

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 86I



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} mai
2017*

Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

JURISPRUDENCE

PUBLICATIONS

ÉVÉNEMENTS

HAUTES
JURIDICTIONS

INFORMATIONS
& SERVICES



La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français



Siégeant dans l'enceinte du palais de justice de Paris, la Cour de cassation a pour mission de contrôler l'exacte application du droit par les tribunaux et cours d'appel. Afin de garantir une interprétation uniforme de la loi, l'article L 411-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : **"Il y a pour toute la République une Cour de cassation"**.

[Présentation](#) [Organisation](#)

Derniers arrêts mis en ligne

- ◆ Communiqué relatif à l'arrêt dit AZF du 13 janvier 2015
DESTRUCTIONS, DÉGRADATIONS ET DÉTERIORATIONS
- ◆ Arrêt n° 6661 du 13 janvier 2015 (12-87.059) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR06661
DESTRUCTIONS, DÉGRADATIONS ET DÉTERIORATIONS
- ◆ Arrêt n° 616 du 9 janvier 2015 (13-80.967) - Cour de cassation - Assemblée plénière - ECLI:FR:CCASS:2015:AP00616
TRAVAIL ; APPEL CORRECTIONNEL OU DE POLICE

[ARRÊTS](#) [AVIS](#) [COMMUNIQUÉS](#) [TRADUCTIONS EN 6 LANGUES](#)



1^{re} chambre civile

Actualités

- ◆ **Affaire AZF : Consulter le communiqué et l'arrêt**
- ◆ **Activité 2014 de la Cour en quelques chiffres-clés**
- ◆ **Retournée solennelle : consulter les discours**
- ◆ **Communiqué relatif à l'arrêt d'assemblée mixte du 09.01.15**

[Voir les précédentes Unes](#)

Questions prioritaires de constitutionnalité

- ◆ Arrêt n° 7873 du 13 janvier 2015 (14-90.044) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR07873
- ◆ Arrêt n° 2 du 6 janvier 2015 (14-87.893) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR00002

QPC soumises à la Cour de cassation

[par date](#) [par texte](#)

Informations et suivi d'un pourvoi

- ◆ Service de l'accueil et services du greffe
- ◆ Bureau d'aide juridictionnelle
- ◆ Charte de la procédure des justiciables

[SUIVRE VOTRE AFFAIRE](#)

Colloques à venir

26 janvier 2015

5 février 2015
CYCLE HISTOIRE 2015 - LES PROCES POLITIQUES DANS L'HISTOIRE

[Voir tous les colloques](#)

Liens professionnels

- ◆ Experts judiciaires (dont traducteurs)
- ◆ Marchés publics
- ◆ Commander des arrêts en ligne
- ◆ Contact presse

Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Fonds ancien de la bibliothèque

Sites partenaires



COUR DE CASSATION

Bulletin

d'information

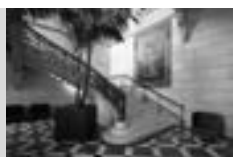
Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Par arrêt du 6 décembre dernier, la chambre commerciale a jugé (*infra*, n° 541) que « *Le destinataire d'une correspondance saisie en application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, fût-ce dans les locaux d'un tiers, a qualité et intérêt pour contester la régularité des opérations de saisie, même s'il n'est pas visé par l'ordonnance d'autorisation comme auteur présumé des agissements frauduleux* » et cassé l'ordonnance du « *premier président qui, saisi d'un recours formé contre le déroulement des opérations de visite, confirme la saisie de factures d'honoraires d'avocat au motif qu'il ne s'agit que de pièces comptables émises par tout prestataire de services, alors qu'il était soutenu que ces factures étaient jointes à une correspondance d'avocat, de sorte qu'elles étaient en conséquence couvertes par le secret professionnel, sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre la correspondance elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes* ».

