartialité de la juge Y... mise en cause" alors qu'il était en possession du courrier adressé au Garde des sceaux par Me X... et Me B... qui sollicitaient l'ouverture d'une enquête par l'inspection générale des services judiciaires. Ce courrier n'était pas parvenu à son destinataire et Me B... a toujours soutenu n'avoir eu aucun contact avec le journaliste. Il n'est pas discuté que le journaliste s'est entretenu avec Me X... pour se faire préciser certains points et que celui-ci n'aurait fait que "paraphraser" le courrier précité.

Le courrier litigieux n'a été soumis à aucun juge. Le courrier a été adressé au ministre de la Justice afin qu'il ordonne une enquête administrative confiée à l'inspection des services judiciaires. De même, les propos tenus au journaliste par l'avocat, qui en réitérait les termes, n'étaient pas adressés à une juridiction.

On ne saurait suivre le requérant dans sa démonstration lorsqu'il estime, qu'à défaut de pouvoir saisir une juridiction ou, directement le Conseil supérieur de la magistrature, l'immunité devait jouer pour l'envoi réalisé au ministre, seul à même de pouvoir saisir cette instance, et, a fortiori, lorsqu'il prétend que tant la publication du courrier que les propos tenus à la presse doivent également être couverts par une immunité.

La chambre des appels correctionnels de la cour d'appel de Rouen a, notamment, énoncé pour écarter l'immunité :

²⁴Dalloz 1999, Jurisprudence commentaires "Droit de la Presse et immunités de parole de l'avocat : le piège du "vingt heures" pages 566 /567.

“Le droit à immunité instauré par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 est un droit exceptionnel qui ne saurait qu'être interprété restrictivement et ne peut être étendu en dehors des prévisions de ce texte et les délimitations apportées au champ d'application de cette immunité ne sont pas contraires à la liberté d'expression garantie par l'article 10 paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'homme puisqu'en son second paragraphe ce même article autorise lui-même au contraire que des restrictions puissent être apportées à l'exercice de cette liberté lorsqu'elles constituent des mesures nécessaires notamment à la protection de la réputation ou des droits d'autrui .

“En l'espèce, ainsi que l'ont estimé les premiers juges, la démarche que les avocats de Madame A..... ont cru devoir entreprendre auprès du Garde des Sceaux ne peut en aucune façon s'analyser comme se rattachant à un débat judiciaire quelconque ; l'immunité judiciaire n'est prévue que dans le cadre de toute juridiction où peuvent s'exercer contradictoirement les droits de la défense. Or, en l'espèce, la lettre en date du 6 septembre 2000, qui ne constitue pas un acte de saisine du Conseil Supérieur de la Magistrature et n'est en réalité qu'une correspondance adressée au Ministre de la Justice pour provoquer une enquête de l'inspection générale des services judiciaires sur les dysfonctionnements imputés aux deux magistrats, ne figure pas au nombre des écrits produits devant les tribunaux au sens de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 ; en conséquence, les propos tenus dans cette lettre visant à provoquer, in fine, des sanctions disciplinaires et la reproduction d'un certain nombre de ces propos par l'article du Monde n'étant pas couverts par l'immunité édictée par cet article, la Cour confirme le jugement déféré en ce qu'il a rejeté l'exception d'immunité invoquée par les prévenus”.(Arrêt page 18)

Par l'arrêt du 10 novembre 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait jugé que :

*“Attendu que, pour écarter l'exception d'immunité juridictionnelle invoquée par le demandeur et fondée sur l'article 41, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, l'arrêt relève que le fait de rendre public la démarche entreprise par les avocats d'Elisabeth A..... auprès du Garde des Sceaux, dans le but d'obtenir l'ouverture d'une enquête de l'inspection générale des services judiciaires sur les dysfonctionnements imputés aux deux juges d'instruction initialement chargés de la procédure, ne constitue pas un acte de saisine du Conseil supérieur de la magistrature et ne se rattache pas à un débat mettant en oeuvre l'exercice des droits de la défense devant une juridiction;
Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision” ;*

Dans son arrêt de Grande Chambre du 23 avril 2015, la Cour européenne des droits de l'homme, qui a évoqué le recours formé devant elle, en suite de la décision rendue par la 5^{ème} section de cette même Cour²⁵, a jugé que *“ S'il est incontestable que les propos litigieux s'inscrivaient dans le cadre de la procédure, ils visaient des juges d'instruction définitivement écartés de la procédure lorsqu'il [Me X...] s'est exprimé. La Cour ne décèle donc pas dans quelle mesure ses déclarations pouvaient directement participer de la mission de défense de sa cliente, dès lors que l'instruction se poursuivait devant un autre juge qui n'était pas mis en cause.”*²⁶

²⁵Arrêt du 11 juin 2013

²⁶Paragraphe 15 de l'arrêt

La condamnation de la France par l'arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire considérée n'implique en rien de modifier la jurisprudence de la Cour de cassation élaborée sur le fondement de l'article 41, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881.

La mise en conformité de la France n'implique, en aucun cas, d'accorder aux avocats une immunité pour les propos qu'ils seraient amenés à tenir hors des prétoires. Elle implique uniquement d'interpréter la liberté de parole de l'avocat, pour des propos qui ne sont pas tenus devant une juridiction, conformément au corpus de jurisprudence que la Cour européenne a élaboré sur le fondement de l'article 10 de la Convention, au travers ses arrêts.

Le premier moyen de cassation ne peut qu'être écarté.

*

IV Sur le second moyen de cassation :

Pris de la violation des articles 10 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, 29 et 31, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale, le second moyen de cassation fait grief à la cour d'appel d'avoir déclaré M. X... coupable de complicité de diffamation envers un fonctionnaire à l'encontre de Mme Y.... et de M. Z..... et de l'avoir condamné à des peines civiles et pénales, après avoir écarté l'exception de bonne foi ;

La première branche du moyen relève que les propos incriminés portaient sur le déroulement discutable d'une information judiciaire très médiatisée s'agissant de la mort dans des conditions suspectes d'un magistrat français détaché auprès des autorités djiboutiennes. Eu égard à l'importance du sujet d'intérêt général ainsi abordé, la cour d'appel ne pouvait refuser le bénéfice de la bonne foi quand elle avait, elle-même, relevé la pression exercée par la juge d'instruction sur un témoin, la mise à l'écart systématique des parties civiles et, enfin, les propos adressés par le procureur de Djibouti dénotant une étonnante connivence avec les juges d'instruction ;

La deuxième branche du moyen reproche à l'arrêt d'avoir écarté la bonne foi en analysant plus l'absence d'intérêt de la partie civile à mettre en cause le professionnalisme des deux magistrats, ce qui révélait "un règlement de compte a posteriori", que les termes de l'article lui-même, statuant ainsi par des motifs inopérants;

La troisième branche du moyen souligne que le fait que Me X... ait eu un différend avec l'un des magistrats instructeurs dans une autre procédure ne permettait

pas d'en déduire que celui-ci était mû par une animosité personnelle lorsqu'il s'exprimait sur la façon critiquable dont ce magistrat avait exercé ses fonctions dans le dossier A..... ;

La quatrième branche du moyen fait valoir que les propos de Me X... s'inscrivaient dans la stratégie revendiquée de sa cliente tendant à contester depuis l'origine la thèse du suicide au profit de celle de l'assassinat ; la cour ne pouvait pour écarter le bénéfice de la bonne foi subordonner celle-ci à l'actualité du fait dénoncé ou encore à la circonstance que ce fait aurait entre temps "réparé" ;

La cinquième branche du moyen rappelle que la critique du fonctionnement des institutions de l'Etat, et, donc, du déroulement d'une instruction, n'est pas subordonnée à la prudence dans l'expression ; que ces opinions ne sont pas limitées aux critiques théoriques et abstraites mais peuvent être personnelles dès lors qu'elles reposent sur une base factuelle suffisante. La cour ne pouvait écarter la bonne foi de Me X... en s'arrêtant aux prétendus différends personnels l'opposant à Mme Y... sans s'interroger sur les éléments invoqués par celui-ci, de nature à justifier les critiques adressées en leur qualité aux magistrats instructeurs.

*

Dans son arrêt en date du 23 avril 2015, la Cour européenne des droits de l'homme siégeant dans sa formation la plus solennelle, la Grande chambre, a condamné, à l'unanimité, la France pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme à la suite d'une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression de M. X....

Les première et cinquième branches du second moyen de cassation qui critiquent expressément l'arrêt pour avoir méconnu les dispositions de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée la Convention) telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme - ci-après la Cour européenne - feront principalement l'objet de développements de cet avis.

L'étude du second moyen de cassation suppose, dans un premier temps, de présenter à grands traits la diffamation telle qu'elle est incriminée par l'article 29 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881, mais aussi les moyens de défense possible. Les arguments tant du demandeur que des défendeurs seront ensuite rappelés. Ce cadre posé, l'étude du moyen abordera, tout d'abord, la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 10 de la Convention et notamment la notion de "débat" ou "sujet" d'intérêt général. Elle se poursuivra par l'examen de l'importation de ce critère dans la jurisprudence de la Cour de cassation et, plus particulièrement, celle de la chambre criminelle. La deuxième partie de l'étude consacrée à ce moyen portera sur la liberté d'expression de l'avocat telle qu'elle est consacrée par la jurisprudence de la Cour européenne ainsi qu'en droit interne. La troisième partie permettra de confronter la solution retenue par l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen, approuvée, à l'époque, par la Cour de cassation à celle de la Cour européenne et de proposer, au vu des principes précédemment dégagés, la réponse à apporter au moyen de cassation.

IV.1. Introduction :

IV.1.1 la diffamation en droit interne

L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 définit, en son alinéa premier, la diffamation comme étant *“Toute allégation ou imputation qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé.”* Pour que le délit soit constitué, il est nécessaire que l'imputation ou l'allégation porte sur *“un fait précis²⁷”* ou *“suffisamment précis²⁸”* *“un fait déterminé²⁹”* ou encore *“précis et déterminé,³⁰”* selon les expressions couramment employées par la Cour de cassation. Le fait répond à ces critères s'il peut sans difficulté faire l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire quand bien même une telle preuve ne serait pas admise³¹.

Ainsi que l'a souligné la chambre criminelle, *“il appartient aux juges du fond de relever toutes les circonstances intrinsèques ou extrinsèques aux faits poursuivis que comporte l'écrit qui les renferme, et ce, sous le contrôle de la Cour de cassation qui peut se reporter à l'écrit lui-même afin de vérifier s'il contient les éléments de l'infraction³²”*.

La chambre criminelle rappelle que les juges doivent replacer les passages incriminés dans leur contexte pour en apprécier la nature et la portée : *“en effet, pour apprécier la qualification légale qu'il convient d'appliquer à un écrit présenté comme diffamatoire, les juges doivent prendre en considération non seulement les termes mêmes relevés par l'acte initial de la poursuite, mais encore les éléments extrinsèques de nature à donner aux propos incriminés leur véritable sens et à caractériser l'infraction poursuivie³³”*.

L'imputation portant sur un fait précis, le prévenu qui en rapporte la preuve, ne peut qu'être renvoyé des fins de la poursuite ainsi qu'en dispose l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881. Pour être admis, ce fait justificatif suppose que la preuve ainsi rapportée soit complète, parfaite, corrélatrice à chacune des imputations³⁴.

L'imputation d'un fait précis distingue la diffamation de l'injure qui, à la différence, est constituée par toute expression outrageante, termes de mépris ou invective

²⁷Assemblée plénière du 25 février 2000 pourvoi n° 94-15.486; chambre criminelle du 30 septembre 2003 BC n°172 ; Chambre criminelle 11 février 2003, pourvoi n°01-80.041

²⁸1^{ère} chambre civile 3 mai 2007 Bulletin I n°167; Chambre criminelle 3 avril 2007, pourvoi n° 05-85885 ;

²⁹Chambre criminelle du 5 janvier 2010 pourvoi n°09-84328 ; Chambre criminelle 19 mars 1991, BC n°132, pourvoi n° 90-81621

³⁰Chambre criminelle 16 septembre 2003, BC 161, pourvoi n° 02-85113

³¹Chambre criminelle 28 mars 2006 , BC n° 90 pourvoi 05-80634 ; 14 février 2006, BC n° 40, pourvoi n° 05-82475 ; 16 mars 2004, BC n°67 pourvoi n° 03-82828 ; 29 janvier 1998, pourvoi n° 95-83763

³²Chambre criminelle 11 mars 2008 BC n° 59 pourvoi 06-84712

³³Chambre criminelle 18 octobre 1994, pourvoi n°92-84.994

³⁴Chambre criminelle 14 juin 2000 , Bull. crim. n°225

qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. L'expression d'une opinion ne saurait, de même constituer une diffamation³⁵.

L'élément intentionnel de la diffamation résulte nécessairement des propos tenus dont l'auteur ne pouvait ignorer ni le sens, ni la portée³⁶. Comme le souligne F. Goyet *“elle résulte en effet de la nature même du propos, de l'écrit ou du dessin par lequel se réalise le délit”*³⁷

Outre la preuve de la vérité du fait diffamatoire, la Cour de cassation a créé une circonstance qui permet au prévenu, quand bien même les propos sont diffamatoires, de s'exonérer de sa responsabilité pénale : la bonne foi. Pour être retenue, celle-ci suppose la réunion de quatre composantes : la légitimité du but poursuivi, le sérieux de l'enquête, la prudence dans l'expression et l'absence d'animosité³⁸. L'absence d'un seul de ces critères empêche d'accorder le bénéfice de la bonne foi au prévenu. Toutefois, la Cour de cassation a été conduite à moduler l'application de ces conditions, et, notamment, de la prudence dans l'expression, selon la nature des propos incriminés, débat politique, lutte syndicale, satire ou propos humoristiques, controverse scientifique ou littéraire... mais aussi aux supports ou formes employées : interview, brève, reportage, témoignage³⁹. Dans ce cadre, la Cour de cassation a admis que la critique pouvait être plus vive à l'égard des institutions, des hommes politiques et des fonctionnaires publics.

Depuis un peu moins de dix ans⁴⁰, la Cour de cassation entretient avec la Cour européenne des droits de l'homme un dialogue qui lui fait prendre en compte le niveau de liberté plus grand qu'il convient d'observer lorsque les propos incriminés portent sur *“un sujet d'intérêt général”*.

³⁵Chambre civile 14 mars 2002 Bull II n°46, pourvoi n°99-19238 ; 1^{ère} chambre civile 5 juillet 2005 Bull I 294 pourvoi n°04-11834

³⁶Chambre criminelle 5 octobre 1993, Bull. crim. N° 276

³⁷ F. Goyet , Droit pénal spécial p. 606 n°875 cité par Emmanuel Dreyer Responsabilités civiles et pénale des Médias, Litec 2^{ème} édition, n°203

³⁸Sur la flexibilité et d'adaptabilité du concept de bonne foi on se reportera au commentaire de Pierre Mimin sous un arrêt de la Cour de cassation du 27 octobre 1938 D.P. p. 77 : *“ Si pour asseoir la justification du diffamateur, on réserve les droits de la critique, il faudra réserver les droits de la défense, puis les droits de la lutte électorale, puis les droits de la controverse politique, puis les droits de la morale publique, distinctions rendues superflues par le concept de “bonne foi” qui, accueilli sur ce terrain s'y adapte à la diversité des solutions”*.

³⁹Voir sur ce point le procès en diffamation intenté à Patrick Dills par des fonctionnaires pénitentiaires alors que celui-ci témoignait de sa condition pendant l'exécution de sa peine; CA Paris 11^{ème} chambre B, 16 mars 2006

⁴⁰ Un arrêt de la première chambre civile du 24 octobre 2006 Bulletin n°346, ainsi qu'un arrêt de la chambre criminelle 11 mars 2008 Bull crim. n° 59 sont les premiers à faire directement référence au *“sujet d'intérêt général”* au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

C'est cette confrontation entre les critères traditionnels de la bonne foi et la protection de la liberté d'expression due au débat portant sur un sujet d'intérêt général contre une ingérence excessive de l'Etat qui est au centre du présent pourvoi, après l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme.

IV.1.2 Les arguments des parties

IV.1.2.1. Les arguments du demandeur :

La première branche du moyen soutient que M. X... s'est exprimé sur le traitement judiciaire d'une affaire dramatique, médiatisée de longue date pour dénoncer la manière discutable dont l'instruction avait été conduite. Alors que Me X..., conseil des parties civiles se fondait sur nombre d'éléments relevés par l'arrêt, de la cour d'appel, les juges du second degré ne pouvaient retenir, au regard de l'importance du sujet d'intérêt général traité, qu'il avait excédé les limites de la liberté d'expression.

La cinquième branche du moyen soutient également que l'expression de critiques sur le fonctionnement d'une institution fondamentale de l'Etat, et, notamment, le déroulement d'une information pénale, n'est pas subordonnée à la prudence dans l'expression de la pensée. Elle n'est pas, non plus, limitée à un droit de critique théorique et abstrait, dès lors que les propos peuvent se fonder sur une base factuelle suffisante. La cour d'appel ne pouvait ignorer les éléments avancés par le prévenu pour fonder ses critiques et s'arrêter aux prétendus différends personnels l'opposant aux juges d'instruction, sans méconnaître les dispositions de l'article 10 de la Convention.

Dans son mémoire ampliatif, le demandeur s'étonne de ce que l'arrêt n'ait, à aucun moment, évoqué l'importance de l'enquête que les juges d'instruction, parties civiles dans la présente procédure de diffamation, conduisaient. Il rappelle que la Cour européenne a reconnu le droit du public d'être informé, y compris, par l'avocat dans l'affaire, sur les activités des autorités judiciaires. Dans une procédure de diffamation introduite par les mêmes parties civiles contre le journal Libération, qui avait rendu compte d'une conférence de presse du 13 mars 2000 tenue par Mme A..... et M. X... sur le même sujet, la Cour européenne a déjà rappelé que *“la marge d'appréciation des juridictions nationales sur des propos relatifs à l'instruction d'une affaire pénale délicate, qui a connu, dès son commencement et jusqu'à ce jour, un retentissement médiatique particulièrement important, était restreinte”*.

Les conseils du demandeur soulignent dans la cinquième branche du moyen que la diffamation est nécessairement une attaque personnelle et que le traitement d'un sujet d'intérêt majeur suppose que l'on dispose d'une liberté réelle pour l'aborder et, non, théorique. Elle rappelle que la chambre criminelle avait admis dans un arrêt que la critique du fonctionnement des institutions fondamentales de l'Etat n'était pas nécessairement subordonnée à la prudence dans l'expression⁴¹. La Cour européenne est venue rappeler cette exigence sur laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation semblait être, pour partie, revenue.

⁴¹Chambre criminelle 23 mars 1978, Bull; crim. n°115 jurisprudence dite “ Foyer”

IV.1.2.2. Les arguments des défendeurs

Les défendeurs soulignent que la Cour européenne des droits de l'homme a toujours insisté sur le rôle particulier des avocats dans le fonctionnement de la justice. Ils doivent avant tout s'exprimer dans les prétoires, avant de s'exprimer dans la presse et, s'ils le font, ils doivent user de modération à l'égard des magistrats du siège qui ne sont pas leurs adversaires et ne peuvent répliquer.

Pour les parties civiles, Me X... leur a imputé des fautes d'une très grande gravité : la rétention délibérée d'une pièce de la procédure, la vidéo tournée à Djibouti lors de leur transport, d'une part, une connivence scandaleuse avec le procureur de Djibouti impliquant un comportement partial et déloyal au mépris des devoirs de leur charge, d'autre part. La Cour a parfaitement mis en exergue l'absence d'intérêt légitime de l'avocat dans cette démarche. Elle était inutile dans la mesure où les juges d'instruction avaient été dessaisis au profit de M. Parlos et la cassette litigieuse versée au dossier, le premier août. La démarche ne se concevait que par sa concomitance avec la saisine de la chambre de l'instruction par Me X... dans une autre procédure dite "de l'église de Scientologie" instruite par Mme Y..., déjà soupçonnée d'être à l'origine de disparition de pièces. Les propos excessifs et virulents, portant atteinte non seulement à la réputation mais aussi à la présomption d'innocence des deux juges, ne pouvaient, donc, être justifiés. Au demeurant, la preuve de la rétention volontaire de la cassette vidéo n'a pas été rapportée et "le jugement de valeur" sur la prétendue partialité des magistrats instructeurs ne relevait d'aucune base factuelle sérieuse.

IV.2 La protection de la liberté d'expression quand est en cause un "débat" ou "sujet" d'intérêt général au plan européen et national

IV.2.1. La protection élevée du droit à la liberté d'expression accordée par La Cour européenne des droits de l'homme lorsque est en cause "un sujet d'intérêt général"

IV.2.1.1. Le contrôle exercé par la Cour européenne sur la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression

L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose :

"1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

"2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la

réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire”.

Pour Pascal Dourneau-Josette, chef de division à la Cour européenne⁴², *“une valeur contenue dans la Convention est essentielle et indiscutable”*, elle doit recevoir une application *“concrète et effective”* et non *“théorique et illusoire”*, d’où le contrôle qui a été confié à la Cour européenne des droits de l’homme, faute duquel *“la Convention se réduirait à un texte déclaratoire”*. La Cour européenne doit s’assurer que les autorités nationales, de par leur interprétation, ne vident pas la Convention de sa substance, ce qui délimite la marge de manoeuvre de celles-ci.

Le principe posé est celui de la liberté d’expression ; c’est comme le souligne cet auteur *“un principe fort et déterminant”* : partant, toute atteinte et, a fortiori, toute condamnation devrait rester réellement exceptionnelle⁴³.

Dans l’arrêt Handyside/ Royaume-Uni la Cour européenne a jugé que : *“Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi”*⁴⁴.

Si le droit la liberté d’expression peut connaître des restrictions prévues par la loi et répondant à l’un des objectifs énumérés par le deuxième paragraphe de l’article 10 de la Convention, la Cour européenne a toujours jugé que ces exceptions étaient d’interprétation étroite⁴⁵. La liberté d’expression constitue, selon celle-ci, *“l’un des fondements essentiels d’une société démocratique, l’une des conditions primordiales de son développement et de l’épanouissement de chacun”*⁴⁶.

Dès l’origine, la Cour européenne a affirmé l’étendue de son contrôle. Celui-ci ne porte pas uniquement sur la décision attaquée, il s’exerce à la lumière de l’ensemble de l’affaire, y compris le contexte dans lequel les écrits litigieux ont été rédigés⁴⁷.

La Cour vérifie si, au regard du contexte dans son ensemble, l’ingérence litigieuse est nécessaire au sens de l’article 10§2, si elle correspond à un *“besoin social impérieux.”*

⁴²In *“la notion de “débat d’intérêt général” dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme; Légipresse n°323, janvier 2015 pages 25 et s...*

⁴³Idem note 15

⁴⁴Arrêt Handyside contre Royaume Uni 7 décembre 1976 requête n° 5439/72, §49

⁴⁵Voir entre autres Piermont contre France du 27 avril 1995 série A n° 314 §76; ou plus récemment Paturel / France, arrêt du 22 décembre 2005 requête n° 54968/00 §43 : *“Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent également une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante.”*

⁴⁶Arrêt Lingens contre Autriche 8 juillet 1986, requête n° 9815/82, §41

⁴⁷Arrêt Lingens contre Autriche précité §40 ; Handyside 7 décembre 1976 requête n°5493/72, §50

Elle doit être fondée sur des motifs pertinents et suffisants pour la justifier et proportionnée au but légitime poursuivi⁴⁸. *“La Cour doit se convaincre que les autorités ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l’article 10, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents⁴⁹”*.

La Cour européenne a toujours insisté sur le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique : *“il lui incombe de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités des informations et des idées sur toutes les questions d’intérêt général, y compris celles qui concernent le fonctionnement du pouvoir judiciaire⁵⁰”*.

Cette notion de question d’intérêt général apparaît des les arrêts fondateurs de la Cour européenne qui interprètent l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme. Dans les arrêts Jersild contre Danemark⁵¹, Goodwin contre Royaume Uni⁵², de Haes et Gisels contre Belgique,⁵³ la Cour européenne a affirmé qu’à la fonction de la presse qui consiste à communiquer des informations et des idées sur des questions d’intérêt public, s’ajoutait le droit du public d’en recevoir.

Dans l’arrêt Lingens contre Autriche, la Cour insistait avec force sur le fait que, si *“la presse ne doit pas franchir les bornes fixées en vue de la “protection de la réputation d’autrui”, il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l’arène politique, tout comme sur celles qui concernent d’autres secteurs d’intérêt public”*.⁵⁴

IV.2.1.2. Le renforcement de la protection de la liberté d’expression quand est débattue une “question d’intérêt général”

Si le principe posé par la Convention européenne des droits de l’homme est la liberté d’expression, la Cour européenne a encore accentué la protection qui doit être accordée à celle-ci dans deux domaines : le discours politique et les questions d’intérêt général.

⁴⁸Voir Lindon Otchakovsky Laurens et July contre France 22 octobre 2007, requête 21279/02 §45 ou encore, Pedersen et Baadsgaard c. Danemark du 17 décembre 2004, n° 49017/99, §§ 68-71

⁴⁹X... contre France, arrêt de la 5^{ème} section du 11 juillet 2013, requête n° 29369, §97

⁵⁰Arrêt de Haes et Gisels / Belgique 24 février 1997

⁵¹23 septembre 1994 série A n° 298 §31

⁵²27 mars 1996, §39

⁵³24 février 1997 §39

⁵⁴ Arrêt Lingens contre Autriche §41

La protection du débat politique ainsi que des questions concernant des secteurs d'intérêt public ressort dès les premiers arrêts de la Cour. *“Les intérêts de la libre discussion des questions politiques impliquent que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique qui s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que la masse des citoyens”*⁵⁵. Elle ne cessera d'être réaffirmée par la suite, la Cour européenne énonçant constamment que ces deux domaines devaient bénéficier d'un degré élevé de protection. Ainsi, dans l'arrêt Vellutini et Michel contre France,⁵⁶ la Cour européenne rappelle que lorsque *“les propos litigieux trouvent leur place dans un débat d'intérêt public, [domaine dans lequel] la Convention ne laisse guère de place à des restrictions au droit à la liberté d'expression”*. Cette formulation se retrouvait déjà dans les arrêts Sürek c. Turquie⁵⁷, ou encore Lindon Otchakovsky-Laurens et July contre France⁵⁸.

De même, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard des fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour les simples particuliers. Toutefois, la Cour européenne a toujours estimé que l'on ne saurait dire que les fonctionnaires s'exposent sciemment à un contrôle de leurs faits et gestes exactement comme les hommes politiques et qu'ils devraient être, dès lors, traités sur un pied d'égalité avec ces derniers lorsqu'il s'agit des critiques de leur comportement⁵⁹.

Toute personne qui s'engage dans un débat d'intérêt général, si elle est tenue de ne pas dépasser certaines limites notamment, quant au respect de la réputation d'autrui, peut recourir à une certaine dose d'exagération voire de provocation, c'est à dire être quelque peu immodérée dans ses propos⁶⁰. La gravité éventuellement susceptible de caractériser certains propos⁶¹ ou une certaine hostilité⁶² ne font pas disparaître le droit à une protection élevée compte tenu de l'existence d'un sujet d'intérêt général.

La Cour européenne a, ainsi, condamné la France dans l'affaire Paturel⁶³, pour violation de l'article 10 car l'intéressé, témoin de Jéhovah, devait être admis à critiquer, en termes parfois hostiles, l'association UNADFI⁶⁴ sur un sujet d'intérêt général relatif aux sectes. Cette question fait l'objet de controverses en Europe et l'association

⁵⁵Idem note 8 § 42

⁵⁶ Arrêt du 6 octobre 2011 requête n° 37

⁵⁷Sürek c. Turquie [no 1] 8 juillet 1999, requête n° 26682/95, § 61

⁵⁸Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France arrêt de Grande Chambre 22 octobre 2007, n° 21279/02 et 36448/02, § 46,

⁵⁹ Thoma contre Luxembourg requête n° 38432/97 §47 voir aussi Janowski contre Pologne, requête n° 25716/94 §33

⁶⁰Idem note 13 §56 ou encore Mamers c. France arrêt du 7, novembre 2006, requête n° 12697/03 § 25

⁶¹Arrêt Thoma c. Luxembourg du 29 mars 2001, requête n° 38432/97 §57

⁶²Arrêt E.K. contre Turquie 7 février 2002, requête n° 28496/95, § 79-80,

⁶³Arrêt Paturel c. France du 22 décembre 2005, requête n° 54968/00, § 42,.

⁶⁴Union nationale des associations de défense des familles et de l'individu

concernée était, elle-même, descendue dans l'arène publique de par son engagement et ses positions. Toutefois, quelle que soit la vigueur des luttes politiques, il est nécessaire de conserver un minimum de modération et de bienséance, aucun débat quel qu'il soit ne peut dégénérer en un appel à la haine⁶⁵, à la violence⁶⁶.

IV.2.1.2.1. Le concept de débat sur une question ou un sujet d'intérêt général

La Cour européenne des droits de l'homme ne définit pas ce qu'elle qualifie de "sujet d'intérêt général" ou encore de "débat" ou de question "d'intérêt général". François Lyn, maître de conférences à l'université de Limoges ⁶⁷ a pu ainsi s'interroger: *"Comment, rationnellement, déterminer ce qui relève ou non d'un débat d'intérêt général? Certes la jurisprudence permet d'identifier différents domaines dans lesquels la notion a prospéré. Mais des incertitudes demeurent, qui sont liées à son élasticité, empêchant ainsi d'en préciser les contours."* Un autre auteur, Cédric Michalski écrit aussi qu' *"est d'intérêt général ce que le juge désigne comme tel"* soulignant que le principe avait soulevé des objections au sein même de la Cour. Les juges Palm, Pekkanen et Makarczyk dans leur opinion dissidente qui accompagnait l'arrêt Otto Preminger - Institut c. Autriche⁶⁸ avaient souligné qu'il *"ne devrait pas être loisible aux autorités de l'Etat de décider si une déclaration donnée est de nature à "contribue[r] à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain"; semblable décision ne peut que subir l'influence de l'idée que se font les autorités du "progrès"*⁶⁹. Ce même auteur a pu écrire que *"l'intérêt général dépend en réalité de "l'arbitraire"⁷⁰ du juge, même s'il se fonde sur des éléments récurrents qui permettent d'en délimiter, mais à la marge, les limites de la notion⁷¹".*

Bertrand de Lamy professeur à l'université de Toulouse I Capitole écrit quant à lui que le concept [de débat sur des questions d'intérêt général], *"omniprésent dans le contentieux européen fondé sur l'article 10 de la Convention, n'est pas pour autant*

⁶⁵Feret/ Belgique du 16 juillet 2009, requête n° 15615/07

⁶⁶Voir sur ce point les arrêts Sürek/ Turquie (1) §§62 et 63 et Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France §57 précités

⁶⁷Légipresse n° 317 juin 2014 "Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de Strasbourg - 1^{ère} partie : l'identification de la notion européenne de débat d'intérêt général

⁶⁸Arrêt du 20 septembre 1994 n° 13470/87

⁶⁹AJ Pénal janvier 2013, p. 21 : "Liberté d'expression et débat d'intérêt général Analyse critique par Cédric Michalski, avocat au barreau de Mulhouse, chargé d'enseignement au centre universitaire d'enseignement du journalisme (CUEJ -Strasbourg)

⁷⁰ L'auteur renvoyant au sens et à la définition de l'expression donné par la Cour européenne elle-même dans le §75 de l'arrêt Margareta et Roger Andersson du 20 janvier 1992 n° 12963/87 §75 : *"Une loi qui confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à cette exigence [la prévisibilité], à condition que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire."*

⁷¹ Cédric Michalski, article précité

défini; son irréductible subjectivité le rendant rétif à toute délimitation claire.⁷²” Ou, encore, le débat sur une question d’intérêt général est “ trop protéiforme pour se laisser enfermer dans une définition. Il s’agit d’ailleurs peut être moins d’une notion substantielle, réductible à une définition objective, que d’un élément contextuel ayant une incidence sur la nature de l’appréciation opérée par le juge européen”. Cet universitaire notait que l’impossibilité de poser une définition du critère européen ne facilitait pas la prévisibilité des solutions, tout en se demandant s’il pouvait en être autrement : “Est-il en effet de l’office du juge européen d’indiquer les sujets qui relèvent, dans une démocratie, de l’intérêt général ? Il y a parfois, plus de risques à tenter de poser une définition, ne pouvant être qu’hasardeuse, qu’à laisser les solutions se construire au fur et à mesure des espèces, nées du kaléidoscope de l’association des mots.”⁷³

Il semble évident à Pascal Dourneau-Josette, chef de division à la Cour européenne “qu’une définition serait nécessairement imparfaite et réductrice : l’activité humaine et le fonctionnement des sociétés, notamment les sociétés démocratiques, qui nous intéressent ici, génèrent une infinie variété de situations qui tôt ou tard s’échappent du cadre”. (...) Pour cet auteur, “Les juges internes disposent des principes d’interprétation de la Convention, ainsi que des principes d’application de l’article 10 de la Convention. Or, la référence à la société démocratique, aux interprétations étroites des restrictions, aux hypothèses dans lesquelles une protection encore plus grande conduit parfois, sans aucun doute, à réduire la marge d’appréciation, témoigne d’une vision particulièrement protectrice du droit à la liberté d’expression et constitue autant de jalons qui indiquent la direction à suivre au juge interne. Ce dernier dispose donc, avec les critères utilisés par la Cour, des outils nécessaires pour appliquer la Convention, sans qu’il soit nécessaire à vouloir à tout prix faire rentrer cette jurisprudence européenne, au prix de multiples contorsions qui ne peuvent finalement que la déformer, dans le cadre de concepts ou de critères internes inadaptés⁷⁴.”

On l’a compris, ce haut fonctionnaire de la Cour européenne suggère de privilégier la démarche de la Cour européenne, pour ne pas dire d’abandonner nos modes de raisonnement, et notamment le recours au concept de “bonne foi” dont les critères seraient “loin d’offrir un degré de précision et de prévisibilité supérieur, tant il renvoie pour le moins à la subjectivité du juge au moment d’utiliser les critères.”

Il n’est pas certain que cette opinion, dans sa radicalité, doit être entièrement approuvée. Si le juge interne ne peut que prendre en considération la démarche interprétative de la Cour européenne, il n’en est pas pour autant réduit à abandonner la jurisprudence qu’il a façonnée pendant plus d’un siècle. Il a su adapter la notion de bonne foi aux évolutions de la société, à l’apparition de nouveaux médias. Celle-ci doit évoluer pour intégrer les critères européens.

*

Dès l’arrêt Lingens contre Autriche, la Cour européenne, dès 1986, avait relevé

⁷²Légipresse n° 323 janvier 2015 “Droit de la presse et informations d’intérêt général” pages 17 et s...

⁷³Même article que note ci-dessus

⁷⁴In “la notion de “débat d’intérêt général” dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme; Légipresse n°323, janvier 2015 pages 25 et s...

qu'il incombait à la presse de "*communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public.*" En l'espèce, le débat portait sur le passé d'hommes politiques autrichiens au cours de la seconde guerre mondiale, et sur l'attitude du président de la République qui avait qualifié les révélations de Simon Wiesenthal sur le passé d'un responsable de parti politique de "méthode de mafia".

Le débat à la fois "sur la vie politique, la vie publique" portait sur la critique, qui ne peut qu'être plus large des hommes politiques mais aussi, sur une question importante pour l'Autriche, constituant une question d'intérêt général : l'attitude de ses hommes politiques au cours de la seconde guerre mondiale. Débat sur la chose politique, débat d'intérêt général sont très entremêlés. Le débat sur la chose publique bénéficie d'une protection plus grande par la Cour au même titre que le débat sur un sujet d'intérêt général. Les questions de société, le fonctionnement des institutions et, notamment, de la justice sont indéniablement des sujets d'intérêt public.

En dresser le champ d'application est sans doute illusoire tant la casuistique est variée. Pour se limiter à quelques affaires concernant la France, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré comme étant des sujets d'intérêt général : la santé publique (Affaire Mor), l'environnement (Mamère c. France⁷⁵), la justice (July et SARL Libération ou encore, Roland Dumas contre France, Tourancheau et July contre France⁷⁶ Du Roy et Malaurie c. France⁷⁷), une "affaire d'Etat" (Dupuis et autres c. France⁷⁸), l'histoire (Orban et autres contre France⁷⁹, Lehideux et Isorni contre France, Chauvy et autres c. France⁸⁰), la transparence des hommes politiques et leur aptitude à diriger (Éditions Plon / France⁸¹), les agissements d'un élu, ou encore, la responsabilité d'un parti dans le développement du racisme (Brunet-Lecomte/ France⁸² ; Lindon Otchakovsky-Laurens contre France⁸³), les controverses sur des associations qualifiées de sectes (Paturel contre France précité), le salaire d'un dirigeant d'une grande entreprise alors que les salariés sont en grève pour obtenir une augmentation de leur rémunération (Fressoz et Roire contre France⁸⁴).

⁷⁵Arrêt du 7 février 2007, requête n° 12697/03

⁷⁶Arrêt du 24 novembre 2005 requête n° 53886/00

⁷⁷Arrêt du 3 octobre 2000, requête n° 34000/96

⁷⁸Arrêt du 7 juin 2007, requête n° 1914/02

⁷⁹Arrêt du 15 janvier 2009, requête n° 20985/05 - Publication de l'ouvrage " services spéciaux Algérie 1955-1957" publication du témoignage du général Aussarresse -débat de nature historique portant sur un sujet d'intérêt général bien que sensible et polémique , portant sur l'usage de la torture au cours de la guerre d'Algérie.

⁸⁰Respectivement arrêts des 23 septembre 1998 - requête 55/1997/839/1045 et 29 juin 2004, requête n° 64915/01

⁸¹Arrêt du 18 mai 2004, requête n° 58148

⁸²Arrêt du 8 octobre 2009 (requête n° 12662/06)

⁸³Arrêt du 22 octobre 2007 requête n° 21279/02 et 36448/02 §48

⁸⁴Arrêt du 21 janvier 1999, requête n° 29183/95

Le sujet traité n'intéresse pas nécessairement l'ensemble du pays mais peut être d'intérêt local ou régional : la gestion de la mosquée de Lyon et son financement (Chalabi⁸⁵ c. France), une fraude électorale dans un arrondissement de Paris (Brasiliere contre France⁸⁶), un débat sur les finances locales (de Lesquen du Plessis -Casso/France).

En revanche, les informations qui ne tendraient qu'à satisfaire la curiosité gratuite d'un certain public ne sauraient constituer un sujet d'intérêt général. Il en est, en général, ainsi des informations relatives à la vie privée d'hommes politiques ou de fonctionnaires que l'actualité place sur le devant de la scène. On se reportera, à cet égard, à l'arrêt *Leempoel SA et E.D. Ciné Revue c. Belgique* par lequel la Cour européenne a jugé que ne relevait pas du débat sur une question d'intérêt général, la publication des notes et documents personnels d'une juge dont la commission d'enquête sur l'affaire Dutroux qui procédait à son audition avait exigé la remise tout en garantissant la confidentialité : ces notes ne portaient que sur la préparation de la défense de cette magistrate ou sur des éléments de sa vie privée et n'étaient pas de nature à enrichir le débat public⁸⁷. Il n'en est, toutefois, pas de même des informations relatives à la vie privée d'une personne publique qui peuvent se rattacher à ses activités officielles.

On ajoutera que la Cour européenne prend en compte de manière importante l'écho médiatique qui a entouré une question. Cette considération pour la "publicité" "la diffusion" données à une information semble, de manière surprenante, lui permettre d'acquérir le statut de question d'intérêt général ou public. Si la garantie attachée à la liberté de tels propos par la Cour européenne est accrue, la protection d'autres droits tout autant garantis par la convention peuvent s'en trouver affectés : droit à la présomption d'innocence, droit à la réputation. On se reportera à cet égard à l'article de Jean-Pierre Marguénaud⁸⁸, "*De l'extrême relativité des devoirs et responsabilités des journalistes d'investigation*" à propos de la consécration du journalisme "d'investigation" au détriment de la présomption d'innocence dans l'affaire Dupuis et autres contre France : "*Sans contester en quoi que ce soit la gravité des faits révélés dans cette affaire fortement médiatisée, [l'affaire dite des écoutes de l'Elysée] il sera permis de faire remarquer la perversité du mécanisme médiatique auquel la Cour de Strasbourg apporte sa bénédiction. Dans un premier temps, la presse révèle des faits troublants entourés d'un halo de mystère ; dans un second temps, la presse provoque, à partir de ces faits troublants, l'émotion de l'opinion publique ; une fois cette émotion créée et savamment entretenue, la presse, grâce à son corps d'élite que sont les journalistes d'investigation, est fondée, au nom de l'intérêt légitime du public, à vérifier si son émotion était justifiée, à mener et à publier toutes les enquêtes nécessaires en s'affranchissant de ses "devoirs et responsabilités", en particulier de celui de respecter les droits de la défense et le droit à la présomption d'innocence des personnes dénoncées devant l'opinion publique. Comme on le voit, il s'agit moins d'une immunité pénale que d'un mécanisme d'auto-immunisation médiatiquement mis en place au bénéfice de la presse qui, contrôlant toutes les étapes du processus, n'a plus à demander à personne l'autorisation de la libérer des devoirs et responsabilités auxquels elle est normalement tenue*".

⁸⁵Arrêt du 18 septembre 2008 requête n° 35916/04

⁸⁶Arrêt du 11 avril 2006, requête n° 71343/01

⁸⁷Arrêt du 9 novembre 2006 *Leempoel SA et E.D. Ciné Revue c. Belgique* requête n° 64772/01 §91

⁸⁸Dalloz 2007 page 2506

*

IV.2.1.2.2. Les moyens de défense qui doivent être offerts par la loi

Les personnes qui sont poursuivies à raison d'un abus de la liberté d'expression incriminé par la loi doivent, outre la plus grande protection accordée à certains discours ou écrits, se voir réserver les moyens de défense adéquats. Dès les arrêts Lingens⁸⁹ et Oberschlick (n° 1)⁹⁰ contre Autriche, la Cour européenne a fait la distinction entre "les déclarations de fait" et "les jugements de valeur." La matérialité des premières doit pouvoir être établie, prouvée. Au contraire, les jugements de valeur ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude. La cour estime donc que : *"pour les jugements de valeur, l'obligation de preuve est donc impossible à remplir et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10 de la Convention"*.

La compréhension du concept de "jugement de valeur" n'est pas aisée. La terminologie heurte : elle fait écho à une opinion qui ne saurait être constitutive du délit de diffamation. Il faut pourtant parvenir à concilier la diffamation telle qu'elle est incriminée par la loi du 29 juillet 1881, qui suppose pour être constituée, une allégation ou imputation d'un fait précis et la notion de jugement de valeur prise en compte par la Cour européenne.

L'enjeu est d'autant plus important que la Cour européenne a tendance à considérer que les propos diffamatoires portant sur des sujets d'intérêt général constituent plus des jugements de valeur que des déclarations de fait. On se reportera, entre autres, à l'arrêt Paturel c. France⁹¹.

Dans un arrêt de Lesquen du Plessis Casso contre France (n°2)⁹², la Cour européenne donne quelques explications qui permettent d'appréhender un peu mieux ce concept.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : le Maire de Versailles avait convié ses administrés à participer à une cérémonie en hommage aux auxiliaires de l'armée française pendant la guerre d'Algérie. Henry de Lesquen du Plessis Casso, conseiller municipal de la ville avait adressé au maire une lettre ouverte, diffusée sur internet, par laquelle il se disait scandalisé que celui-ci préside une telle cérémonie. Il lui faisait grief, d'avoir dans sa jeunesse, retardé sa demande de naturalisation française alors qu'il était déjà engagé dans la vie politique en tant qu'attaché parlementaire.

"Une éminente personnalité versaillaise" lui avait confié qu'il avait attendu la fin du

⁸⁹Arrêt du 8 juillet 1986 § 46 précité

⁹⁰Arrêt du 23 juillet 1991 §63 précité

⁹¹Arrêt du 22 décembre 2005, requête n° 54968/00 §37

⁹²Arrêt du 30 janvier 2014, requête n° 34400/10

conflit pour effectuer cette démarche afin de ne pas avoir à effectuer son service national et d'avoir à servir en Algérie. Il lui reprochait de ne pas avoir voulu se battre aux côtés des Harkis, d'avoir choisi de désertier le combat et de se livrer à une tentative de récupération politique.