Jurisprudence



Pour Renaud Salomon (*Rev. dr. fiscal* 2017, chron. 149), « *si l'auteur du recours n'est pas une "partie" à l'ordonnance d'autorisation au sens de l'article 546 du code de procédure civile, [...] l'ouverture de l'appel, par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, [...] implique [...] que le recours est ouvert à toute personne ayant intérêt à agir au sens de l'article 31* » de ce code, soit « *toute personne à qui la décision fait grief* », telle « *un tiers [...] dont la participation à la fraude recherchée ou la fraude propre [...] est révélée par la visite* », la jurisprudence selon laquelle « *le secret professionnel des avocats ne fait pas obstacle à ce que soient autorisées la visite de leurs locaux et la saisie de documents détenus par eux, dès lors que le juge trouve, dans les informations fournies par l'administration, les présomptions suffisantes de fraude fiscale mentionnées dans son ordonnance [...] n'a[yant] désormais vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où ce professionnel a commis une infraction ou a participé à la fraude commise par son client* ».

Doctrine



Le 7 décembre dernier, la première chambre civile a jugé (*infra*, n° 529) que « selon l'article 275 du code civil, lorsque le débiteur de la prestation compensatoire n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues à l'article 274 du même code, le juge en fixe les modalités de paiement dans la limite de huit années sous forme de versements périodiques », ajoutant que « Le juge qui fait application de ce texte ne peut accorder un délai pour verser la première fraction », solution « tout aussi justifiée aujourd'hui qu'hier » selon Jérôme Casey, pour qui (*AJ Famille* 2017, p. 66) « c'est l'aspect alimentaire de la prestation compensatoire qui impose la solution retenue, tout autant que le fait que, par principe, la prestation compensatoire est un capital immédiatement payable ». En effet, selon l'auteur, « une fois le divorce prononcé, le devoir de secours cesse, et l'on ne saurait retarder le paiement de la prestation compensatoire, fût-ce de six mois seulement ! ».

Le lendemain, la troisième chambre civile a jugé (*infra*, n° 606) que « Les préjudices liés à la présence de termites non mentionnée dans l'attestation destinée à informer l'acquéreur, prévue par l'article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation, revêtent un caractère certain ». Commentant cette décision, Fanny Cornette note (*Rev. loyers* 2017, p. 24) qu'« en acceptant l'indemnisation de l'acheteur par le diagnostiqueur alors qu'il n'est pas prouvé qu'il n'aurait pas acheté le bien s'il avait eu connaissance de la présence des termites, la Cour de cassation reprend ici la solution retenue par la chambre mixte [du 8 juillet 2015, pourvoi n° 13-26.686] et l'étend au cas du diagnostic parasitaire », précisant, s'agissant de la clause d'exclusion de la garantie insérée dans l'acte de vente, que celle-ci doit s'appliquer « en l'absence d'éléments prouvant la mauvaise foi des vendeurs », aboutissant par conséquent au rejet de « l'action en garantie des vices cachés contre les vendeurs ».

Table des matières

Jurisprudence

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 16 décembre 2016 rendu

par l'assemblée plénière

Pages

Presse _____ 6

Convention européenne
des droits de l'homme _____ 13

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Numéros

Question prioritaire de constitutionnalité _____ 481 à 483

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

Numéros

Action civile _____ 484
Appel civil _____ 485
Appel correctionnel ou de police _____ 486
Assurance de personnes _____ 487-488
Atteinte à l'autorité de l'État _____ 489
Atteinte à l'intégrité physique ou
psychique de la personne _____ 490-491
Avocat _____ 492 à 495-541
Bail commercial _____ 496 à 498
Bail d'habitation _____ 499
Bourse _____ 500
Cassation _____ 501 à 503-576
Circulation routière _____ 504
Chose jugée _____ 505
Conflit collectif du travail _____ 506-507
Conflit de juridictions _____ 508
Contrat de travail, exécution _____ 509 à 511

Contrat de travail, rupture _____ 512 à 516
Contravention _____ 517
Contrôle judiciaire _____ 518
Conventions internationales _____ 519-520
Copropriété _____ 521
Cour d'assises _____ 522 à 525
Crimes et délits flagrants _____ 526
Dénonciation calomnieuse _____ 527
Divorce, séparation de corps _____ 528-529
Élections professionnelles _____ 530
Énergie _____ 531
Entreprise en difficulté
(loi du 26 juillet 2005) _____ 532-533
État d'urgence _____ 534
Étranger _____ 535
Faux témoignage _____ 536
Fonds de garantie _____ 537
Formation professionnelle _____ 538
Impôts et taxes _____ 539 à 541
Instruction _____ 542 à 544
Lois et règlements _____ 545
Majeur protégé _____ 546
Mariage _____ 547-548
Outre-mer _____ 549
Partage _____ 550
Peines _____ 551 à 554