Saisie par Henry de Lesquen du Plessis Casso, condamné pour diffamation, la Cour européenne a estimé que la contestation de la légitimité du maire pour organiser une telle cérémonie, en raison de la décision prêtée à ce dernier d'avoir retardé sa naturalisation afin de ne pas avoir à servir sous les drapeaux français pendant la guerre d'Algérie, constituait un jugement de valeur. La Cour prend en considération le fait que l'allégation résulte du lien avec la motivation prêtée à l'intéressé dans le choix du moment de la demande d'acquisition de la nationalité française. Elle considère que la base factuelle n'est pas inexistante dans la mesure où la chronologie des événements n'est pas contestée (arrêt § 34). Le début du paragraphe suivant explique encore mieux le raisonnement de la Cour : Henry de Lesquen du Plessis Casso a d'une part révélé que le maire avait acquis la nationalité française après la fin de la guerre d'Algérie, il en a déduit la possibilité d'un calcul de celui-ci afin d'éviter d'être enrôlé dans l'armée et de participer à ce conflit. Cette déduction à partir d'une chronologie constitue un jugement de valeur.

En revanche, lorsque, pour accentuer la crédibilité et la force de cette assertion, Henry du Plessis Casso a invoqué des propos prêtés à "une éminente personnalité versaillaise" selon laquelle "E.P. qui était de nationalité étrangère avait attendu la fin de la guerre d'Algérie pour demander sa naturalisation", a placé cette formule entre guillemets et l'a attribuée à une importante personnalité locale, le requérant avait affirmé l'existence d'un fait dont la réalité prêtait à démonstration, à la différence des conclusions qu'il en avait tirées sur les motifs et les intentions du maire qui constituaient un jugement de valeur (paragraphe 35).

L'opinion dissidente et incisive de l'une des juges de la Cour⁹³, contestant qu'en l'espèce il y ait eu une déclaration de fait, met en évidence la difficulté de tracer la frontière, parfois ténue, qui sépare le jugement de valeur de la déclaration de faits.

Une autre illustration de la distinction entre les deux notions est fournie par l'arrêt A/S Diena et Ozolin contre Lettonie⁹⁴. Le Journal Diena avait publié 53 articles sur les décisions prises par un ministre du gouvernement. Aucun des faits avancés dans ces articles n'était contesté par le gouvernement. Sur la base de ces éléments factuels, un éditorialiste a publié sept papiers dans le même journal où il concluait que le ministre avait abusé de son autorité pour tirer un gain personnel de la privatisation d'une société.

Pour conclure qu'il s'agissait d'un jugement de valeur la Cour a énoncé :
"Le Gouvernement reconnaît que les cinquante-trois articles informatifs parus dans Diena ont servi de base factuelle aux allégations de M. Ozolins, et il n'apparaît pas qu'il ait évoqué un seul fait qui ne figurât déjà dans ces articles."

En revanche, ce qui a été reproché à ce requérant, c'est d'avoir mis ensemble les cinq

⁹³Mme la juge Power-Forde

⁹⁴Requête n° 16657/03 arrêt du 12 juillet 2007

éléments susvisés et d'en avoir tiré la conclusion selon laquelle M. Strujevics, mu par un intérêt personnel, tentait d'opérer un détournement de pouvoir au profit de certains opérateurs économiques. Or, aux yeux de la Cour, une telle conclusion portant sur les motifs et les intentions éventuelles d'autrui constitue un jugement de valeur et non une imputation factuelle qui se prêterait à démonstration(§81 de l'arrêt).

La Cour européenne fait dans tous ses arrêts la distinction entre “les déclarations de fait” et les “jugements de valeur”.⁹⁵ Exiger, pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, qu'il faille établir la preuve de la vérité du fait diffamatoire comme en dispose l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, est donc, en soi, contraire à la Convention lorsqu'un jugement de valeur est en cause.

L'architecture du droit de la presse et, notamment de la loi du 29 juillet 1881, n'est pas pour autant “condamnée”, dans la mesure où l'auteur d'une diffamation peut toujours s'exonérer de sa responsabilité pénale en établissant sa bonne foi ainsi que nous l'avons indiqué dans l'introduction à ces développements.

On ne peut, toutefois, faire l'économie de la contradiction apparente entre la diffamation qui, pour être établie implique l'imputation d'un fait précis, par définition, susceptible de la preuve de la vérité et un jugement de valeur au sens de la Cour européenne.

La contradiction n'est pas irréductible. Le “jugement de valeur” au sens de la Cour européenne apparaît sous la forme d'une assertion qui, certes, traduit une opinion, mais est aussi étayée par un certain nombre d'éléments qui doivent venir à son soutien et permettent de l'avoir énoncée comme possible avec une certaine pertinence ou, en tout cas, sans une mauvaise foi patente.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle, en effet, que “*même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une base factuelle pour la déclaration incriminée puisque même un jugement de valeur totalement dépourvu de base factuelle peut se révéler excessif.*”⁹⁶

Il faut convenir que dans la majeure partie des cas la Cour européenne écarte la déclaration de fait au profit du jugement de valeur ce qui permet plus aisément au requérant de s'exonérer de sa responsabilité. On en trouve un parfait exemple dans l'examen par la Cour européenne de l'affaire Paturel contre France.

Celle-ci a vérifié la qualification donnée aux assertions par les juridictions nationales ainsi que la portée donnée aux propos litigieux : “*Contrairement au tribunal correctionnel et à la cour d'appel de Paris, la Cour estime que les déclarations incriminées dans la présente affaire reflètent des assertions sur des questions d'intérêt public et constituent à ce titre des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait. Tel est le cas, notamment, des extraits relatifs aux thèses qui animeraient les dirigeants de l'association partie civile (1° et 4° passages incriminés), à la récupération de la détresse humaine et au recrutement de membres au travers d'émissions médiatisées (2°*

⁹⁵Voir notamment Paturel contre France précité §35

⁹⁶ Paturel/ France précité §36 ; Alfantakis / Grèce 11 février 2010; et plus ancien, Jerusalem c. Autriche requête n° 26958 / 95 §42; Feldek c. Slovaquie, no 29032/95, §§ 75-76, CEDH 2001-VIII)

passage), à l'accusation de parti pris et de manipulation du public (3^o passage). De même, lorsque le tribunal correctionnel, par des termes repris à son compte par la cour d'appel, reproche au requérant d'accuser la partie civile de détournement de fonds publics (cinquième passage litigieux), force est de reconnaître que de telles accusations n'ont pas été proférées par le requérant : ce dernier s'est contenté de citer un extrait d'un communiqué de presse d'une fédération expressément désignée, sans ajouter un quelconque commentaire personnel susceptible de fonder l'interprétation des juges internes ; de plus, la citation litigieuse, manifestement sortie de son contexte, n'impute en réalité aucun fait précis de détournement de fonds publics à la partie civile, mais reprend simplement la thèse générale du livre selon laquelle de nombreux mouvements philosophiques et religieux minoritaires seraient victimes d'intolérance et de discriminations dans le cadre de la lutte contre les sectes⁹⁷.”

Qualifier de jugement de valeur une assertion, permet une plus grande liberté d'expression ; il suffit pour l'énoncer d'être en possession d'éléments factuels suffisants qui la rendent possible. Il n'est pas nécessaire d'en rapporter la preuve de la vérité.

*

IV2.1.2.3. Le fonctionnement des juridictions “sujet d'intérêt général”

Le fonctionnement de la justice constitue indéniablement un sujet d'intérêt général aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit d'une institution régalienne, essentielle dans un Etat régi par la règle de droit.

Ainsi, en a jugé la Cour européenne, dans l'arrêt *Serge July et Sarl Libération* du 14 février 2008⁹⁸. Cet arrêt concernait déjà le compte-rendu d'une conférence de presse du 13 mars 2000 donnée par Mme A....., ses avocats Me X... et Me B.... en présence de représentants de trois syndicats de magistrats, au sujet de la même instruction. La Cour avait souligné que *“la presse représente l'un des moyens dont disposent les responsables politiques pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur est confiée.”* Elle soulignait *“qu'il en allait tout particulièrement ainsi en l'occurrence, les propos tenus lors de la conférence de presse concernant directement l'instruction d'une affaire pénale délicate qui a connu, dès son commencement et jusqu'à ce jour, un retentissement médiatique particulièrement important. La Cour doit donc faire preuve de la plus grande vigilance lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime.”*⁹⁹

⁹⁷Christian Paturel contre France 22 décembre 2005 requête n° 54968/00 §37

⁹⁸Requête n° 20893/03

⁹⁹Arrêt *July et Sarl Libération* du 14 février 2008 précité §§66 et 67

Ce qui n'empêche la Cour de porter une grande attention aux tribunaux qui sont les institutions où doit se dire le droit, fonction essentielle, dans une société démocratique : Les tribunaux *“dont la mission est fondamentale dans une démocratie et un Etat de droit”*¹⁰⁰ constituent *“les organes appropriés pour statuer sur les différends judiciaires et se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence quant à une accusation en matière pénale et que le public les considère comme tels.”*^{101,}

La Cour européenne ajoute qu' *“Il n'y a pas d'autorité du pouvoir judiciaire sans la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables à commencer au pénal, par les prévenus”*¹⁰². Elle prend en considération la fonction du pouvoir judiciaire et considère qu'il doit bénéficier d'une certaine protection au regard des critiques qui peuvent lui être adressées.

C'est ainsi qu'elle énonce dans l'arrêt *Karpetas contre Grèce*¹⁰³ : *“que lorsque des informations concernant le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique, sont rapportées dans la presse, il convient de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un Etat de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celui-ci contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir (Prager et Oberschlick c. Autriche, arrêt du 26 avril 1995, série A no. 313, § 34)”*.

La Cour européenne a aussi affirmé qu' *“Il est légitime de vouloir accorder une protection particulière au secret de l'instruction compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen”*¹⁰⁴.

En outre, la Cour a estimé que les magistrats ne s'exposent pas sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes comme les hommes politiques ; ils ne peuvent donc être traités de la même manière que ceux-ci lorsqu'il s'agit des critiques de leur comportement. Néanmoins, les limites de la critique admissible sont plus larges pour les fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

¹⁰⁰ Arrêt *Mor/ France* du 15 décembre 2011 requête n° 28198/09 §42

¹⁰¹ *Worm contre Autriche* 29/8/1997 requête n° 22714/93 §40 voir aussi Arrêt *Sunday Times c. Royaume Uni* n° 1 du 26 avril 1979 requête n° 6538/74 : *“Les tribunaux constituent les organes appropriés pour apprécier les droits et obligations juridiques et pour statuer sur les droits y relatifs”*

¹⁰² Arrêt *Kyprianou*, 15 décembre 2005, requête 73797/01, §172

¹⁰³ *Karpetas/ Grèce* requête n° 6086/10 du 30 janvier 2013 §68

¹⁰⁴ *Dupuis et autres c. France*, 7 juin 2007, requête n° 1914/02 §44 ; Arrêt *Mor /France* 15 décembre 2011, requête 28198/09, §48

IV.1.2.1.4. Un droit de critique plus large à l'encontre des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles

Sur ce point, la divergence entre la Cour de cassation et la Cour européenne semble importante. A titre d'exemple, on évoquera les poursuites diligentées à l'occasion de la même procédure d'information par les deux mêmes juges d'instruction pour diffamation publique à l'encontre Serge July, directeur de publication du journal "Libération" et SARL Libération à raison d'un article qui rendait compte d'une conférence de presse de Mme A..... partie civile, de ses avocats et de trois syndicats de magistrats. L'article intitulé "*Mort d'un juge : la veuve attaque juges et policiers*" et sous-titré "*Cinq ans après la découverte du cadavre à O... Elisabeth A..... demande une enquête sur l'instruction*" comprenait les phrases litigieuses suivantes : "*Partialité. Elle dénonce la partialité dont auraient fait preuve les juges*" et "*L'instruction du dossier A..... est menée de manière rocambolesque*".

La cour d'appel avait estimé notamment que "*le qualificatif de "rocambolesque", appliqué à la manière de conduire une instruction, dépasse le cadre d'une simple polémique, puisqu'entendant dénoncer une pratique peu orthodoxe, invraisemblable, faisant certes allusion à des aventures mettant en vedette un personnage peu scrupuleux, vivant d'expédients et de combines, mais laissant surtout entendre que l'instruction était menée en dépit du bon sens, sans aucune rationalité*". Elle avait jugé que ce passage de l'article constituait une imputation diffamatoire ainsi que l'imputation de partialité.

La chambre criminelle devait rejeter le pourvoi en rappelant que : "*seules des attaques de portée théorique et générale peuvent bénéficier de la liberté attachée à la critique du fonctionnement des institutions fondamentales de l'Etat ; [...]s'il est légitime d'informer le public sur le fonctionnement de la justice, le but ainsi poursuivi ne dispense pas le journaliste des devoirs de prudence, de circonspection, et d'objectivité dans l'expression de la pensée ; [...] le droit de libre critique cesse devant les attaques personnelles ; [...] dès lors, le moyen ne saurait être admis.*"¹⁰⁵

La Cour européenne des droits de l'homme saisie par Serge July et la SARL Libération devait prendre le contre-pied complet de cet arrêt du 14 janvier 2003. Elle rappelait que "*les limites de la critique admissible sont plus larges pour des fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles, comme en l'espèce, que pour les simples particuliers*". Elle en déduit que "*les motifs retenus par la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi des requérants ne sont ni pertinents ni suffisants, car ils se heurtent au principe précité. En effet, les personnes en cause, toutes deux fonctionnaires appartenant aux "institutions fondamentales de l'Etat", pouvaient faire, en tant que tels, l'objet de critiques personnelles dans des limites admissibles*", et non pas uniquement de façon théorique et générale.

[...] "*En tout état de cause, la Cour estime que les requérants, en publiant l'article, n'ont même pas eu recours à une dose "d'exagération" ou une dose de "provocation" pourtant permise dans le cadre de l'exercice de la liberté journalistique dans une société démocratique, et n'ont donc pas dépassé les limites qui y sont attachées dont il est permis d'user. Elle ne voit pas en effet dans les termes litigieux – qui sont rapportés – une expression "manifestement outrageante" à l'endroit des magistrats en cause, en particulier en ce qui concerne le qualificatif "rocambolesque". Selon elle, les motifs*

¹⁰⁵Arrêt de la chambre criminelle 14 janvier 2003, pourvoi n° 01-88.595

retenus sur ce point par le juge interne pour conclure à l'absence de bonne foi se concilient mal avec les principes relatifs au droit à la liberté d'expression et au rôle de « chien de garde » assumé par la presse”.

Il importe peu que cet arrêt concerne la poursuite de journalistes et non d'un avocat comme dans le pourvoi qui vous est soumis. L'arrêt met en évidence de manière certaine que la Cour européenne admet plus largement les critiques à l'encontre des magistrats, y compris avec une dose d'exagération pour peu qu'elles ne deviennent pas des attaques personnelles virulentes dénuées de toute base factuelle. Cette liberté ne saurait aller jusqu'à tolérer des attaques destructrices dénuées de fondement ce d'autant plus que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir. Il en est ainsi d'accusation, sans aucune base factuelle, de corruption à l'égard d'un juge d'instruction et d'un procureur qui auraient fait preuve d'une grande clémence à l'égard de l'agresseur du requérant, avocat (Voir, Karpetas contre Grèce 30 octobre 2012, requête n° 6086/10 §§77,78,79). De même, dans l'arrêt Sgarbi contre Italie¹⁰⁶ ont été considérées comme des accusations d'une extrême gravité formulées sans aucun élément, les propos d'un parlementaire à l'encontre de magistrats du parquet de Palerme qui, de par leurs investigations, auraient conduit au suicide un procureur de la République, et ce, par suite de leurs abus de pouvoirs, dans la mesure où ils ne cherchaient qu'à nuire à la Démocratie Chrétienne pour favoriser un parti politique adverse. La colère et la frustration ne peuvent justifier l'emploi de termes injurieux, en particulier, lorsqu'aucun grief précis n'est articulé contre un juge. Ce type de discours excessif ne peut être protégé par le droit à la liberté d'expression, ce qui n'empêche pas une peine de plusieurs mois d'emprisonnement d'être disproportionnée et de constituer une violation de la Convention¹⁰⁷.

Pour achever ces développements, on ne saurait passer sous silence l'arrêt rendu par la Cour européenne le 10 janvier 2012 dans l'affaire Sophie Floquet et Francis Esmenard contre France¹⁰⁸, où là encore, la Juridiction européenne était saisie de la violation alléguée par la France de l'article 10 de la Convention à raison de la condamnation d'une journaliste et d'un éditeur pour diffamation envers les deux mêmes magistrats instruisant l'affaire du décès du juge A..... La Cour a conclu à la non violation des dispositions conventionnelles par suite de la publication, en 2003, de l'ouvrage intitulé "le rapport de l'Omerta" dont un chapitre était intitulé "En France, on maquille encore le meurtre d'un magistrat". La cour d'appel avait retenu comme étant diffamatoires les imputations suivantes :

“En janvier 2000, Mme M. se déplace à Bruxelles pour entendre ce témoin. Une audition que l'ex-officier n'oubliera jamais : “Après ma déposition, la juge M. me dit que je vais me mettre à dos les mafias corses et libanaises, que je dois savoir à quel point le président djiboutien est dangereux et qu'il est encore temps de revenir sur mon témoignage... Je n'en croyais pas mes oreilles, j'ai pris ça comme une mise en garde...”

“Cette reconstitution, qui a été filmée, est surréaliste. On y découvre les différents protagonistes hilares, en particulier lorsque le procureur adjoint de Paris joue le rôle de Bernard A....., pieds nus sur les rochers.”

“Les conditions de cette reconstitution effectuée sans les parties civiles, ce qui n'est pas l'usage, provoquent le dessaisissement des juges M. et L.L. en juin 2000”.

¹⁰⁶ 21 octobre 2008, requête 37115/06

¹⁰⁷ Arrêt Skalka contre Pologne du 27 mai 2003, requête n° 43425/98

¹⁰⁸ Requête n° 29064/08 et 29979/08

“Les magistrats parisiens ont tout fait pour imposer la version du suicide de Bernard A..... Le sens de leurs démonstrations échappe à la logique la plus élémentaire. Et on comprend pourquoi cette cassette vidéo de la reconstitution de mars 2000, accablante pour la justice française, est restée longtemps inaccessible aux parties civiles.”

“En 2002, le ‘médiatiquement correct’ s’est encore enrichi de nouvelles subtilités. Tout n’irait pas si mal au royaume de la censure judiciaire si les magistrats et les truands acceptaient la liberté d’informer, si les procéduriers n’étaient pas reçus à bras ouverts par certains tribunaux, si le ‘racket judiciaire’ n’était pas devenu un moyen d’arrondir ses fins de mois en frappant journaux et éditeurs directement au portefeuille.”

Pour rejeter la requête la Cour européenne a énoncé :

“La Cour constate toutefois que les allégations faites dans l’ouvrage étaient d’une extrême gravité puisque les accusations portées auraient pu entraîner, pour certaines d’entre elles, des poursuites pénales ou disciplinaires à l’encontre des magistrats si elles avaient été véridiques. Or, en l’espèce, les affirmations sanctionnées tenaient non seulement du jugement de valeur mais aussi de l’imputation de faits.

En outre, elle ne perd pas de vue le fait que, selon les juridictions nationales, la requérante avait privilégié à plusieurs reprises le souci du sensationnel, excédant manifestement le droit de critique.

Elle relève la minutie avec laquelle les juridictions internes ont examiné les différentes allégations en cause et ont établi que certaines d’entre elles étaient fausses, tel le motif de dessaisissement des juges, ou ne reposaient pour le moins sur aucun élément factuel.

La Cour note d’ailleurs que les requérants ne firent aucune offre de preuve devant les juridictions internes, comme ils en avaient la possibilité aux termes des articles 35 et 55 de la loi sur la presse. Or, par les allégations, voire les accusations, portées dans l’ouvrage en cause, une atteinte grave était portée à l’image de l’institution judiciaire.

Elle ne voit dès lors aucun motif de s’écarter de l’analyse de l’affaire à laquelle ont ainsi procédé les juridictions internes, ou de considérer que celles-ci auraient entendu trop restrictivement le principe de la liberté d’expression, ou de façon trop extensive l’objectif de la protection et de la réputation des droits d’autrui. Il ressort en effet du dossier qu’elles avaient des raisons pertinentes et suffisantes d’estimer qu’il y avait lieu, en l’espèce, de protéger à la fois la réputation des juges mis en cause personnellement et celle de l’institution judiciaire dans son ensemble.”

Cet arrêt met en exergue la corrélation nécessaire entre la gravité certaine des allégations et la nécessité d’avoir des éléments probants pour les accréditer, les imputations de fait devant quant à elles être prouvées. Il met aussi en exergue l’équilibre que la Cour européenne tient à établir et, dont les lignes ne sont pas toujours aisées à tracer, entre le droit plus large à une critique des institutions et la nécessaire protection de la réputation des juges et, par delà, de l’institution judiciaire. Il souligne surtout, l’analyse minutieuse à laquelle se sont livrés les juges internes pour justifier l’ingérence par des motifs pertinents.

*

Dans son arrêt de Grande Chambre du 23 avril 2015, qui a provoqué le réexamen du pourvoi d’Olivier X..., la Cour européenne a repris l’ensemble des principes qui

viennent d'être évoqués tant sur la méthode suivie par la Cour pour déterminer si l'ingérence correspondait à un besoin social impérieux et était proportionnée au but légitime poursuivi, que sur le débat d'intérêt général. L'arrêt a notamment repris la distinction entre imputation de fait et jugement de valeur, indiquant que, pour les distinguer, il fallait "*tenir compte des circonstances de l'espèce et de la tonalité des propos, étant entendu que des assertions sur des questions d'intérêt général peuvent constituer à ce titre des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait*¹⁰⁹". La Cour a, selon sa jurisprudence bien établie, jugé qu'évoquer le fonctionnement de la justice relevait de l'intérêt général. De, même elle a insisté sur le fait "*qu'en dehors de l'hypothèse d'attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux compte tenu de leur appartenance aux institutions fondamentales de l'Etat les magistrats peuvent faire l'objet de critiques personnelles dans les limites admissibles, et non pas uniquement de façon théorique*¹¹⁰". On ajoutera que la Cour a rappelé, ce qui n'a pas été signalé, jusqu'ici, dans cet avis, que la lourdeur des peines infligées est prise en considération pour apprécier proportionnalité de l'ingérence. La Cour européenne considère qu'une condamnation pénale, même modique risque d'avoir un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression. Selon elle, "*s'il est légitime que les institutions de l'Etat soient protégées par les autorités institutionnelles compétentes en leur qualité de garantes de l'ordre public institutionnel, la position dominante que ces institutions occupent commande aux autorités de faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale*". (arrêt paragraphe 127)

*

IV. 2.2.L'appropriation par la Cour de cassation du critère de "sujet d'intérêt général" ou "de débat sur une question d'intérêt général"

IV.2.2.1 la prise en compte du débat sur une question d'intérêt général

C'est à l'occasion d'un pourvoi formé par le président de la Société anonyme Groupe Express-Expansion¹¹¹ et le directeur de la publication de l'Express condamnés pour atteinte à la vie privée de huit élus d'une commune du département du Nord que la première chambre civile de la Cour de cassation, le 24 octobre 2006, a fait application, pour la première fois, de la notion de "débat d'intérêt général" au sens de la Cour européenne. Le journal avait publié un supplément diffusé dans la région de Lille intitulé "*Francs-maçons, le ménage s'impose*" qui faisait état de la mise en examen du maire de la commune de I.... pour faux en écriture publique, prise illégale d'intérêt et favoritisme.

Le journal révélait l'appartenance du maire et de plusieurs membres du conseil municipal à la Franc-Maçonnerie et s'inquiétait des conflits d'intérêts possibles, soulignant, toutefois, le risque d'amalgame et rappelant l'existence de francs-maçons parfaitement intègres.

¹⁰⁹ Voir § 60 de l'arrêt requête 29369/10

¹¹⁰ Voir § 131 de l'arrêt

¹¹¹ Bull. Civ. I n°437

La cour d'appel avait estimé que le rappel de l'appartenance philosophique des membres du conseil municipal était sans rapport avec la teneur générale de l'article, les solidarités ayant pu jouer ou la mise en cause du maire.

La première chambre civile devait casser et annuler cet arrêt en toutes ses dispositions aux vises des "articles 9 du code civil et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" soulignant "qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait observé que le contexte général de la publication était la mise au jour, légitime dans une société démocratique, de réseaux d'influence, et que l'appartenance à la franc-maçonnerie suppose un engagement, de sorte que la révélation litigieuse, qui s'inscrivait dans le contexte d'une actualité judiciaire, était justifiée par l'information du public sur un débat d'intérêt général, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et par suite a violé les textes susvisés".

Ultérieurement, la chambre criminelle devait faire directement référence, au "sujet d'intérêt général" dans un arrêt du 11 mars 2008.¹¹² Dans un article publié par l'hebdomadaire Paris-Match daté du 17 au 24 juin 2004, intitulé "executive life" était parue une interview de François J..., révélant avoir, en 1998, dénoncé à la justice américaine une fraude réalisée au moyen de contrats de portage signés, notamment, par la société Altus Finance afin de permettre, en violation de la loi américaine, le rachat en 1991 des actifs de la compagnie d'assurances "Executive Life" par le Crédit Lyonnais. François K... dirigeant de la société Altus Finance avait agi en diffamation et la cour d'appel, infirmant le jugement du tribunal correctionnel de Paris, avait condamné tant le directeur de la publication, que le journaliste et le témoin au motif, en particulier, qu'une animosité personnelle se dégageait des propos tenus, que le ton employé était agressif et que François J.... n'avait pas suivi l'ensemble du montage ayant présidé au rachat de la compagnie américaine.

Saisie d'un pourvoi en cassation par les prévenus, la chambre criminelle a cassé cet arrêt aux vises des articles 29 de la loi du 29 juillet 1881 et 10 de la Convention :

"Attendu qu'en matière de diffamation, il appartient aux juges du fond de relever toutes les circonstances intrinsèques ou extrinsèques aux faits poursuivis que comporte l'écrit qui les renferme, et ce, sous le contrôle de la Cour de cassation qui peut se reporter à l'écrit lui-même afin de vérifier s'il contient les éléments de l'infraction ;

Attendu que, pour relever le caractère diffamatoire de certains propos dénoncés par la partie civile et refuser le bénéfice de la bonne foi aux prévenus, l'arrêt prononcé par les motifs repris aux moyens ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'article incriminé, traitant d'un sujet d'intérêt général relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de l'Etat français, et donc du contribuable, des sommes considérables, ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel a méconnu les textes et principes susvisés ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; que, n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, elle aura lieu sans renvoi, ainsi que le permet l'article L. 411-3 du code

¹¹²Bull. crim. n° 59

de l'organisation judiciaire ;

L'affaire "Executive life", par son importance et ses conséquences, tant sur la réputation d'une banque française que, par la suite, sur les finances publiques et qui, de plus, avait attiré l'attention des médias, était indéniablement un sujet d'intérêt général, contexte que la cour d'appel devait prendre en considération. Elle devait pouvoir être traitée sur un ton plus acerbe, plus vif, par un témoin "privilegié".

La cassation est prononcée sans renvoi en application de l'article L411-3 du code de l'organisation judiciaire. Dans la mesure où la Cour de cassation avait appliqué la règle de droit appropriée, il ne restait plus rien à juger.

La prise en compte de notion du débat d'intérêt général par la Cour de cassation n'a, depuis lors, cessé de prendre une place grandissante. Elle apparaît de manière directe ou indirecte dans 71 arrêts répertoriés sur la base de données Jurinet.

Plusieurs décisions de la chambre criminelle qui ont expressément fait appel à la notion de "débat ou sujet d'intérêt général," ont été rendues au seul visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est le cas, en premier lieu, de l'arrêt du 12 mai 2009¹¹³ qui, sans trop s'attacher à l'existence d'une base factuelle suffisante, cassait sans renvoi un article qui mettait en cause un procureur de la République à raison du traitement d'une affaire judiciaire ayant eu un retentissement considérable, alors même que la sanction disciplinaire, prononcée à l'encontre de ce magistrat avait été annulée par le Conseil d'Etat :

"Vu l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que la liberté d'expression ne peut être soumise à des ingérences que dans les cas où celles-ci constituent des mesures nécessaires au regard du paragraphe 2 de l'article 10 précité ;

Attendu qu'après avoir relevé, à juste titre, le caractère diffamatoire de certains propos dénoncés par la partie civile, l'arrêt, pour refuser le bénéfice de la bonne foi aux prévenus, prononce par les motifs repris au moyen ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'article incriminé, portant sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national, ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat, la cour d'appel a méconnu les texte et principe susvisés ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; que n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, elle aura lieu sans renvoi, ainsi que le permet l'article L. 411-13 du code de l'organisation judiciaire ;

La cassation intervient sur le seul fondement de l'article 10 de la Convention qui consacre le principe de la liberté d'expression, les exceptions pour l'un des buts légitimes

¹¹³Chambre criminelle 12 mai 2009 Bull. Crim. N° 88

énoncés au second paragraphe de ce texte ne pouvant qu’être interprétées strictement. La prise en compte “*du sujet d’intérêt général*”, repris de la démarche de la Cour européenne, semble prendre une place essentielle et agir, à elle seule, comme *fait* exonérateur de la responsabilité pénale. On notera, en effet, que la chambre criminelle avait bien marqué, au préalable, que les juges du fond avaient, à juste titre, retenu que les propos litigieux étaient diffamatoires. Cette formulation sera reprise dans des arrêts ultérieurs de la chambre criminelle censurant des arrêts de cour d’appel ayant écarté la bonne foi pour ne pas avoir pris en compte le caractère de “sujet d’intérêt général” qui s’attachait aux propos incriminés¹¹⁴.

Elle pouvait laisser penser que le critère de “sujet d’intérêt général” était pris en compte en tant que tel, indépendamment de la bonne foi.

La jurisprudence qui s’est développée, semble toutefois, majoritairement prendre en compte le critère de “sujet” ou de “débat” “d’intérêt général” au niveau de la bonne foi.

La chambre criminelle a donc rappelé à une cour d’appel¹¹⁵ qu’elle ne pouvait, au motif que le thème abordé par les propos incriminés était d’intérêt général, se dispenser au préalable d’analyser si les propos querellés étaient diffamatoires. L’irruption du critère de débat d’intérêt général ne modifie pas le raisonnement qui doit être suivi : caractériser en premier lieu si les propos litigieux, pris dans leur contexte, constituent l’imputation d’un fait contraire à l’honneur ou à la considération. Si tel est le cas, pour peu que les propos incriminés soient fondés sur des éléments de fait suffisants, le critère, en autorisant une plus grande liberté de ton, permettra de combattre la mauvaise foi qui est attachée aux imputations diffamatoires.

La bonne foi est un fait justificatif qui, s’il ne fait pas disparaître le caractère diffamatoire des propos tenus, exonère leur auteur de les avoir proférés ou écrits car il pouvait légitimement croire ceux-ci fondés, au regard des éléments en sa possession.

La prise en compte du critère de “sujet d’intérêt général” vient renouveler la démarche des juges qui ont admis, à côté de la preuve de la vérité du fait diffamatoire, la bonne foi. Pour être admise, celle-ci suppose la réunion cumulative de plusieurs éléments : la légitimité du but poursuivi, le sérieux de l’enquête, la prudence dans l’expression et l’absence d’animosité.

L’approche, mise en oeuvre par la Cour européenne s’inscrit d’une certaine manière seulement dans le prolongement du critère de légitimité du but poursuivi. Le sujet d’intérêt général est celui, dans un contexte donné, spacio-temporel, sur lequel le public a le droit de recevoir des informations et la presse a le devoir d’en fournir. La base factuelle suffisante, déjà évoquée dans les développements qui ont précédé, n’apparaît jamais que comme étant une déclinaison “affaiblie” de l’enquête sérieuse.

La chambre criminelle rejette ainsi, sur le fondement de la bonne foi, les pourvois formés par les parties civiles contre des arrêts de relaxe pour diffamation lorsqu’a été

¹¹⁴Chambre criminelle 29 mars 2011, Bull. Crim. N° 61, pourvoi n° 10-85.887 ; 29 mars 2011, Bull. Crim. n° 77 ; 10 septembre 2013 Bull. Crim. n° 176 , 1^{er} mars 2016, pourvois 14-87.524 et 14-87.525

¹¹⁵Chambre criminelle 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-80.818 au rapport de M. Le Conseiller Jean-Yves Monfort

abordé, avec une base factuelle suffisance, un sujet d'intérêt général.¹¹⁶

Plus qu'une nouvelle méthode totalement distincte pour apprécier, dans certains cas, la liberté d'expression, la prise en compte de la notion de débat sur un sujet d'intérêt général apparaît comme une vision renouvelée de la bonne foi. Dans un arrêt du 19 janvier 2010, la chambre criminelle a pu énoncer : “ *La bonne foi doit être appréciée en tenant compte, notamment, du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel porte les propos litigieux et du contexte politique dans lequel ils s'inscrivent*¹¹⁷.” Dans un arrêt ultérieur du 15 mars 2016¹¹⁸, la chambre criminelle approuve une cour d'appel qui a confirmé la relaxe, pour bonne foi, des prévenus poursuivis pour diffamation en raison de la légitimité du but poursuivi, s'agissant de propos s'inscrivant dans un vif débat d'idées, tenus sur un ton certes polémique mais à partir d'une base factuelle suffisante. On voit ainsi clairement comment la juridiction du fond avait mêlé des critères propres à la bonne foi et une analyse dérivée de celle de la Cour européenne. La chambre criminelle a approuvé, cet arrêt qui ne méconnaissait ni les dispositions légales ni les dispositions conventionnelles.

*

IV.2.2.2. Les sujets d'intérêt général retenus par la chambre criminelle

Définir le sujet d'intérêt général, nous l'avons vu, est une entreprise hasardeuse tant la notion est protéiforme, correspondant, selon le contexte, à des situations extrêmement variées. Sa malléabilité fait sans doute la richesse de l'instrument, trébuchet avec lequel doivent être pesées la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression au regard d'autres libertés protégées : le droit à la vie privée, le droit à la réputation, ainsi que la prévention du discours de haine¹¹⁹.

Un parcours parmi les arrêts de la chambre criminelle met en évidence qu'ont ainsi pu être considérés comme des “sujets d'intérêt général” :

Des thèmes à résonance nationale :

- le fonctionnement des services secret, le financement d'une campagne présidentielle ;¹²⁰
- le financement d'un parti politique et la fortune de son dirigeant¹²¹,

¹¹⁶Chambre criminelle 11 juin 2013 , pourvoi n° 12-83.487, Bull. Crim. n° 136 ; 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-87.527 ; 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.408 , Bull. Crim. n° 12 ;

¹¹⁷ Chambre criminelle 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.408 Bull. Crim. n°12

¹¹⁸Chambre criminelle 15 mars 2016 pourvoi n° 14-88.072

¹¹⁹ Chambre criminelle 7 juin 2011 pourvoi n° 10-85.179 voir aussi 20 septembre 2016, pourvoi n° 15-83.070

¹²⁰ Chambre criminelle 2 septembre 2014, pourvoi n° 12-87.322

¹²¹Chambre criminelle 17 mars 2015, pourvoi n° 13-86.811

le financement d'une campagne présidentielle ;¹²²

-un conflit syndical médiatique¹²³ (solution implicite), le financement d'un syndicat, son rôle dans la gestion du C.E. d'une entreprise;¹²⁴

-le transfert de charges entre l'Etat et les collectivités locales ;¹²⁵

-l'action de la justice, ou des procédures judiciaires médiatisées ;¹²⁶

(le journaliste avait procédé à une enquête sérieuse, (...)son article reposait sur une base factuelle suffisante et portait sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national, de sorte que les écrits litigieux ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat, la cour d'appel a justifié sa décision).

-le fondateur d'un syndicat d'avocats ;¹²⁷

-l'intégration des roms;¹²⁸

-les témoins de Jéhovah ;¹²⁹ (implicite)

-l'histoire du groupe terroriste Action Directe ;¹³⁰

-un scandale financier : Affaires "executive life" ou l'affaire dite

"Rhodia ;"¹³¹

-la santé publique : dangerosité alléguée de biberons ;¹³²

-l'usage des fonds par une association luttant contre la myopathie;¹³³

-les moyens employés pour lutter contre l'immigration clandestine;¹³⁴

-le fonctionnement du Conseil de l'Ordre des chirurgiens dentistes;¹³⁵

¹²²Chambre criminelle 12 avril 2016 pourvoi n° 14-87.606

¹²³Chambre criminelle 1^{er} février 2011, pourvoi n° 10-81.667

¹²⁴Chambre criminelle 15 mars 2016 pourvoi n° 14-88.072 voir aussi 21 juin 2016, pourvoi n° 14-88.470

¹²⁵Chambre criminelle 29 mars 2011 Bull. Crim. n° 61, pourvoi n° 10-85.887 ;

¹²⁶Chambre criminelle 12 mai 2009, Bull. Crim. n° 88, 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-86.295; 26 mai 2010, pourvoi n° 09-87.083 ; 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-81.483

¹²⁷ Arrêt chambre criminelle 23 novembre 2010 , pourvoi n° 09-87.257

¹²⁸Idem note 22

¹²⁹Chambre criminelle 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-85.666

¹³⁰Chambre criminelle 17 novembre 2015, Bulletin criminel n° 258 , pourvoi n° 14-81.410

¹³¹ Respectivement arrêts de la chambre criminelle du 11 mars 2008 précité et du 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-88.715

¹³²Chambre criminelle 8 avril 2014 , pourvoi n° 12-88.412

¹³³Arrêt de la chambre criminelle du 10 novembre 2009, pourvoi n° 09-80.856

¹³⁴Chambre criminelle 28 mai 2013 pourvoi n° 12-83.225

¹³⁵Chambre criminelle 3 novembre 2015, pourvoi n° 14-83.420

-la sécurité dans les transports aériens ;¹³⁶

Des thèmes à résonance internationale :

- sur l'histoire du Cambodge et la période des khmers rouges ;¹³⁷
- sur le conflit israélo-palestinien;¹³⁸
- sur le rôle des forces françaises au Rwanda¹³⁹, les reportages en Afghanistan sur les Talibans ;¹⁴⁰

Des thèmes à résonance locale :

- concernant la gestion de la commune,¹⁴¹ les nuisances sonores dans une localité touristique,¹⁴² une question d'urbanisme¹⁴³, la gestion de la société en charge de l'aménagement d'une zone d'activité¹⁴⁴, le traitement des déchets¹⁴⁵, le favoritisme d'un maire¹⁴⁶, le népotisme d'un maire¹⁴⁷
- une fraude à la défiscalisation aux Antilles¹⁴⁸
- le fonctionnement d'un organisme de soutien à l'agriculture et à l'élevage¹⁴⁹.

On notera, enfin, le discours politique qui doit bénéficier, selon la Cour européenne, d'une très grande protection recouvre souvent un sujet d'intérêt général.

¹³⁶ Chambre criminelle 9 février 2016, pourvois n° 14-86.726 et 14-86.727

¹³⁷ Chambre criminelle 27 avril 2011, Bulletin criminel n° 77

¹³⁸ Chambre criminelle 11 mars 2014, pourvoi n° 13-80.440 ; 19 mars 2013, Bulletin criminel n° 176

¹³⁹ Chambre criminelle 13 mars 2012, pourvoi n° 11-85.582

¹⁴⁰ Chambre criminelle 11 juin 2013, Bull. Crim. n° 136

¹⁴¹ Chambre criminelle 19 janvier 2010, B. C. n° 12 ; 11 octobre 2011 pourvoi n° 10-81.080, accusation d'électorisme, fraude électorale ; 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-83.188, 12 avril 2016 pourvoi n° 15-83.746

¹⁴² Chambre criminelle 12 avril 2014, pourvoi n° 12-88.095, Bull. Crim. n° 103

¹⁴³ Chambre criminelle 6 mai 2014, pourvoi n° 12-87.189, Bull. Crim. n° 121

¹⁴⁴ Chambre criminelle 16 septembre 2014, pourvoi n° 13.85.142

¹⁴⁵ Chambre criminelle 12 novembre 2014, pourvoi n° 13-81.144

¹⁴⁶ Chambre criminelle 9 décembre 2014 , pourvoi n° 13-87.477

¹⁴⁷ Chambre criminelle 27 mai 2015, pourvoi n° 14-83.196

¹⁴⁸ Chambre criminelle 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-83.913

¹⁴⁹ Chambre criminelle 1^{er} décembre 2015 pourvoi n° 13-80.108

*

Ce panorama met en évidence la grande diversité des thèmes retenus. Sauf à galvauder la notion et à lui faire perdre sa signification, le recours au débat d'intérêt général devrait être maintenu dans des limites raisonnables. Il n'est pas certain que cela a toujours été le cas si l'on se réfère à un arrêt du 17 mars 2015¹⁵⁰ qui a considéré que la seule mise en cause d'un cabinet de syndic constituait un sujet d'intérêt général.

Pour le professeur de Lamy, *“Il serait tout de même paradoxal que ce critère européen, qui exprime une considération collective, l'emporte sur tout droit individuel que la Cour a pour mission de protéger. Reste donc à la Cour de cassation - si elle ne veut pas abandonner ce critère - à le manier avec beaucoup de précaution pour ne pas déséquilibrer la liberté d'expression.”*

*

IV.2.2.2.3. L'exigence d'éléments de fait suffisants

Quoiqu'il en soit, si le traitement d'informations se rapportant à un sujet d'intérêt général doit bénéficier d'une protection renforcée et si l'ingérence de l'État ne peut qu'être exceptionnelle, encore faut-il qu'il s'appuie sur “une base factuelle suffisante”.

Cette expression importée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui fleure l'anglicisme, implique pour l'auteur des propos critiqués de disposer d'éléments de fait qui lui permettaient de les tenir. Il ne s'agit plus d'une enquête sérieuse, critère de la bonne foi, mais d'une forme atténuée de celle-ci. Les juges se montrent moins exigeants quant à la qualité et la précision des renseignements en possession du prévenu.

Les premiers arrêts de la chambre criminelle qui ont retenu le critère de traitement d'un sujet d'intérêt général ont clairement privilégié cet aspect allant jusqu'à négliger le corollaire, une base factuelle suffisante.

On se reportera à l'arrêt de la chambre criminelle précité du 12 mai 2009¹⁵¹. Alors que la cour d'appel avait relevé que le journaliste n'avait procédé à aucune enquête, avait ignoré la décision du Conseil d'État qui avait annulé la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre du magistrat et avait écarté le bénéfice de la bonne foi, la chambre criminelle a jugé : *“qu'en se déterminant ainsi, alors que l'article incriminé, portant sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national, ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat, la cour d'appel a méconnu les texte et principe susvisés”*.

Puis, très vite, la chambre criminelle a veillé à ce que les cours d'appel relèvent

¹⁵⁰Pourvoi n° 13-85.138, voir l'avis contraire de l'Avocat général Frédéric Desportes

¹⁵¹Cf. Supra note n°64; voir aussi 29 mars 2011 Bull. Crim. n° 77 qui s'il concerne un sujet d'intérêt général, est aussi relatif à un discours politique

les éléments de faits constituant une base factuelle suffisante. Ainsi, dans un arrêt du 19 janvier 2010¹⁵², la Chambre criminelle, saisie du pourvoi formé par un maire contre l'arrêt ayant relaxé de diffamation l'un de ses opposants après avoir relevé que : *“si les imputations de "favoritisme" au profit de la société Bouygues immobilier, de mise en danger de la population, de "mise en faillite" de la commune et de présentation d'un budget insincère sont diffamatoires envers le maire, les critiques de B. P. sont argumentées, reposent sur des faits précis”*, (...) a pu approuver cette décision qui s'appuyait sur des pièces suffisantes au regard du caractère d'intérêt général du sujet traité ainsi que de la polémique politique.

De même, la Chambre criminelle a approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui a condamné pour diffamation envers un juge de l'application des peines, un journaliste qui, ayant pour seule source l'avocat du condamné à qui le bénéfice de la libération conditionnelle avait été retiré, avait imputé au magistrat d'avoir agi par acharnement et connivence avec le juge d'instruction qui avait instruit l'affaire :

“Attendu que, pour refuser aux prévenus le bénéfice de la bonne foi, l'arrêt relève que le journaliste a puisé l'essentiel de son information auprès de l'avocat de L..., qui contestait la décision du juge de l'application des peines prise à l'encontre de son client, sans vérifier, même sommairement, si les éléments fournis par cette source et conduisant à l'analyse selon laquelle le magistrat aurait agi sous l'influence du juge X... reposaient sur une quelconque réalité, de sorte que les prévenus ne justifiaient pas de l'existence d'une enquête sérieuse ;

Attendu qu'en se déterminant de la sorte, la cour d'appel, à laquelle il ne saurait être reproché d'avoir méconnu les dispositions conventionnelles invoquées dès lors que les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général relatif au traitement d'une affaire judiciaire ayant eu un retentissement national, étaient dépourvus de base factuelle suffisante, (...) a justifié sa décision¹⁵³”.

Dans un arrêt du 10 novembre 2009¹⁵⁴, la chambre criminelle relève aussi :

“Attendu que (...), l'arrêt, après avoir reconnu le caractère diffamatoire des propos dénoncés, relève pour refuser au prévenu le bénéfice de la bonne foi, que, si Jean-Jacques M... pouvait légitimement faire une analyse critique de la gestion de l'Association Y... et s'il n'a pas fait preuve d'animosité personnelle, il ne disposait cependant d'aucun élément précis et sérieux de nature à justifier les accusations portées et a procédé par voie d'affirmation (...) ;

Attendu que se déterminant de la sorte, (...) la cour d'appel, à laquelle il ne saurait être reproché d'avoir méconnu les dispositions conventionnelles invoquées dès lors que les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général, étaient dépourvus de base factuelle suffisante, (...) a justifié sa décision” ;

¹⁵² Bull. Crim. n° 12 précité

¹⁵³ Chambre criminelle 26 mai 2010, pourvoi n° 09-87.083

¹⁵⁴ Arrêt précité note 77

La chambre criminelle approuve, donc, les décisions de relaxe lorsque les propos concernant un sujet d'intérêt général s'appuient sur des éléments suffisants pour constituer "une base factuelle suffisante". (Chambre criminelle 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-87.527. De même, la chambre criminelle approuve les arrêts qui ont rejeté la bonne foi lorsque la base factuelle est insuffisante, voire inexistante (11 octobre 2011, pourvoi n° 10-81.078 ; 13 mars 2012, pourvoi n° 11-85.582; 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-88.715)

La chambre criminelle ne peut en revanche que censurer un arrêt relaxant de diffamation les prévenus qui avaient imputé aux membres de la commission départementale d'accès cinématographique un délit de favoritisme "*sans énoncer les éléments de nature à étayer l'accusation portée contre la partie civile, et à donner une base factuelle suffisante à cette imputation*"¹⁵⁵". De même, ne peut qu'être cassé l'arrêt qui a fait bénéficier de la bonne foi, l'auteur d'un éditorial "*sans rechercher si les propos reprochés, même figurant dans un éditorial et traitant d'un sujet d'intérêt général, reposaient sur une base factuelle suffisante en rapport avec la gravité des accusations portées.*"¹⁵⁶(...) (voir aussi chambre criminelle 21 juin 2016, pourvoi n° 14-88.470).

Si les conclusions du prévenu invoquent la plus grande liberté d'expression permise par un débat sur une question d'intérêt général, la cour d'appel se doit de répondre à ce point des conclusions et ne peut les délaisser pour fonder sa décision sur les seuls critères traditionnels de la bonne foi : "*qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée par les conclusions de la prévenue, si les faits évoqués dans l'article constituaient un sujet d'intérêt général, justifiant qu'un écho particulier lui soit réservé dans la presse, et si la restriction à la liberté d'expression était nécessaire, en l'espèce, au regard des exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision*".¹⁵⁷

L'exigence d'une base factuelle suffisante consiste pour l'auteur des propos litigieux à disposer de témoignages, de documents de toute nature qui lui permettent de soutenir ses propos sans que ceux-ci ne puissent être assimilés au résultat d'une enquête sérieuse et, encore moins, à la preuve de la vérité des faits diffamatoires. Lorsque M. L..., député, évoque la question soulevée par la réalisation de reportages dans les zones contrôlées par les Talibans en Afghanistan et la possibilité que l'argent versé au guide par les journalistes de Paris Match se soit finalement retrouvé entre les mains de ceux-ci et ait contribué à financer le terrorisme, la chambre criminelle souligne que la cour d'appel a relevé que ce membre de la commission des Affaires Etrangères de l'Assemblée nationale était en possession de nombreuses pièces justifiant de ses sources et de la réalité de la rumeur suscitant ses interrogations quant à la pratique d'une rémunération par les journalistes de leurs intermédiaires en zone de guerre. (Chambre criminelle 11 juin 2013 Bull. Crim. n° 136)

¹⁵⁵Chambre criminelle 16 octobre 2012 pourvoi n° 11-88. 102

¹⁵⁶Chambre criminelle 15 décembre 2015, Bull. Crim. n° 298

¹⁵⁷Chambre criminelle 8 septembre 2015 , pourvoi n° 14-83.913

La chambre criminelle a également admis la bonne foi de M. M.. qui, sur le seul témoignage du médecin militaire qui avait opéré M. N... (père d'un enfant mort, selon le reportage de M. Charles Enderlin diffusé sur France 2, tué par les militaires lors d'affrontements dans la bande de Gaza) affirmait que les blessures de cet homme étaient consécutives à une rixe et remontaient à 1992 et, donc, n'avaient pas été causées par des tirs israéliens en 2000. Cette base factuelle déclarée suffisante pour permettre les déclarations faites sur ce sujet qui avait soulevé une polémique au plan international, laissait de côté les images de cet homme blessé dans un hôpital et le dossier médical jordanien. (Chambre criminelle 10 septembre 2013 Bull. Crim. n°176 - et avis en sens contraire de l'avocat général sur le site jurinet)

La base factuelle devra toutefois être d'autant plus riche et complète que les assertions seront vives, acérées, voire exagérées.

Par ailleurs, le traitement d'un sujet d'intérêt général s'il permet une certaine dose d'exagération ne permet ni les injures, ni les propos outranciers et encore moins les propos violents. Ainsi, la Cour de cassation¹⁵⁸ a approuvé la Cour d'appel de Versailles qui avait condamné, outre des diffamations commises à l'encontre du juge X..., l'injure par laquelle les auteurs de cette chronique évoquant une affaire criminelle très médiatisée assimilaient *"le faux juge X... à un "BEN LADEN de ce mini 11 septembre au plat pays qui est devenu le sien."* La cour d'appel avait souligné que l'auteur des propos accroissait *"la portée destructrice (selon le sens donné par la Cour de Strasbourg) de son attaque en énonçant que ce jugement outrageant ne lui est pas personnel mais partagé par tout un chacun en ce lieu désormais"*. La Chambre criminelle souligne que des accusations d'une telle gravité ne pouvaient être formulées et qu'elles constituent des attaques personnelles excédant les limites de la liberté d'expression¹⁵⁹.

On citera à cet égard un arrêt de la chambre criminelle du 28 mai 2013¹⁶⁰ qui a jugé, pour approuver une cour d'appel qui avait retenu le délit de diffamation envers le corps des agents préfectoraux : *"qu'en se déterminant de la sorte, la cour d'appel, à laquelle il ne saurait être reproché d'avoir méconnu les dispositions conventionnelles invoquées dès lors que les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général relatif aux pratiques suivies par les préfetures en matière de lutte contre l'immigration irrégulière, étaient dépourvus de base factuelle suffisante et constituaient, par le rapprochement de ces pratiques avec les crimes commis par le régime de Vichy, une attaque outrancière excédant les limites de la liberté d'expression, a justifié sa décision."*

*

¹⁵⁸Chambre criminelle 28 mars 2009, pourvoi n°08-84.161

¹⁵⁹Chambre criminelle 11 octobre 2011 n° 11-81.078, 2 décembre 2012 , pourvoi n° 11-83.188

¹⁶⁰Pourvoi n° 12-83.225

IV.3. La liberté d'expression garantie plus particulièrement à l'avocat

IV.3.1. La liberté de parole de l'avocat en droit interne :

IV.3.1.1. La portée de l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881:

A l'occasion de l'examen du premier moyen de cassation, la portée et le champ d'application de l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 ont déjà été évoqués dans cet avis. Il sera renvoyé à ces développements. On rappellera, seulement, que l'immunité de l'article 41 vaut pour les propos tenus par l'avocat devant une juridiction, à l'occasion d'une procédure lorsqu'il est dans l'exercice des droits de la défense de son client. Cette immunité le protège contre les poursuites pénales et civiles dès lors que les propos ne sont pas étrangers à la cause.

Cette limite doit être interprétée objectivement et non au regard de la violence ou de la gravité des propos. Dès lors que dans un écrit produit devant une juridiction les propos se rattachent à la défense, ils sont couverts par l'immunité. On renverra sur ce point à un arrêt de la chambre criminelle du 13 février 2001¹⁶¹, où à l'occasion d'une demande de mise en liberté, un accusé mettait en cause dans son mémoire les magistrats qui avaient rendu l'arrêt de mise en accusation, pour "falsification de la chronologie des faits et manipulation de l'âge des victimes". La chambre criminelle, pour casser sans renvoi l'arrêt de condamnation pour outrages, a observé que "*les propos contenus dans le mémoire déposé à l'appui de la demande de mise en liberté, et portant sur les faits de viols et d'agressions sexuelles pour lesquels il était placé en détention, les propos litigieux n'étaient pas étrangers à la cause*".

Par un arrêt du 11 octobre 2005¹⁶², la chambre criminelle a rappelé, que les propos d'un avocat figurant dans des conclusions adressées au président de la juridiction saisie de l'affaire, et protestant en termes plus que virulents contre une décision de radiation de celle-ci n'étaient pas étrangers à la cause et ne pouvaient donner lieu à condamnation pour outrage. Le professeur Beignier notait que "*ce que prévoit l'article 41, c'est une immunité absolue du débat judiciaire dans ces moyens : les écrits et les plaidoiries. Concluant ou plaidant, l'avocat n'a pas à justifier de ses propos ; tout au plus a-t-il à exciper de son état (il agit en tant qu'avocat de telle personne) Ses juges sont sa conscience, ses pairs et... son client*"¹⁶³.

La chambre criminelle a, toutefois, considéré par des arrêts des 24 novembre 1998¹⁶⁴ et 8 septembre 2015¹⁶⁵ que des propos d'un prévenu qui excédaient le droit de la défense pouvaient être poursuivis sous la qualification d'outrage sans que l'immunité de l'article 41 ne puisse être retenue.

¹⁶¹Pourvoi n° 00-83.315

¹⁶²Pourvoi n° 05-80.545

¹⁶³Dalloz 2006, jurisprudence page 1273

¹⁶⁴Pourvoi n° 97-84.547

¹⁶⁵Bulletin n° 195

La cour d'appel de Paris a, néanmoins, pu considérer que les propos “ Vous êtes la honte de l'institution” adressés au président d'une chambre de la Cour nationale du droit d'asile par l'avocat d'un demandeur d'asile dont la demande de renvoi était rejetée, n'étaient pas étrangers à la cause et ne pouvaient donc être poursuivis en application de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881¹⁶⁶.

En dehors du prétoire, l'avocat ne bénéficie d'aucune immunité et ses propos pourront être poursuivis, notamment, pour diffamation ou injures envers dépositaires de l'autorité publique s'ils visent un magistrat. Il lui appartiendra dans le premier cas, d'établir sa bonne foi.

*

IV.3.1.2.La méconnaissance de ses devoirs et obligations par l'avocat :

L'immunité de l'article 41 est sans préjudice des poursuites disciplinaires qui peuvent être intentées à l'encontre de l'avocat à raison de ses propos. La profession d'avocat est soumise à un certain nombre de règles qui en régissent la déontologie, les droits et les devoirs au regard de la mission exercée d'auxiliaire de justice qui concourt à l'oeuvre de justice.

La première chambre civile a ainsi approuvé un arrêt de cour d'appel énonçant “*exactement que l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, qui n'institue qu'une immunité pénale, et dans la mesure seulement où les propos n'excèdent pas les limites du droit de la défense, n'est pas applicable en matière disciplinaire.*” (Première chambre civile 10 septembre 2015, pourvoi n°14-24.208¹⁶⁷)

L'article 17 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques, modifié en dernier lieu par l'article 13 de l'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 donne, notamment, pour mission au conseil de l'Ordre de veiller à l'observation des devoirs des avocats et notamment :

“§3° *De maintenir les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité sur lesquels repose la profession et d'exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de ses membres rendent nécessaire ;*

“§4° *De veiller à ce que les avocats soient exacts aux audiences et se comportent en loyaux auxiliaires de la justice.*”

-l'article 3 du décret no 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat dispose que : “*L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment.*

Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie(...).

¹⁶⁶Cour d'appel de Paris , Pôle 2, Chambre 7 5 juillet 2013 n°12/10305, jurisdata 2013/021442

¹⁶⁷Voir aussi première chambre civile 14 octobre 2010, pourvoi n°09-69.266

L'article 183 du décret modifié prévoit que *“Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires(...).*

Le 12 juillet 2007, le Conseil national des barreaux a adopté le règlement intérieur national de la profession des barreaux¹⁶⁸ qui dispose :

“1.3. Les principes essentiels de la profession guident le comportement de l'avocat en toutes circonstances.

L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment.

Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie.

Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence.

Discipline :

1.4. La méconnaissance d'un seul de ces principes, règles et devoirs constitue en application de l'article 183 du décret du 27 novembre 1991 susvisé une faute pouvant entraîner une sanction disciplinaire”.

L'avocat encourt donc des sanctions disciplinaires s'il ne se conforme pas aux devoirs de délicatesse, de modération.

La première chambre civile a ainsi jugé que *“les propos adressés ad hominem et manifestant exclusivement une animosité personnelle, sans traduire une idée, une opinion ou une information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général, ne relèvent pas de la protection du droit à la liberté d'expression prévue par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ; que de tels propos tenus par un avocat sont constitutifs d'un manquement à la délicatesse et entrent comme tels dans les prévisions des textes régissant spécialement la discipline de la profession.¹⁶⁹”*

De même, les attaques ad hominem contre des magistrats instructeurs d'une extrême gravité, à savoir l'accusation de complicité d'actes de tortures, aussi inutiles au regard de l'intérêt du client que gratuites, constituent un manquement à l'honneur et à la délicatesse : *“qu'ayant à bon droit rappelé que si l'avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat, sa liberté d'expression n'est pas absolue car sujette à des restrictions qu'impliquent, notamment, la protection de la réputation ou des droits d'autrui et la garantie de l'autorité et de*

¹⁶⁸En application de l'article 21-1 modifié de la loi du 31 décembre 1971

¹⁶⁹Première chambre civile 28 mars 2008, pourvoi n° 05-18.598 : un avocat s'était à l'issue d'une session de la cour d'assises du Nord adressé en ces termes à l'un des conseillers de la Cour : *“Je ne vous supporte plus .. j'en ai assez de vous voir. Vous me gonflez avec votre sourire en coin. Vous serez responsable de ce gâchis. Ce que vous avez fait est dégueulasse.”*

l'impartialité du pouvoir judiciaire, la cour d'appel a constaté que les propos incriminés n'avaient pas simplement pour objet de critiquer la conduite de la procédure d'instruction et de contester la valeur des déclarations faites par le suspect au cours des interrogatoires menés en exécution de la commission rogatoire internationale délivrée par les juges d'instruction français, mais mettaient personnellement en cause ces magistrats dans leur intégrité morale, leur reprochant d'avoir délibérément favorisé l'usage de la torture et de s'être ainsi rendus activement complices des mauvais traitements infligés par les enquêteurs syriens ; qu'ayant relevé que ces graves accusations étaient aussi inutiles au regard des intérêts du client que gratuites, puisque les magistrats, dans le compte-rendu de leur mission à Damas, avaient décrit les difficultés rencontrées auprès des autorités syriennes, opposées à ce qu'ils assistent aux interrogatoires, elle en a justement déduit que les propos litigieux ne relevaient pas de la protection de la liberté d'expression, mais constituaient un manquement à l'honneur et à la délicatesse ; que par ces motifs qui ne manifestent aucune partialité et en l'absence de toute violation du principe de la présomption d'innocence, elle a légalement justifié sa décision infligeant à l'avocat un simple blâme assorti d'une inéligibilité temporaire aux fonctions de membre des organismes et conseils professionnels (première chambre civile 14 octobre 2010 pourvoi n° 09-69.266).

Mais, la Cour européenne des droits de l'homme devait estimer que cette condamnation constituait une violation de l'article 10 de la Convention en raison du caractère disproportionné de la peine infligée au requérant. La Cour a jugé que les écrits d'un avocat ayant été rappelé à l'ordre par la cour qui en avait relevé l'outrance ne peuvent qu'exceptionnellement être poursuivis a posteriori lorsqu'ils avaient une utilité pour la défense : faire écarter des débats des déclarations obtenues sous la torture. De plus l'écho des propos n'avait pas dépassé l'enceinte de la salle d'audience¹⁷⁰.

La première chambre civile a approuvé la sanction de l'avertissement infligé à l'avocat des parties civiles dans l'affaire dite "du gang des barbares" qui, estimant les peines insuffisantes et en rendant responsable l'avocat général, s'en était pris à ce magistrat en des termes très blessants :

"Attendu l'arrêt considère justement que le propos tenu de "traître génétique", exprimé sans nécessité et ne traduisant aucune idée, aucune opinion ou aucune information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général, manifestait une animosité personnelle à l'égard du magistrat concerné, de sorte que ce propos, outrageant pour la personne même de l'avocat général en ce qu'il mettait en cause son intégrité morale, ne pouvait être justifié par la compassion de M. S... pour sa cliente, ni par la provocation ressentie dans l'exercice de sa mission de défense, même dans le contexte polémique suscité par un crime odieux, au cours duquel la question de l'antisémitisme était posée ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que M. S... avait ainsi manqué à la délicatesse qui s'impose à l'avocat, la restriction apportée à sa liberté d'expression étant nécessaire pour assurer tant la protection des droits d'autrui que l'autorité et l'impartialité de l'institution judiciaire ; que le moyen n'est pas fondé¹⁷¹".

La Première chambre civile avait préalablement cassé l'arrêt qui avait renvoyé l'avocat des fins de la poursuite estimant qu'il réagissait en tant qu'avocat de la partie civile aux questions de l'avocat général et à des prises de position de celui-ci sur son blog.

¹⁷⁰Arrêt Bono c. France, 15 décembre 2015, requête n° 29024/11

¹⁷¹Bull. Civ 2014 I, n°137

La Cour avait rappelé que *“que si l’avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat, sa liberté d’expression, qui n’est pas absolue car sujette à des restrictions qu’impliquent, notamment, la protection de la réputation ou des droits d’autrui et la garantie de l’autorité et de l’impartialité du pouvoir judiciaire, ne s’étend pas aux propos violents qui, exprimant une animosité dirigée personnellement contre le magistrat concerné, mis en cause dans son intégrité morale, et non une contestation des prises de position critiquables de ce dernier, constituent un manquement au principe essentiel de délicatesse qui s’impose à l’avocat en toutes circonstances”*¹⁷².

En raison de la fonction de défense qui lui est dévolue, l’avocat se doit de respecter une certaine mesure dans ses propos, notamment à l’égard des juges, mesure qui est nécessaire à la garantie de l’autorité et l’impartialité du pouvoir judiciaire, ce qui n’exclut pas une défense libre et incisive.

IV.3.2. La liberté d’expression de l’avocat selon la Cour européenne des droits de l’homme.

Le droit pour une personne accusée d’une infraction de disposer du temps et des facilités nécessaires à sa défense est garanti par l’article 6§3 b) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, l’alinéa c) suivant du même texte lui permettant d’être assistée d’un défenseur de son choix et, en l’absence de ressources suffisantes, de bénéficier gratuitement d’un avocat commis d’office.

C’est à partir de la mission qui est dévolue à l’avocat, à sa place dans le procès, que la Cour européenne a élaboré sa jurisprudence relative à la liberté de parole qu’il convenait d’accorder à l’avocat.

La Cour estime, en premier lieu, que l’avocat a un statut spécifique qui *“le place dans une situation centrale dans l’administration de la justice”*¹⁷³, *comme l’intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau*¹⁷⁴. Dans l’affaire Mor / France¹⁷⁵, la Cour a ajouté que *“leur qualité d’intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permet de les qualifier d’auxiliaires de justice, et c’est d’ailleurs à ce titre qu’ils jouent un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l’action des tribunaux, dont la mission est fondamentale dans une démocratie et un Etat de droit”*.

¹⁷²4 mai 2012, pourvoi n° 11-30.193.

¹⁷³ Cette formule discutable a été contestée dans une opinion séparée commune à de plusieurs juges.

¹⁷⁴Voir, notamment, Schöpfer c. Suisse 2 mai 1998 requête n° 56/1997/840/1046 §§29 et 30 ; Nikula c. Finlande , 21 mars 2002, requête n° 31611/96 §45, Mor c. France 15 décembre 2011 requête n° 28198/09 §42

¹⁷⁵Arrêt du 15 décembre 2011 requête n° 28198/09 §42

La Cour a parfois utilisé une autre formule énonçant “*qu’ on pouvait attendre des avocats qu’ ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et ainsi à la confiance du public en celle-ci.*”¹⁷⁶

La Cour rappelle, en plusieurs occasions, la Recommandation Rec(2000)21, du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe qui incite les gouvernements des Etats membres à prendre ou renforcer, selon les cas, toutes les mesures qu’ils jugent nécessaires pour mettre en œuvre la liberté d’exercice de la profession d’avocat. Ainsi “*les avocats ne devraient pas subir ou être menacés de subir des sanctions ou faire l’objet de pressions d’aucune sorte lorsqu’ils agissent en conformité avec la déontologie de leur profession*”. Toutefois, les avocats devraient “*respecter l’autorité judiciaire et exercer leurs fonctions devant les tribunaux en conformité avec la législation et les autres règles nationales et la déontologie de leur profession*” (principes I § 4 et III § 4)¹⁷⁷

Au travers de la jurisprudence de la Cour européenne, le contour et les limites de la liberté d’expression de l’avocat diffèrent selon que celui-ci s’exprime au cours d’une audience au soutien des intérêts de son client, en dehors de l’audience, dans le prolongement de la défense de son client ou sur un sujet d’intérêt général.

Il est parfois difficile dans les arrêts de tracer la frontière entre ces deux champs d’intervention publique : une critique du système judiciaire pouvant naître d’une affaire particulière en cours ou achevée.

IV.3.2.1. La liberté de parole de l’avocat à l’audience :

Les propos de Me X... incriminés ayant été tenus à l’occasion d’une interview et d’un courrier adressé au Garde des sceaux, ce point ne sera qu’esquissé.

Les quelques développements qui suivent doivent permettre de définir la liberté de parole à l’audience de l’avocat, lieu où sa mission implique qu’il puisse pleinement exercer la défense de son client sans craindre des sanctions pénales ou disciplinaires ultérieures injustifiées qui seraient de nature à le dissuader. Toutefois, cette liberté n’est pas illimitée, notamment, en ce qui concerne des propos agressifs proférés lors d’un procès à l’encontre du juge ou du tribunal. La Cour juge, en effet, que “*certaines intérêts, telle l’autorité du pouvoir judiciaire, sont assez importants pour justifier des restrictions à ce droit.*”¹⁷⁸

Dans son arrêt Nikula / Finlande du 21 mars 2002, la Cour européenne des Droits de l’homme a insisté sur “*le devoir des tribunaux et du juge qui les préside de diriger la procédure en sorte que les parties se comportent bien et par dessus-tout de garantir l’équité du procès*”.

¹⁷⁶Nikula contre Finlande n° 31611/96 du 21 mars 2002 §45 ; Amihalachioaie/ Moldova requête n° 60115/00 §27

¹⁷⁷ Kyprianou/ Chypre requête n° 73797/01 du 15 décembre 2005, § 59 ; Nikula c. Finlande, no 31611/96, §§ 27-28

¹⁷⁸Kyprianou contre Chypre Grande Chambre requête n° 73797/01 du 15 décembre 2005, §174

C'est au cours de l'audience que les objections doivent être soulevées que le président de la juridiction peut faire les observations qui s'imposent tant à l'avocat qu'au procureur de la République.

Les arguments d'ordre procédural par lesquels la défense d'un prévenu, d'un accusé critique la stratégie du procureur, y compris en termes vifs, doivent bénéficier d'une large protection, dès lors qu'ils sont tenus à l'occasion du procès dans la salle d'audience.

La Cour européenne des droits de l'homme juge donc que *“les avocats lorsqu'ils défendent leurs clients devant les tribunaux bénéficient également de la liberté d'expression”*¹⁷⁹ : *“Ce n'est qu'exceptionnellement qu'une limite touchant à la liberté d'expression de l'avocat de la défense - même au moyen d'une sanction pénale légère peut passer pour nécessaire dans une société démocratique”*¹⁸⁰. Elle a aussi admis que, dans certaines circonstances, l'ingérence dans la liberté d'expression d'un avocat au cours d'un procès pouvait soulever une question sous l'angle du droit à l'accusé de bénéficier d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention¹⁸¹.

Le défenseur ne peut donc être sanctionné pénalement, voire disciplinairement, pour avoir exercé pleinement sa mission de défense, lors d'une audience, en critiquant de manière vive l'accusation sur ses choix procéduraux sans recourir à l'injure¹⁸². Selon la Cour européenne, *“l'égalité des armes” et d'autres considérations militent en faveur d'un échange de vues libre, voire énergique entre les parties*¹⁸³.

Dans l'arrêt *Steur / Pays Bas*¹⁸⁴, la Cour a jugé que *“la seule menace d'un contrôle ex post facto des critiques formulées par lui à l'endroit de la manière dont les preuves avaient été obtenues de son client se concilie difficilement avec l'obligation qui pèse sur chaque avocat de défendre les intérêts de son client, et elle pouvait avoir un effet “inhibant” sur l'exercice par l'intéressé de ses obligations professionnelles.”* L'avocat avait critiqué la manière dont un fonctionnaire avait recueilli les preuves contre son client étranger, en situation irrégulière, qui maîtrisait mal la langue, hors la présence d'un avocat et d'un interprète et avait évoqué des pressions, ce qui avait conduit à sa condamnation au plan disciplinaire.

¹⁷⁹Kyprianou contre Chypre Grande Chambre requête n° 73797/01 du 15 décembre 2015, §151, Steuer contre Pays Bas n° 39657/98 du 28 octobre 2003 §§37,38

¹⁸⁰Kyprianou/ Chypre Grande Chambre requête n° 73797/01 du 15 décembre 2015, §174 ; Nikula / Finlande § 55;

¹⁸¹Nikula/ Finlande §49

¹⁸²Qualifier l'avis d'un juge de “ridicule” Commission W.R. c/ Autriche n° 26602/95 ou encore affirmer d'un procureur qu'il a rédigé l'acte d'accusation en étant totalement ivre (Commission 14 janvier 1998, Mahler c. / Allemagne n° 29045/95) Voir en particulier le §66 de l'arrêt Radobhuljac v. Croatie sur une liste de propos retenus comme outrages envers les juges par la Cour européenne (arrêt du 28 juin 2012, requête n° 51000/11)

¹⁸³Nikula/ Finlande §49

¹⁸⁴ 28 octobre 2003 requête n° 39657 §44

C'est ainsi que dans l'affaire Nikula contre Finlande la Cour européenne a conclu à la violation de l'article 10 à la suite de la condamnation d'une avocate à verser à un procureur des dommages intérêts pour diffamation, quand bien même la cour suprême de cet Etat avait infirmé la condamnation pénale à une amende, pour avoir critiqué les choix de l'accusation qui n'auraient été faits qu'en vue d'empêcher le plein exercice de la défense et de manière illégale (manipulation des rôles des protagonistes et présentation illégale des preuves).

A l'occasion de la procédure jugée par la Grande Chambre, le 15 décembre 2005¹⁸⁵, la Cour européenne a considéré qu'imposer une peine de cinq jours d'emprisonnement pour "contempt of court" (outrage à la cour) à un avocat qui refusait de continuer à défendre un accusé de meurtre car la cour lui reprochait sa manière de mener le contre interrogatoire d'un témoin, ne saurait constituer un juste équilibre entre la nécessité de garantir l'autorité du pouvoir judiciaire et la liberté d'expression de l'avocat. *"En effet, le public doit avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables"*. Le prononcé d'une peine d'emprisonnement à l'encontre d'un avocat peut avoir un effet dissuasif et influencer sur le droit à un procès équitable.

Dans l'arrêt Roland Dumas contre France, la Cour européenne a souligné que les écrits de l'ancien ministre¹⁸⁶ donnaient des informations intéressantes sur le fonctionnement du pouvoir judiciaire alors même que la procédure avait suscité un déferlement médiatique. Pour condamner la France pour ingérence injustifiée dans la liberté d'expression de l'intéressé, la Cour a relevé que *"dans ces circonstances, le requérant n'a fait qu'user dans son livre de sa liberté de relater en tant qu'ancien prévenu le récit de son propre procès. Certes, il ne se trouvait pas dans la même position qu'un avocat de la défense, qui jouit d'une grande latitude, au nom de l'égalité des armes, pour formuler des critiques à l'égard d'un procureur. La Cour n'y voit pas cependant une raison suffisante pour ne pas condamner le contrôle exercé a posteriori de propos formulés par lui dans le prétoire"*¹⁸⁷.

IV.3.2.2. La liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire

Dans une société démocratique, les tribunaux sont les instances appropriées pour trancher les litiges entre les parties qu'ils soient civils ou pénaux. La Cour européenne des droits de l'homme a semblé, à l'origine, plus que réticente à ce que le débat judiciaire déborde des enceintes où il doit prendre place. Elle a, toutefois, au travers de plusieurs affaires été amenée à s'interroger sur la liberté d'expression de l'avocat lorsqu'il s'exprimait en dehors de l'audience au sujet d'une procédure judiciaire en cours, ou encore, critiquait, à l'occasion de la conduite d'un dossier, l'action de la justice. Elle a été conduite, si ce n'est à reconnaître, du moins à admettre, la spécificité de la mission de défense qui peut se prolonger hors du prétoire dans certaines circonstances et sous certaines conditions. Elle a aussi réaffirmé que, comme tout citoyen, un avocat pouvait contribuer à l'information sur le fonctionnement du système judiciaire, mais que, "sans base factuelle suffisante", il ne pouvait porter des accusations graves contre des membres du corps judiciaire.

¹⁸⁵ Kyprianou contre Chypre Grande Chambre requête n° 73797/01 du 15 décembre 2015,

¹⁸⁶ A la suite du procès il avait écrit un livre intitulé, "l'épreuve, les preuves"

¹⁸⁷ Roland Dumas c. France requête n°34875/07 du 15 juillet 2010 §48

IV.3.2.2.1. Le prolongement de la défense d'un client dans les médias

La Cour européenne des droits de l'homme a éprouvé quelques réticences à considérer que le travail de défense d'un avocat dans une affaire en cours pouvait se poursuivre à l'extérieur du prétoire. L'arrêt Schöpfer contre Suisse déjà évoqué et qui le sera encore, plus avant, dans cet avis, en est un exemple. La cour n'a pu, pour autant, ignorer l'évolution qui a conduit à la médiatisation de certains procès, en particulier de nature pénale.

L'affaire Foglia/ Suisse est, à cet égard, éclairante. L'avocat de plusieurs clients victimes de détournements de fonds opérés pendant près de vingt ans par le gérant d'une société fiduciaire au profit, en grande partie, du football club dont il était le dirigeant, critiquait l'insuffisance de l'enquête effectuée après la mort de cet homme pour rechercher et identifier d'éventuels complices ou receleurs.

Dans cette affaire, qui avait un retentissement important à la suite de déclarations publiques de certains de ses clients, l'avocat avait, sollicité par des journalistes, indiqué qu'il considérait l'enquête conduite par le procureur comme superficielle et insuffisante. Il s'était, en outre, interrogé sur les faiblesses des contrôles opérés par la banque ayant reçu les fonds détournés sur le compte du football club, celle-ci étant gouvernée par un autre dirigeant du club.

Après avoir renoncé à des poursuites civiles pour atteinte à leur image, la banque concernée et certains de ses cadres mis en cause avaient saisi l'instance disciplinaire. Celle-ci confirmée par le tribunal fédéral devait relever plusieurs manquements à la déontologie à raison des apparitions médiatiques de Me Foglia et lui infliger une amende.

Il est intéressant de relever que les instances helvètes avaient considéré que :

-Les interventions de l'avocat ne revêtaient pas d'intérêt pour ses clients, en raison du communiqué du procureur sur la procédure;

-L'avocat avait accepté d'être interviewé à la télévision et de sa propre initiative, avait fait des déclarations à la presse qui avaient contribué à la diffusion d'informations infondées. Ces déclarations n'étaient justifiées ni par une attaque à son encontre, ni par un cas exceptionnel de protection d'un client;

-Qualifier une enquête réalisée par le parquet de hâtive et superficielle était faire preuve d'absence de modération et d'objectivité ;

-De plus, les déclarations avaient été faites avant que le recours ne soit jugé et pouvaient influencer les juges.

La commission de discipline avait considéré que *“les déclarations se heurtaient à la dignité de la profession : il ne fallait pas débiter l'ère des procès médiatisés, débattus dans la presse plutôt que dans les tribunaux.”*

Pour considérer que la condamnation de cet avocat constituait une ingérence qui n'était pas justifiée dans une société démocratique, la Cour européenne a pris soin de relever, en premier lieu, le contexte des deux interviews accordées par l'avocat : elles sont intervenues alors même que le procureur avait déjà donné un écho à l'affaire par un communiqué de presse et qu'une des victimes avait déjà exprimé son mécontentement sur le non-lieu.

En conséquence, la Cour européenne ne partageait pas l'opinion selon laquelle l'avocat *“serait responsable d'une campagne de presse et aurait ainsi engagé une procédure médiatique parallèle à la procédure judiciaire, en vue d'influencer les juridictions saisies de l'affaire.”*

La Cour notait aussi que la remise de la décision de non-lieu et du recours aux journalistes répondait *“au droit du public de recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires.”* Elle soulignait que les assertions de l'avocat se situaient dans le prolongement de celles de son client à savoir la nécessité d'approfondir une enquête hâtive et superficielle. Si les propos de l'avocat laissaient ainsi percer une certaine absence de considération *“à l'égard des autorités d'investigation, elles ne peuvent être qualifiées ni de graves ni d'injurieuses à l'égard de celles-ci.(...) Elles n'apparaissent pas non plus comme étant susceptibles de saper la confiance du public dans la justice”.*

La Cour européenne considère, donc, que l'article 10 de la Convention garantit à l'avocat sa liberté d'expression y compris au sujet une affaire en cours lorsque celle-ci a été antérieurement médiatisée, que les expressions employées ne sont *“ni graves ni injurieuses”* à l'encontre des autorités judiciaires - critère qu'elle interprète plutôt largement et de façon bienveillante - et que les propos ne sont pas susceptibles de saper la confiance du public dans la justice. Elle veille, également, à ce que les termes employés ne soient pas, non plus, attentatoires aux droits de tiers.

Elle condamne, comme étant une ingérence injustifiée, la condamnation à verser des dommages intérêts à un procureur, d'un avocat qui, invité sur un plateau de télévision à l'occasion d'une affaire médiatique opposant un chanteur populaire à son épouse de l'époque indique avoir beaucoup ri en lisant le rapport de ce magistrat proposant de classer la plainte qu'il avait rédigée. La Cour observe que l'avocat n'avait pas dénigré les qualités professionnelles du procureur, ni même injurié celui-ci mais simplement fait part de son ressenti à la lecture du travail de celui-ci dans le prolongement de la défense de son client. La cour énonce à ce sujet : *“Placée dans ce contexte, l'apparition du requérant au journal télévisé semble plutôt ressortir de son intention de défendre publiquement les thèses de son client, dans une affaire ayant attisé l'intérêt public, au lieu de viser directement à porter atteinte à la personnalité de D.M.”*

Par cette formule, dans l'arrêt *Alfantakis c. Grèce*¹⁸⁸, la Cour européenne considère qu'une intervention médiatique, dans un dossier sur lequel l'attention du public a déjà été attirée, peut être légitime et admet, donc, sous certaines conditions, la *“défense publique”* par un avocat, des intérêts de son client.

¹⁸⁸Arrêt du 11 février 2010 requête n° 49330

Il s'en déduit que lorsque l'affaire n'a pas attiré au préalable l'attention du public, les avocats doivent prendre garde aux propos qu'ils pourraient être amenés à tenir à l'extérieur d'une enceinte judiciaire. Un avocat victime de chantage, de graves blessures - une balle dans la jambe - peut faire part en interne de ses interrogations sur la décision du procureur et de la juge d'instruction s'accordant sur le maintien en liberté de l'auteur des faits ultérieurement arrêté alors que celui-ci faisait, déjà, au préalable l'objet de huit autres mandats d'arrêt. Il peut saisir le procureur général de deux plaintes, entamer une action en prise à partie contre les deux magistrats, se demandant si la décision particulièrement clémente et surprenante prise en faveur de son agresseur n'a pas été dictée par d'autres considérations que la justice.

Ce même avocat ne saurait, au motif de sa seule indignation, sans disposer "*de la moindre base factuelle suffisante*"¹⁸⁹, laisser transparaître ces accusations dans la presse qui, bien que voilées, sont d'une gravité dépassant la limite du commentaire admissible. Comme la soulignée la Cour européenne les faits faisaient l'objet d'une enquête interne à la justice qui n'était pas destinée à sortir du cercle des personnes qu'elle mobilisait.

La Cour a aussi rappelé que "*l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un État de droit, a besoin de la confiance du public pour bien fonctionner. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux*". Elle a également relevé l'absence de précautions prises par l'avocat pour éviter d'employer des expressions prêtant à confusion. Son indignation ne pouvait suffire à justifier une réaction si violente et méprisante pour la justice de sa part.¹⁹⁰

Il convient d'analyser, ici, l'arrêt Peruzzi contre Italie¹⁹¹, dont les circonstances de fait présentent certains points communs avec celles du pourvoi soumis à l'examen l'Assemblée plénière. Un avocat a été condamné pour diffamation envers un juge du tribunal de grande instance de Lucques pour avoir, alors qu'il avait saisi le conseil supérieur de la magistrature, diffusé aux collègues de celui-ci les accusations qu'il portait à son encontre : d'une part d'avoir pris des décisions arbitraires et injustes dans une procédure de partage où le requérant était avocat, d'autre part, des accusations plus générales de "partialité" pour avoir pris certaines décisions "volontairement, avec dol, ou faute grave ou par manque d'engagement."

La Cour européenne a noté que les propos qui ont été incriminés et condamnés au titre de la diffamation envers le magistrat visé, n'avaient pas été tenus dans une enceinte judiciaire, à l'occasion de l'évocation de l'affaire de partage. Elle a souligné que l'envoi de la lettre litigieuse s'était fait "*en dehors de tout acte procédural*"¹⁹².

La Cour a relevé que le requérant n'avait pas attendu les résultats de sa saisine du Conseil supérieur de la magistrature.

¹⁸⁹Militiadis Karpetas contre Grèce requête n° 6086/10 arrêt du 30 octobre 2012 §78

¹⁹⁰ Arrêt du 15 juillet 2010, Roland Dumas contre France requête n°34875/07, §79

¹⁹¹ Arrêt du 30 juin 2015, requête n° 39294

¹⁹² Peruzzi/§ Italie précité §62 et 63

La Cour a estimé que la première critique ne pouvait être considérée comme excessive, s'agissant de l'opinion que l'avocat avait des décisions prises de ne pas suspendre une vente immobilière tant qu'un pourvoi était en cours et que cette opinion subjective reposait sur une "certaine" base factuelle.

La Cour a jugé qu'il en allait autrement "*pour le deuxième reproche, à savoir d'être un juge "ayant parti pris" et d'avoir commis des erreurs "volontairement, avec dol ou faute grave ou par manque d'engagement". Ce reproche impliquait le mépris, de la part de X, des obligations déontologiques propres à sa fonction de juge, voire même la commission d'une infraction pénale. En effet, l'adoption, par un juge, d'une décision sciemment erronée pourrait être constitutive d'un abus de pouvoir. En tout état de cause, la lettre circulaire déniait à X les qualités d'impartialité, d'indépendance et d'objectivité qui caractérisent l'exercice de l'activité judiciaire. Or, le requérant n'a à aucun moment essayé de prouver la réalité du comportement spécifique imputé à X et n'a produit aucun élément susceptible de démontrer l'existence d'un dol dans l'adoption des décisions qu'il contestait. Aux yeux de la Cour, ses allégations de comportements abusifs de la part de X ne se fondaient que sur la circonstance que ce magistrat avait rejeté les demandes formulées par le requérant dans l'intérêt de ses clientes*¹⁹³.

La Cour a ajouté que "*la diffusion du courrier au sein d'une communauté restreinte, telle que celle d'un tribunal local, ne pouvait que nuire à la réputation et à l'image professionnelle du juge concerné*¹⁹⁴".

Ce qui s'est avéré essentiel dans cette affaire, outre que l'avocat n'a pas attendu le résultat de la saisine du Conseil de la magistrature, est qu'il ne disposait d'absolument aucun élément de fait au soutien du grief fait au juge d'être de parti pris.

IV.3.2.2.2. La liberté d'expression de l'avocat liée à la critique du fonctionnement de la justice, sujet d'intérêt général

Quels que soient leurs devoirs, leur obligation de contribuer à la confiance en la justice, "*la liberté d'expression vaut aussi pour les avocats qui ont le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice mais dont les critiques ne sauraient franchir certaines limites.*¹⁹⁵"

Pour parvenir à déterminer si l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression a été légitime ou non la Cour tient compte "*de l'équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu, parmi lesquels figurent le droit du public à être informé sur les questions qui touchent au fonctionnement du pouvoir judiciaire, les impératifs d'une bonne administration de la justice et la dignité de la profession d'avocat.*"

La Cour a clairement admis le droit pour un avocat de s'exprimer sur une question d'intérêt général concernant l'organisation de la Justice.

¹⁹³ Idem, ci-dessus, §60

¹⁹⁴ Idem ci-dessus §63

¹⁹⁵ Amihalachioae c. Moldova arrêt du 20 avril 2004 (requête n° 60115 /00) § 28 ; Schöpfer/Suisse du 20 mai 1998 §33

Elle a ainsi considéré que la condamnation au maximum de l’amende d’un avocat, M Amihalachioaie, président de l’Union des avocats de Moldova, pour absence de considération envers la Cour constitutionnelle contrevenait à l’article 10 de la Convention.

Celui-ci devait pouvoir s’exprimer librement sur l’organisation des avocats moldaves qui, selon lui, était réduite à néant par la décision de la Cour constitutionnelle, fût -ce en termes vifs dénotant peu de considération pour la Haute juridiction mais ne pouvant être qualifiés, ni de graves, ni d’injurieux. La Cour a rappelé que *“les déclarations du requérant portaient sur une question d’intérêt général et qu’elles s’inscrivaient dans le cadre d’une vive polémique déclenchée parmi les avocats par une décision de la Cour constitutionnelle sur le statut de la profession et qui mettait fin à l’organisation des avocats en une structure unie, l’Union des avocats de Moldova, dont le requérant était le président”*¹⁹⁶.

De même, des avocats qui ont contribué à une enquête, pour corruption mettant en cause un avoué et une juge, peuvent, en réaction à un article qui les a mis en cause pour s’être acharnés contre le magistrat, critiquer la législation, alors en vigueur, qui ordonnait que l’action publique contre le magistrat fasse l’objet d’une procédure distincte. La conduite de deux procédures séparées ne pouvait, selon eux, comme en l’espèce, que conduire à des contradictions : la juge avait bénéficié d’un non-lieu définitif alors que le corrupteur était renvoyé devant la juridiction de jugement. Les deux avocats s’interrogeaient sur le point de savoir si l’éventuelle condamnation de celui-ci n’impliquerait pas celle, “ par défaut,” de la juge?.

La Cour européenne a estimé que les propos à l’égard du magistrat étaient sarcastiques mais pas injurieux. Les affirmations sur un ton acerbe relevaient du jugement de valeur qui n’emportait pas d’allégations trompeuses ou d’attaques personnelles et gratuites¹⁹⁷. Les deux avocats n’étaient pas “dans” la procédure, celle contre la juge étant au demeurant définitivement close. La condamnation à verser des dommages intérêts était de nature à dissuader de contribuer à la discussion publique sur des questions qui intéressent la vie de la collectivité.

Si l’avocat exprime des critiques à partir d’une affaire en cours, la Cour européenne tiendra compte des conditions dans lesquelles l’intervention publique de l’avocat est survenue.

Il n’est pas indifférent que l’affaire en cause ait préalablement déjà suscité un vif intérêt de la part des journaux, radios, télévisions ou autres moyens de communication en ligne. La Cour s’interrogera aussi sur le point de savoir d’une part, si le fait d’en appeler aux médias était indispensable au regard de recours qui pouvaient être intentés, d’autre part, si la nature du ton employé était adaptée.

Les premiers arrêts de la Cour européenne et, notamment, l’arrêt Schöpfer contre Suisse¹⁹⁸, laissent transparaître assez nettement la réticence initiale de la Cour face à la médiatisation de procès judiciaires.

¹⁹⁶ Idem note 35 ci-dessus § 35

¹⁹⁷ Gouveia Gomes Fernandes et Joao Manuel Pereira de lima de Freitas e Costa / Portugal arrêt du 29 mars 2011 requête n° 1529/08 §

¹⁹⁸ Schöpfer contre Suisse du 20 mai 1998 requête n° 56/1997/840/1046 .

La Cour européenne des droits de l'homme avait jugé, dans cette affaire, en 1998, que la condamnation à une amende civile modique par une autorité ordinaire d'un avocat qui, dénonçait publiquement en termes généraux, durs et critiques, à l'occasion d'une procédure en cours, la violation systématique du droit par la préfecture d'un canton, critiquait comme constituant une violation inacceptable des droits de l'homme l'arrestation de son client avant même d'exercer les recours internes dont l'un d'entre eux lui donnera partiellement raison, ne constituait pas une violation de l'article 10 de la Convention. L'avocat s'était exprimé en termes généraux et sur un ton déplacé, sans avoir alerté les autorités de tutelle de la préfecture, en l'espèce le procureur. Le requérant n'avait nullement, autrement que par des allégations établies, l'inefficacité de celui-ci. La communication dans les médias ne constituait pas son dernier recours quand, de plus, il avait ultérieurement initié deux instances. Ainsi, ses propos ne contribuaient pas à instaurer confiance en la justice.

Cet arrêt reste emblématique de la réserve qui s'impose à l'avocat lorsqu'il s'exprime en public¹⁹⁹. Il est aussi révélateur de l'attachement de la Cour européenne à ce que les difficultés relatives à une procédure soient évoquées dans les enceintes judiciaires et, au moyen des voies de recours adéquates. C'est ce qu'a toujours affirmé la Cour européenne en énonçant : *“L'expression ‘autorité du pouvoir judiciaire’ reflète notamment l'idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour statuer sur les différends juridiques et se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence quant à une accusation en matière pénale, et que le public les considère comme tels. Il y va, en ce qui concerne la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire, de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, aux prévenus”*²⁰⁰.

Il n'en demeure pas moins que dans l'arrêt *Mor* contre France, elle a expressément reconnu le droit à une avocate de s'exprimer sur un sujet d'intérêt général qui concernait la santé publique. Il était légitime que l'avocate d'une partie civile qui avait déposé plainte aux noms de parents dont l'enfant serait mort par suite d'une maladie apparue après la vaccination contre l'hépatite B, s'exprime sur le contenu d'un rapport d'expertise mettant en cause à la fois les laboratoires mais aussi les autorités de pharmaco-vigilance, dont la presse avait eu par ailleurs connaissance. La Cour européenne rappelait, selon sa jurisprudence constante, que : *“L'opinion publique était donc assurément intéressée par cette question. ‘A cet égard, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou, comme en l'espèce, des questions d'intérêt général (...) et que dans un contexte médiatique, la divulgation d'informations peut répondre au droit du public de recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires’*²⁰¹.

¹⁹⁹A la même époque dans l'arrêt *Ziljmann* contre Suisse du 28 juin 1995, requête 21861/93 la CEDH avait énoncé *“l'avocat se doit en vertu de ses règles déontologiques de faire preuve d'une certaine retenue dans ses déclarations publiques en se montrant objectif et en utilisant des formulations neutres plutôt que la critique virulente, voire injurieuse à l'encontre du ministère public.*

²⁰⁰Arrêt *Mor* / France 15 décembre 2011 requête 28198/09 §43 ou encore *Worm* c. Autriche, 29 août 1997, Recueil 1997-V, § 40

²⁰¹ Arrêt *Mor*/ France précité § 53

“Eu égard à la couverture médiatique en raison de la gravité des faits et des personnes susceptibles d’être mises en cause, la Cour n’a pas vu l’intérêt qu’il y avait à exiger de l’avocate de ne pas commenter des informations déjà connues des journalistes”, les circonstances expliquaient que l’avocate des victimes ait été “invitée à faire des commentaires sur cette affaire²⁰²”. Bien plus, elle a jugé que la jurisprudence de la chambre criminelle selon laquelle il est indifférent que le document couvert par le secret ait déjà été révélé au public, ne suffisait pas à rendre nécessaire l’ingérence dans la liberté d’expression de l’avocat qui devait être motivée au regard de l’article 10 de la Convention.

Dans cette affaire, la Cour européenne a été jusqu’à affirmer que “La protection de cette liberté [la liberté d’expression de l’avocat] doit prendre en compte l’exception prévoyant que l’exercice des droits de la défense peut rendre nécessaire la violation du secret professionnel”.

C’était donc bien admettre aussi que la défense se prolongeait en dehors du prétoire. C’est au demeurant ce que la lecture de l’arrêt confirme quand il est question des propos de l’avocat relatifs aux pressions qu’aurait subies l’expert. Alors que la cour d’appel avait rejeté l’argument selon lequel l’avocate avait voulu alerter le public et souhaitait s’exprimer sur le contenu du rapport pour les besoins de la défense, la Cour européenne des droits de l’homme a, au contraire, estimé que : *“les familles des victimes – représentées par la requérante – avaient un intérêt certain, pour leur défense et l’instruction sereine et indépendante de leur plainte, quatre ans après le dépôt de celle-ci, à rapporter au public d’éventuelles pressions extérieures exercées sur l’expert dont l’importance des conclusions n’est pas contestée en l’espèce. De telles pressions, à les supposer avérées, étant inacceptables et incontestablement de nature à nuire à la bonne marche d’une instruction, la Cour estime que les déclarations de la requérante ne pouvaient passer comme susceptibles de troubler le bon fonctionnement de la justice ou de porter atteinte à la présomption d’innocence de personnes mises en cause. Au contraire, la défense de ses clients pouvait se poursuivre avec une intervention dans la presse dans les circonstances de l’espèce, dès lors que l’affaire suscitait l’intérêt des médias et du public²⁰³.”*

*

La Cour européenne des droits de l’homme souligne la place essentielle de l’avocat dans la Justice : dans le cadre de l’audience, le droit de la défense justifie que sa parole ne puisse qu’exceptionnellement être restreinte étant précisé que sa liberté n’est toutefois pas sans limites, dans la mesure où sa mission implique qu’il concourt à la confiance dans la justice.

A l’extérieur du prétoire, l’avocat peut s’exprimer sur un sujet d’intérêt général à condition de respecter une certaine mesure et, le cas échéant, si ces propos comportent un jugement de valeur susceptible porter atteinte à la réputation d’un tiers de disposer d’une base factuelle suffisante. Sur ce dernier point, il ne se distingue pas de toute personne qui participe à un débat public d’intérêt général.

²⁰² Arrêt Mor contre France précité §§54 et 56

²⁰³ Affaire Mor contre France §59

Lorsque la procédure a déjà été médiatisée, l'exercice de la défense de clients par l'avocat peut se prolonger par des interventions dans la presse pour peu que les propos tenus n'atteignent pas l'autorité et l'impartialité de l'autorité judiciaire en raison d'excès ou d'une outrance incompatibles avec la déontologie de la profession. Comme le soulignait Anne Sophie Chavent-Leclère *"Il semble qu'aux yeux des juges, la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, voire l'apparence de cette garantie, apparaissent comme les fondements essentiels de la restriction permise à la liberté d'expression."*²⁰⁴

L'arrêt de la grande Chambre de la Cour européenne rendu dans l'affaire X... contre France n'a fait que rappeler l'ensemble des principes ainsi énumérés²⁰⁵ : *"Ainsi, la liberté d'expression vaut pour les avocats. Outre la substance des idées et des informations exprimées, elle englobe leur mode d'expression. Les avocats ont ainsi le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, même si leur critique ne saurait franchir certaines limites. Ces dernières se retrouvent dans les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau (...) qu'il s'agisse notamment de la "dignité, l'honneur, la probité" ou de la "contribution à une bonne administration de la justice". (...) De telles règles contribuent à protéger le pouvoir judiciaire des attaques gratuites et infondées qui pourraient n'être motivées que par une volonté ou une stratégie de déplacer le débat judiciaire sur le terrain strictement médiatique ou d'en découdre avec les magistrats en charge de l'affaire."*(paragraphe 134 de l'arrêt)

En ce qui concerne les propos tenus en dehors du prétoire, la Grande Chambre a énoncé : *"la défense d'un client peut se poursuivre avec une apparition dans un journal télévisé ou une intervention dans la presse et, à cette occasion, avec une information au public des dysfonctionnements de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction"*(Paragraphe 138).

Toutefois, la cour souligne que *"l'avocat n'est pas déchargé de son devoir de prudence à l'égard du secret de l'instruction en cours lorsqu'il s'exprime publiquement"*.

Et, à l'évidence, les *"avocats ne peuvent tenir des propos d'une gravité dépassant les commentaires admissibles sans une solide base factuelle. Au regard des circonstances de l'affaire(...), un ton non pas injurieux mais acerbe voire sarcastique, visant les magistrats [a été] peut être jugé compatible avec l'article 10"* (Paragraphe 139).

"Les propos doivent être appréciés dans leur contexte notamment pour déterminer s'ils peuvent passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite et pour s'assurer que les expressions utilisées présentent un lien suffisant avec les faits de l'espèce".(Paragraphe 139)

*

²⁰⁴ Anne-Sophie Chavent Leclère : La France condamnée à protéger la liberté d'expression de l'avocat -Procédures 2 février 2012 com. N° 46

²⁰⁵Arrêt du 23 avril 2015, requête n° 29369/10, Voir les paragraphes 132 à 139 de l'arrêt

V La réponse à apporter au pourvoi eu regard des principes ainsi déterminés et de l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 23 avril 2015

V.1 L'arrêt de la cour d'appel de Rouen confronté à l'arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne

V.1.1L'arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 16 juillet 2008

Pour retenir la culpabilité d'Olivier X..., la cour d'appel de Rouen a considéré, par son arrêt du 16 juillet 2008, que les propos tenus par M. X... au journaliste, confirmant les termes de la lettre adressée au Garde des Sceaux, imputaient un comportement partial et déloyal aux deux juges d'instruction et, particulièrement, à Mme Y..... La cour d'appel a estimé que ces imputations diffamatoires étaient extrêmement graves quand elles reprochaient aux deux magistrats instructeurs d'avoir été de connivence avec le procureur de Djibouti et d'avoir sciemment gardé par-devers eux la cassette enregistrée lors de leur dernier transport sur les lieux.

La cour a écarté l'offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires, ne retenant pas l'ensemble des documents produits par la défense pour établir notamment que l'instruction avait privilégié une direction, que la lettre manuscrite du procureur de Djibouti établissait à tout le moins une convergence de vue, et enfin que la cassette-vidéo n'avait pas été versée au dossier en temps utile.

Pour refuser le bénéfice de la bonne foi, la cour a, dans un premier temps, relevé que la mise en cause professionnelle et morale très virulente, par Me X..., des deux juges d'instruction n'avait plus le moindre intérêt procédural dans la mesure où les juges avaient été dessaisis et la cassette vidéo versée au dossier. La cour a estimé que les profondes divergences qui avaient opposé l'avocat de Mme A..... aux juges d'instruction, ne pouvaient justifier ces critiques a posteriori. Les juges du second degré ont jugé que la démarche était liée à une animosité personnelle et une volonté de discréditer les deux magistrats et, en particulier, Mme Y.... et, ce, de manière calculée. En effet, Me X... avait saisi la chambre de l'instruction du dossier de la Scientologie également instruit par Mme Y.... dont des pièces avaient disparu.

Pour approuver cette décision, la chambre criminelle, par son arrêt du 10 novembre 2009 avait, après avoir rappelé que *“si toute personne a droit à la liberté d'expression et si le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice, l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis, comme dans le cas d'espèce où les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique ont été dépassées, à des sanctions prévues par la loi nécessaires à protection, dans une société démocratique, à la réputation des droits d'autrui”*²⁰⁶.

Cette position avait été approuvée par la cinquième section de la Cour européenne dans son arrêt du 11 juillet 2013²⁰⁷ qui avait relevé *“qu'en s'exprimant comme il l'avait fait le requérant avait adopté un comportement dépassant les limites que les avocats doivent respecter dans la critique publique de la justice”*. Cette formation de la Cour européenne estimait que ces propos étaient graves et injurieux et susceptibles de saper inutilement la confiance du public à l'égard de l'institution judiciaire puisque l'instruction du dossier avait été confiée à un autre juge depuis plusieurs mois.

²⁰⁶Arrêt du 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-86.295

²⁰⁷Requête n° 29369/10 solution approuvée par six voix contre une

Enfin, les juges européens relevaient que la chronologie pouvait laisser à penser que les propos du requérant avaient été dictés par une animosité personnelle envers la juge. (Cf. §§106 et 107)

A l'unanimité de l'ensemble des dix-sept juges, la Cour européenne des droits de l'homme dans sa formation la plus solennelle, la Grande Chambre, a conclu, à l'opposé, à la violation de l'article 10 de la Convention et condamné la France.

V.1.2.L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme

Il a été précédemment rappelé les principes qui guident la démarche de la Cour européenne lorsqu'elle est conduite à s'assurer qu'une ingérence dans la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention est nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi. Il a été souligné que la Cour européenne, siégeant en Grande chambre, comme auparavant la cinquième section de la Cour, n'ont en rien modifié le raisonnement suivi.

Des propos relevant d'un sujet d'intérêt général mais ne participant pas directement à la défense

La Cour européenne n'a pas considéré, comme le soutenait M. Olivier X... qu'il s'était exprimé au service de la mission de défense de sa cliente. La cour a observé que si les propos litigieux s'inscrivaient dans le cadre de la procédure, ils visaient des juges qui n'étaient plus en charge du dossier. Selon son expression, *“elle ne décèle donc pas dans quelle mesure ses déclarations pouvaient directement participer de la mission de défense de sa cliente”*(§149 de l'arrêt).

En revanche, la Cour européenne a admis, comme elle l'avait fait auparavant, dans les affaires Floquet et Esmenard, et July Sarl Libération, que les propos concernaient un sujet d'intérêt général. La procédure avait connu un fort retentissement médiatique dès son commencement *“ce qui témoignait de la place significative qu'elle occupait dans l'opinion publique”*. S'agissant du déroulement d'une information judiciaire et du fonctionnement de l'institution judiciaire, les propos s'inscrivaient dans *“un débat public d'intérêt général”*. La Cour européenne en concluait que cela impliquait *“un niveau élevé de protection de la liberté d'expression allant de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte”*(§153 de l'arrêt).

Pour la juridiction européenne, les déclarations incriminées constituaient davantage des jugements de valeur que de pures déclarations de fait, dès lors qu'elles *“renvoient principalement à une évaluation globale du comportement des juges d'instruction durant l'information”*.

La Cour a, également considéré qu'elles étaient fondées sur une base factuelle suffisante ; on se reportera aux paragraphes 157 à 160 de l'arrêt.

Enfin, les propos présentaient un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce et ne pouvaient passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite. En outre, *“l'emploi d'un ton “acérbe” dans l'expression visant les magistrats n'est pas contraire à l'article 10 de la Convention”* (§161).

*

L'affaire au regard des circonstances particulières de l'espèce

Pour la Cour européenne, le comportement de Me X... se situait dans un cadre plus large qu'un affrontement avec Mme Y.... : il impliquait son confrère et un autre magistrat. L'action de l'avocat s'inscrivait dans une démarche commune professionnelle de deux avocats en raison de faits nouveaux, établis et susceptibles de révéler un dysfonctionnement grave du service de la justice impliquant deux anciens juges chargés d'instruire la procédure où leur cliente est partie civile.

La cour a admis "la connotation négative", "une certaine hostilité", "la gravité susceptible de [les] caractériser" les propos mais a jugé qu'au regard de la question centrale abordée : les dysfonctionnements d'une information judiciaire, question relevant d'un sujet d'intérêt général, il n'y avait guère, selon sa jurisprudence constante, de place pour des restrictions à la liberté d'expression. "*L'avocat doit pouvoir attirer l'attention, sur d'éventuels dysfonctionnements judiciaires, l'autorité judiciaire pouvant tirer un bénéfice d'une critique constructive*". (§167)

Si le magistrat est tenu à un devoir de réserve, s'il peut être nécessaire de le protéger les autorités judiciaires contre les attaques graves préjudiciables dénuées de tout fondement, cela ne saurait, pour autant, interdire à l'avocat, qui ne parle qu'en son nom et celui de son client, de s'exprimer librement, par des jugements de valeur reposant sur une base factuelle suffisante, sur le fonctionnement de la justice ou la conduite d'une instruction par deux magistrats envers qui la critique admissible est plus large. En l'espèce, les propos qui visaient deux magistrats qui n'étaient plus en charge de l'instruction, qui ne concernaient pas celui qui avait été nommé, ne pouvaient porter atteinte à l'autorité du système judiciaire. (§§168 à 170)

Si la Cour européenne a mis en avant que "*la défense d'un client par son avocat doit se dérouler non pas dans les médias, sauf circonstances très particulières mais devant les tribunaux compétents, ce qui inclut les voies de recours disponibles*", en l'espèce, la partie civile avait usé des voies de droit disponibles. Au moment où il est apparu que la cassette ne figurait pas au dossier, la chambre de l'instruction ne pouvait plus être utilement saisie, les deux juges d'instruction ayant été dessaisis. De plus, les avocats de Mme A..... avaient été diligents et avaient permis l'audition d'un témoin important en Belgique. L'envoi du courrier au Garde des Sceaux ne constituait pas une démarche judiciaire et, enfin, aucune poursuite disciplinaire n'avait été engagée à l'encontre Me X... à raison de ses propos dans la presse.

En conclusion, pour la Cour européenne, les propos reprochés à Olivier X... ne constituaient pas des attaques gravement préjudiciables à l'action des tribunaux, dénuées de fondement sérieux mais, des critiques à l'égard des juges Y.... et Z..... exprimées dans le cadre d'un débat d'intérêt général relatif au fonctionnement de la justice et dans le contexte d'une affaire au retentissement médiatique important depuis l'origine. S'ils pouvaient passer pour virulents, ils n'en constituaient pas moins des jugements de valeur reposant sur une base factuelle suffisante. La condamnation était, de plus, importante, la qualité professionnelle d'avocat ayant été retenue pour justifier sa sévérité. L'ingérence dans la liberté d'expression du requérant n'était donc pas nécessaire et proportionnée.

La Grande chambre de la Cour européenne a analysé beaucoup plus précisément les circonstances que ne l'avaient fait les juridictions nationales pour, d'une part relativiser la portée des propos, d'autre part, les apprécier dans leur contexte qui ne pouvait être réduit à la seule animosité prêtée à M. Olivier X... envers Mme Y..... Les faits participaient d'une démarche commune aux deux avocats. Les propos devaient être entendus comme ceux d'un avocat qui retraduisait les critiques de sa cliente, à partir d'un certain nombre d'éléments pouvant permettre de les énoncer.

La Cour européenne dans un arrêt ultérieur du 3 décembre 2015²⁰⁸ devait, en revanche, rejeter la requête de l'avocat de Bernard Laroche condamné pour diffamation à l'égard de Jean-Marie Villemin à raison de deux passages de son livre intitulé "Affaire Grégory : la justice a-t-elle dit son dernier mot ?" Les juges européens ont pris en considération l'analyse détaillée des faits, l'examen scrupuleux de l'ouvrage au regard de la liberté d'expression par les juges nationaux, quand le compte-rendu d'une affaire pénale ayant défrayé la chronique constituait un sujet d'intérêt général. Elle a ainsi estimé que la pesée entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la réputation avait été, bien que la marge d'appréciation ait été étroite, correctement réalisée. L'ingérence dans le droit à la liberté du requérant était justifiée par des motifs pertinents, et ce, bien que les dommages intérêts alloués à la partie civile aient été relativement substantiels.

V.2.Discussion :

V.2.1 La portée de l'arrêt de la Grande Chambre:

Dans un discours prononcé le 21 janvier 2005, lors d'un séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'a en rien perdu de son actualité, M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation²⁰⁹ énonçait : *"Il y a incontestablement une perte de souveraineté des juridictions supérieures des Etats parties dès lors que leurs décisions sont, fût-ce indirectement, soumises au contrôle a posteriori de la Cour européenne des droits de l'homme.*

Lorsqu'il s'agit d'interpréter la Convention elle-même, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur les décisions des juges nationaux ne peut être discuté. Il est normal, logique et souhaitable que les interprétations données par la Cour européenne du texte qui la fonde, priment sur celles que formulent les juridictions des Etats parties. La primauté d'interprétation de la Cour européenne est indispensable à l'application uniforme de la Convention. La contester serait une aberration politique autant que juridique".

Ce haut magistrat poursuivait ainsi :

²⁰⁸Requête 30936/12 Prompt contre France seuls deux passages avaient été retenus comme diffamatoires in fine contre plus d'une vingtaine poursuivis initialement.

²⁰⁹Ce discours est publié sur le site de la Cour de cassation : "publications" → "discours et entretiens" → publications diverses : Cours suprêmes et Convention européenne des droits de l'homme : "Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne".

“La perte de souveraineté des juridictions suprêmes nationales va jusqu’à une remise en cause de l’autorité de leurs décisions. Tel est le cas, en France, en matière pénale. A la suite d’un long conflit entre les autorités françaises et le Conseil de l’Europe a été instaurée, par une loi du 15 juin 2000, une procédure qui permet de soumettre à un nouveau jugement une affaire qui avait cependant épuisé les voies de recours internes, lorsque la violation de la Convention constatée par votre Cour, [la Cour européenne des droits de l’homme] entraîne par, sa nature ou sa gravité, des conséquences dommageables qui ne peuvent être réparées par une indemnité.

“Une telle voie procédurale est logique et à vrai dire indispensable ; il est difficilement admissible de laisser produire effet dans l’ordre juridique une décision de justice affectée d’une violation de la Convention qui anéantit son fondement de fait ou de droit. Mais il faut comprendre que le système juridictionnel de la Convention a franchi une étape décisive puisque, par ce biais, les arrêts de la Cour européenne produisent des effets sur l’autorité de la chose jugée par les juridictions internes. La Cour s’immisce ainsi dans les mécanismes de jugement internes”.

Par son arrêt du 16 avril 2016, la Cour de Révision et de Réexamen a considéré que, par leur nature et leur gravité, les violations constatées de la Convention entraînaient des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée par la Cour européenne des droits de l’homme n’avait pas mis un terme.

Cette cour a, donc, renvoyé à l’Assemblée plénière de la Cour de cassation, afin de le juger à nouveau, le pourvoi formé par M. X... qui invoquait une violation de l’article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Dans la mesure où la chambre criminelle avait précédemment rejeté le pourvoi contre l’arrêt de condamnation, reprendre l’examen du pourvoi est de nature à remédier à la violation du droit à la liberté d’expression du demandeur.

Dans sa formation la plus solennelle, la Grande Chambre, la Cour européenne des droits de l’homme a jugé, à l’unanimité de ses 17 juges, exactement à l’opposé : la condamnation tant pénale que civile de M. Olivier X... constitue *“une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d’expression de l’intéressé, qui n’était donc pas « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l’article 10 de la Convention”*²¹⁰.

La Convention européenne des droits de l’homme est celle qui résulte du texte tel qu’interprété par la Cour européenne des droits de l’homme dont la compétence définie par l’article 32 de la Convention *“s’étend à toutes les questions concernant l’interprétation et l’application de la Convention”*. De part l’article 46 de la Convention, *“les Hautes parties contractantes s’engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la cour dans les litiges auxquelles elles sont parties.”* Les arrêts de la Cour ont donc une force obligatoire. De plus, l’autorité relative de la chose jugée leur est attachée : il n’oblige que les parties au litige et pour le seul cas tranché²¹¹.

²¹⁰Arrêt de la grande chambre §177

²¹¹ Il ne s’agit pas, ici, de “l’autorité de la chose interprétée” des arrêts de la Cour européenne qui a conduit les cours suprêmes des Etats à intégrer les normes telles qu’interprétées par la Cour européenne dépassant l’autorité relative de la chose jugée de ses arrêts comme le souligne le professeur Sudre. On se reportera, à titre d’exemple, à l’arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011 statuant sur la méconnaissance des droits de la personne placée sous le régime de la garde à vue, *au regard de l’article 6 de la Convention tel qu’interprété par les arrêts Salduz c/ Turquie et*

Toutefois, l'arrêt n'a qu'une portée déclaratoire et il appartient à l'Etat condamné de prendre les mesures nécessaires pour remédier à la violation de la Convention constatée par l'arrêt de la Cour européenne. Faute de mécanisme de réouverture des procédures lorsqu'une violation avait été, auparavant, constatée, la condamnation de la France restait lettre morte. C'est l'affaire Hakkar, en particulier, qui a conduit à la modification de la législation. L'intéressé avait été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté de 18 ans pour meurtre, tentative de meurtre, vols avec port d'arme et vol avec violence en 1989. Il avait refusé de comparaître à son procès dans la mesure où la cour n'avait pas accordé le renvoi de l'affaire alors que son avocat ne pouvait être présent. La Commission avait constaté la violation du droit à un procès équitable en raison de l'atteinte portée aux droits de la défense. Outre la condamnation de la France à verser 62.000 F. à l'intéressé, le Comité des ministres avait recommandé, le 15 décembre 1995, la réouverture du procès. Cette recommandation devait rester longtemps lettre morte ce qui créait des tensions entre la France et le Conseil de l'Europe. La procédure de réexamen ne devait, en définitive, entrer dans notre droit qu'en 2000, à l'occasion d'un amendement, re-travaillé lors de la procédure parlementaire, présenté par Jack Lang lors de la discussion de loi sur la présomption d'innocence.

La procédure de réexamen permet de remettre en cause l'autorité de la chose jugée en autorisant la réouverture d'une procédure pénale clôturée par une décision définitive. Il peut ainsi être remédié aux vices qui ont été constatés par la Cour européenne, lorsque la satisfaction équitable ne suffit manifestement pas. Comment laisser subsister une condamnation prononcée aux termes d'une procédure inéquitable? Comment laisser subsister une condamnation qui porterait atteinte à une liberté garantie par la Convention?

La violation de l'article 10 de la Convention, la méconnaissance du droit à la liberté d'expression de M. Olivier X... ont été constatées par la Cour européenne à l'unanimité et la France condamnée à ce titre.

Ce constat de violation s'impose à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation saisie par la cour de révision et de réexamen, ne pourra que casser et annuler l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen pour violation de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

V.2.2. Les modalités de la cassation : l'application de l'article L411-3 du code de l'organisation judiciaire.

Aux termes de l'article L 411-3 du Code de l'organisation judiciaire, *“la Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond”*.

Les propos incriminés présentant la forme d'allégations ou imputations de faits

Dayanan c/ Turquie rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009, cités au sein même de la motivation de l'arrêt.

contraires à l'honneur ou à la considération des magistrats, parties civiles, la mise en conformité de la France avec la décision de la Cour européenne implique d'admettre que M. Olivier X... pouvait tenir ces paroles sévèrement critiques à l'égard de juges dessaisis.

La Cour européenne a examiné l'affaire qui lui était soumise au regard des circonstances de fait telles qu'elles résultaient des jugements et arrêts figurant à la procédure, au vu des arguments tant du demandeur, que du gouvernement français.

La violation du droit à la liberté d'expression constatée par la Cour ressortait par-delà l'arrêt de condamnation de la Cour d'appel de Rouen, approuvé par la chambre criminelle de la Cour de cassation, des circonstances dans lesquels les propos poursuivis ont été tenus. On notera, toutefois, que la Cour européenne a pris en compte des décisions de la Cour de justice internationale ou de la cour d'appel de Versailles, postérieures aux propos litigieux. On remarquera que, s'il est possible de verser de telles pièces au titre de l'offre de la preuve de la vérité du fait diffamatoire, il est nécessaire que celles-ci renvoient à des faits antérieurs à la tenue des propos incriminés. De plus, il n'est pas possible de s'en prévaloir au titre de la bonne foi, l'enquête sérieuse devant avoir nécessairement précédé les discours ou écrits incriminés²¹².

L'ensemble des éléments ayant concouru à ce que la sanction infligée à M. Olivier X... soit jugée comme intervenue en contravention avec l'article 10 de la Convention, ont été pris en compte par la Cour européenne y compris ceux de contexte.

La cassation et l'annulation de l'arrêt de la cour d'appel de Rouen s'imposent. Il ne restera dès lors plus rien à juger, ni au plan pénal, ni au plan civil. La cassation doit donc être prononcée sans renvoi.

C'est ce que juge fréquemment la Chambre criminelle quand, après avoir cassé un arrêt de condamnation en matière de diffamation, elle estime qu'il n'y a plus rien à juger. On se reportera ainsi à des arrêts de la chambre criminelle qui ont constaté que les faits relevaient de l'injure et non de la diffamation²¹³, d'une opinion²¹⁴, ou encore que *“les propos s'inscrivant dans le cadre d'un débat général ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression”*.²¹⁵

Dans un arrêt du 15 décembre 2015²¹⁶, saisie d'une requête en rectification d'erreur matérielle, après avoir cassé sans renvoi un arrêt de condamnation pour diffamation, cette même chambre a jugé :

“qu'aux termes de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, la Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, et qu'elle peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels

²¹²Chambre criminelle 8 septembre 2015 pourvoi n° 14-81.681. Voir sur cette question Christophe Bigot Pratique du droit de la presse. Ed. Victoires et références citées.

²¹³Chambre criminelle 13 avril 2010, Bull. Crim. n° 70 ; 7 décembre 2010 Bull. Crim. n° 197

²¹⁴Chambre criminelle 1^{er} septembre 2010, pourvoi n°09-88.465

²¹⁵Chambre criminelle 29 mars 2011, pourvoi n° 10-85.887 Bull. Crim. N° 61 ; 27 avril 2011, Bull. Crim. n° 77 ; 1^{er} mars 2016, pourvoi n° 14-87.525 ;

²¹⁶Arrêt du 15 décembre 2015 , pourvoi n° 14-84.270

*qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée ;
Que, dès lors qu'elle a jugé que les faits reprochés ne pouvaient être qualifiés de diffamatoires, et qu'elle a ainsi directement appliqué la règle de droit appropriée, la décision de la chambre criminelle n'impliquait pas qu'il fût à nouveau statué sur le fond et mettait fin au litige, sans qu'il fût besoin de renvoyer à une autre cour d'appel, ni d'annuler le jugement de première instance ;
Que seule importe, dans ce cas, la décision définitivement rendue par la Cour de cassation, qui acquiert alors l'autorité de la chose jugée, la décision de première instance perdant toute force exécutoire ;
Qu'ainsi, l'arrêt du 8 septembre 2015 n'étant pas entaché d'erreur matérielle, il n'y a pas lieu de faire droit à la requête ;*

La cassation à intervenir nous paraît devoir intervenir sans renvoi.

V.2.3. La prise en compte des modes d'interprétation de la Cour européenne

L'examen de ce pourvoi est l'occasion d'examiner comment les concepts et la démarche de la Cour européenne peuvent davantage encore être intégrés à l'examen des affaires mettant en jeu la liberté d'expression et notamment la diffamation sans pour autant renoncer à une interprétation jurisprudentielle qui a su évoluer au cours des cent dernières années.

Le “sujet ou débat d'intérêt général”

Nous avons déjà mis en évidence que la Cour de cassation avait considéré la jurisprudence de la Cour européenne et intégré dans ses décisions la notion de “sujet” ou “débat d'intérêt général”.

Si l'on veut que ce critère ait une véritable utilité, il doit avoir une signification plus précise que celle actuelle. Certes, il ne saurait se réduire à une définition intangible, il dépend indéniablement des circonstances, du contexte, mais il ne peut, non plus, être galvaudé, utilisé à tort et travers. Si tel est le cas, il conduirait à accorder une plus grande protection à des propos, des écrits sur des sujets d'intérêt mineur ne méritant pas une protection particulière comme ne venant pas enrichir un débat utile dans une société démocratique, que ce soit au niveau international et national ou même régional et local. Au temps d'une extrême médiatisation, il ne faut pas oublier que la mission première de la presse dans une démocratie est de permettre au citoyen de prendre part à la vie de la Cité, de l'enrichir, et de permettre son développement.

Il est essentiel de conserver un sens au terme “intérêt général”. Un débat d'intérêt général ne doit pas pouvoir naître artificiellement du seul intérêt des médias; il serait alors trop simple dans une société hypermédiatisée envahie par les réseaux sociaux, et autres brefs messages, de créer l'événement sur des sujets qui n'en sont pas. De même, la curiosité gratuite d'un certain public ne légitime pas pour autant toutes les informations, notamment, sur la vie privée de personnes publiques.

“Le jugement de valeur” :

S'approprier le sens de cette notion nous paraît indispensable si l'on veut prendre la mesure du raisonnement des juges européens. De plus, la démarche ne peut qu'être enrichissante à condition d'en dépasser les ambiguïtés.

Le terme lui-même “de jugement de valeur” ne peut être intégré en tant que tel dans

la jurisprudence des cours et tribunaux nationaux. Il ne renvoie pas sémantiquement à ce qu'il entend convoquer de signification. Dans son acception usuelle ou même juridique, le jugement de valeur se rapproche de l'opinion qui, on le sait, ne peut servir de fondement à une diffamation, allégation d'un fait (précis) contraire à l'honneur ou à la réputation. Il suffit pour vérifier cette affirmation de se reporter à un arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} septembre 2010. Retenu dans les liens de la diffamation pour avoir "accusé" de délation les dirigeants d'un site internet du journal "Amnistia" ayant publié les noms des élus qui, selon lui, étaient appelés à tirer partie du nouveau plan d'aménagement de la Corse, X... a formé un pourvoi en cassation. Pour casser et annuler l'arrêt, la chambre criminelle a retenu que l'emploi de l'expression 'délation' relevait **d'une opinion et d'un jugement de valeur, et non de l'imputation d'un fait précis portant atteinte à l'honneur et à la considération des parties civiles**²¹⁷ .

Un jugement de valeur au sens de la Cour européenne est une assertion reposant sur des faits à partir desquels son auteur a procédé à des déductions ou inductions.

La notion est intéressante dans la mesure où, par définition, l'assertion, si elle repose sur des éléments factuels, demeure néanmoins propre à son auteur. Elle se distingue en cela de la déclaration de faits dont la vérité peut être prouvée.

Pour autant, elle se concilie avec la diffamation en ce qu'elle suppose une allégation ou une imputation d'un fait, à défaut c'est une injure.

L'assertion reposant sur des faits, qui permet à son auteur de procéder à des déductions auxquelles il peut croire, ne se prête donc pas à la preuve de la vérité, par définition impossible en ce qu'elle a de subjectif. Néanmoins, elle doit reposer sur des éléments de fait suffisants, qui doivent être d'autant plus importants que les propos sont sévères et acerbes.

Vérifier si les propos incriminés constituent une diffamation, c'est rechercher s'ils imputent à une personne identifiable des faits contraires à son honneur ou à sa réputation. Pour un juge, "fonder" l'imputation diffamatoire, c'est la caractériser mais aussi lui donner sa "force", son importance d'où découle sa gravité et, donc, le niveau de preuve qu'il faut atteindre pour en établir la vérité, voire pour bénéficier de la bonne foi. En l'espèce, les juges du second degré ont évoqué des accusations qui, à les supposer avérées, mettaient en évidence un manquement à l'éthique professionnelle et au serment de magistrat ce qui revenait, selon la cour, à imputer une absence de probité, un manquement à l'exercice des devoirs de leurs fonctions et à remettre en cause leur capacité à les exercer. Les deux magistrats étaient accusés d'être de parti pris, déloyaux et, en conséquence, de ne pas avoir instruit en toute indépendance.

On relèvera que cette recherche de caractérisation de l'imputation se place du côté de la personne visée, du point de vue de celle-ci. C'est l'atteinte à l'honneur qui est analysée. Cette manière de procéder peut induire une tendance à une reformulation afin de faire "entrer" les propos dans la définition de l'infraction, à en aggraver le sens et la portée.

La caractérisation d'une "assertion déduite de faits" au sens "du jugement de valeur" se situe davantage du point de vue de l'auteur des propos. Quels sont les éléments dont il dispose pour adopter une telle position?

A cet égard, il ne peut qu'être observé que les avocats de Mme A..... pouvaient

²¹⁷Chambre criminelle 1^{er} septembre 2010, pourvoi n° 09-88.465

s'interroger :

-malgré certains éléments ressortant tant de la première autopsie, que de l'analyse du Dr Lazarini, la thèse du suicide paraissait privilégiée ;

-l'un des témoins qui accréditait la thèse du meurtre n'avait été entendu qu'à leur initiative et son avocat avait fait état de pression ;

-ils avaient été exclus des deux déplacements effectués à Djibouti et les magistrats instructeurs refusaient d'envisager un transport en leur présence ;

-la cassette tournée lors du dernier déplacement n'avait pas été transmise au juge d'instruction nouvellement désigné ;

-les termes du mot écrit par le procureur de Djibouti particulièrement familiers et livrant des propos très personnels sur le comportement de la partie civile accusée de poursuivre son entreprise de manipulation, c'est à dire de soutenir la thèse du meurtre réfutée par l'Etat de Djibouti qui a toujours soutenu celle du suicide, pouvaient surprendre.

De ces éléments, les deux avocats de Mme A..... ont déduit une "connivence", ce qui pouvait aussi s'interpréter comme signifiant une certaine convergence de vue entre les juges et les autorités djiboutiennes sur l'origine de la mort de M. A..... La forme d'intimité du procureur de Djibouti à l'égard de ces magistrats pouvait les conduire à s'interroger sur l'impartialité objective des deux juges d'instruction même si ceux-ci n'étaient en rien responsables des termes employés par ce procureur.

M. Olivier X... et son confrère ont estimé, à partir des éléments ci-dessus rappelés, que l'information n'explorait pas l'ensemble des possibilités. Orientée vers la thèse du suicide, elle leur paraissait partielle et emprunte de partialité. Le ton du mot écrit par le procureur de O... leur paraissait justifier leurs craintes.

Si l'on comprend aisément que les critiques formulées en termes sévères ne peuvent que heurter les deux magistrats concernés, en particulier Mme Y.... plus spécialement désignée, il convient toutefois de noter que c'est la conduite passée de l'instruction qui est critiquée, le comportement des juges dans l'exercice de leurs fonctions et, non, leur personne.

Pris sous cet angle, il ne ressort pas que les propos puissent, comme les a analysés la Cour d'appel de Rouen, relever uniquement d'une animosité, d'un "règlement de compte a posteriori", d'une volonté préméditée d'atteindre les juges, et notamment Mme Y....., même si toute forme de calcul ne peut être exclue. De plus, si, comme la Cour européenne l'a relevé, Olivier X... ne s'exprimait pas dans l'intérêt de la défense de sa cliente, les deux juges étant dessaisis, on ne peut faire abstraction du fait qu'il estimait, comme son confrère, qu'il y avait lieu de provoquer une enquête sur la manière passée dont ceux-ci avaient conduit l'instruction, ce à quoi leur cliente avait un intérêt.

La tonalité des propos :

L'appréciation de la "vigueur", de "la tonalité acerbe" des propos qui peut être admise, y compris dans le traitement d'un sujet d'intérêt général, est difficile à déterminer.

La Cour européenne admet que les critiques admissibles à l'égard des magistrats

lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions officielles sont plus larges qu'envers un particulier. Ils peuvent faire l'objet de critiques personnelles et non pas uniquement de façon théorique et générale.

Toutefois, ils ne sauraient être l'objet "*d'attaques gravement préjudiciables, dénuées de fondement sérieux*". De plus, de manière générale, il convient de protéger l'autorité du pouvoir judiciaire qui doit inspirer confiance tant au justiciable qu'au public. On ne saurait admettre que, sous couvert d'une procédure artificiellement médiatisée, un avocat déporte l'instruction sur la place publique, se livre à des attaques violentes qui ne permettraient plus un débat judiciaire serein, mais n'auraient pour objet que de faire pression sur le juge.

Concilier ces impératifs différents avec la plus grande liberté d'expression lorsqu'est évoqué un sujet d'intérêt général, n'est pas aisé. Il est surtout délicat de faire le partage entre la critique de l'exercice des fonctions judiciaires et les attaques, stricto sensu, personnelles.

Il est indéniable que les termes employés sont sévères. Ils ne pouvaient que heurter les magistrats qu'ils visaient et, plus particulièrement, Mme Y.....

Pour autant, les critiques doivent être replacées dans leur contexte. Elles surviennent alors qu'en dernier lieu, les avocats avaient découvert qu'une cassette n'avait pas été transmise au juge d'instruction nouvellement désigné et qu'un mot écrit par le procureur de la République de Djibouti laissait transparaître une familiarité surprenante ainsi qu'une grande liberté de ton dans la critique du comportement de la partie civile.

Ces deux éléments venaient s'ajouter à l'impression de l'avocat, comme de sa cliente, que l'instruction n'explorait qu'une piste, celle du suicide, sentiment qui pouvait trouver sa source dans les accusations formulées à l'encontre de l'un des juges d'instruction par l'avocat du témoin accréditant le meurtre de M. A..... et dans le fait d'avoir été écarté des déplacements à Djibouti. D'ailleurs, la chambre de l'instruction a fait droit à leur demande d'organiser une nouvelle reconstitution en leur présence par arrêt du 21 juin 2000.

Mais, surtout, les propos doivent être pris pour ce qu'ils sont : ceux d'un avocat qui n'est pas, ainsi que la Cour l'a rappelé, un journaliste mais une partie à la procédure. A ce titre, il n'est pas tenu à un devoir d'objectivité. Intervenant à la procédure devant la Cour européenne, l'ordre des avocats au barreau de Paris et le Conseil national des barreaux et de la conférence des bâtonniers avaient soutenu que "*l'avocat était en droit de critiquer une décision de justice et d'exprimer les critiques de son client ; son propos est alors nécessairement interprété et reçu par le public comme une expression partielle et subjective*" (arrêt paragraphe 121).

Dès lors que ses critiques n'étaient pas "trompeuses" ou "dénuées de fondement", l'avocat, estimant que les termes employés par le procureur de Djibouti dans sa correspondance avec les magistrats instructeurs révélaient une proximité étonnante, pouvait évoquer une connivence au sens de convergence de vue sur l'origine du décès de M. A....., faire état "de partialité" en ce sens que pour lui et sa cliente, cette proximité avec les autorités djiboutiennes pouvait expliquer le refus d'explorer la piste de l'homicide volontaire pour privilégier celle du suicide.

C'est la manière de conduire l'instruction qui était ainsi critiquée. S'agissant du fonctionnement de la justice, le débat d'intérêt général fondé sur des éléments factuels jugés suffisants ne laissait pas de place à l'ingérence dans la liberté d'expression.

V.3.Conclusion :

La Cour d'appel avait constaté que les deux juges d'instruction avaient été dessaisis pour avoir refusé d'organiser une reconstitution en présence de la partie civile et de ses avocats ; qu'une cassette tournée lors de leur déplacement à O... en l'absence des conseils des parties civiles, avait été placée tardivement au dossier uniquement après que le juge nouvellement saisi l'avait, à la suite de la demande de ceux-ci, réclamée ; noté que le procureur de Djibouti faisait librement part de critiques envers la partie civile aux juges d'instruction auxquels il s'adressait en termes familiers.

L'avocat de la partie civile, dont les assertions ne reflétaient que les déductions qu'il avait pu tirer de ces éléments de fait ainsi que d'autres antérieurs sur la conduite de l'instruction, ne pouvait être retenu dans les liens de la prévention alors qu'il s'exprimait, au nom de sa cliente, certes en termes vifs, portant une appréciation défavorable à l'égard des deux juges d'instruction sur déroulement, à leurs yeux, insatisfaisant d'une information judiciaire ayant un retentissement international, sujet d'intérêt général.

Le second moyen de cassation proposé par M. Olivier X... sera accueilli.

La cassation de l'arrêt aura lieu sans renvoi.

AVIS : Cassation sans renvoi sur le second moyen.