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Pouvoirs des juges	555	Transports routiers	599 à 601
Preuve	556	Travail	602
Procédure civile	557 à 560	Travail réglementation, durée du travail	601-603
Procédures civiles d'exécution	561	Travail réglementation, santé et sécurité	604
Professions médicales et paramédicales	597	Union européenne	597
Propriété industrielle	562	Vente	605-606
Propriété littéraire et artistique	563	Vol	607
Protection des consommateurs	564 à 566		
Référé	567	DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION	
Régimes matrimoniaux	568	Cour de révision et de réexamen des condamnations pénales	
Réhabilitation	569	Révision	608
Représentation des salariés	570 à 575		
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	576		
Saisie immobilière	577		
Sécurité sociale	578-579		
Sécurité sociale, accident du travail	580-581		
Sécurité sociale, assurances sociales	582 à 584		
Sécurité sociale, contentieux	585		
Sécurité sociale, régimes complémentaires	586		
Sécurité sociale, régimes spéciaux	587		
Séparation des pouvoirs	588 à 590		
Société d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER)	591		
Statut collectif du travail	592 à 595-603		
Statuts professionnels particuliers	596		
Succession	568		
Syndicat professionnel	597-598		

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 16 DÉCEMBRE 2016 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire	Page 6
Arrêt	Page 6
Note	Page 8
Rapport	Page 11
Avis	Page 37

6
•

1^o Presse

Immunités. - Discours ou écrits devant les tribunaux. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas.

2^o Convention européenne des droits de l'homme

Article 10, § 2. - Liberté d'expression. - Presse. - Diffamation. - Bonne foi. - Propos s'inscrivant dans le cadre d'un débat d'intérêt général. - Conditions. - Base factuelle suffisante. - Propos ne dépassant pas les limites admissibles de la liberté d'expression. - Compatibilité.

1^o Dès lors que l'article 41, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881 ne protège pas les écrits faisant l'objet, en dehors des juridictions, d'une publicité étrangère aux débats, justifie sa décision la cour d'appel qui, pour écarter l'exception d'immunité juridictionnelle fondée sur cet article, retient que la lettre adressée par des avocats au garde des sceaux, dans le but d'obtenir l'ouverture d'une enquête de l'inspection générale des services judiciaires sur les dysfonctionnements imputés à des juges d'instruction chargés d'une l'information, ne constitue pas un acte de saisine du Conseil supérieur de la magistrature et que cette lettre a été rendue publique par la reproduction partielle de son contenu dans un journal.

2^o En application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 ce texte.

Viole ce texte la cour d'appel qui refuse le bénéfice de la bonne foi et condamne pour complicité de diffamation envers des magistrats un avocat alors que les propos litigieux tenus par celui-ci, qui portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et qui reposaient sur une base factuelle suffisante, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression d'un avocat dans la critique et le jugement de valeur portés sur l'action des magistrats et ne pouvaient être réduits à la simple expression d'une animosité personnelle envers ces derniers.

ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Olivier X..., domicilié [...],

contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rouen le 16 juillet 2008, statuant sur renvoi de cassation, 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 euros d'amende et avait statué sur les intérêts civils ;

Par arrêt du 10 novembre 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par M. Olivier X... ;

M. Olivier X... a saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par arrêt du 23 avril 2015, a dit qu'il y avait eu violation de l'article 6, § 1, et de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Par arrêt en date du 14 avril 2016, la Cour de révision et de réexamen des condamnations pénales, saisie par le président de la commission d'instruction suite à la requête de M. Olivier X..., a ordonné le réexamen du pourvoi formé par l'intéressé et le renvoi devant l'assemblée plénière ;

Le demandeur au pourvoi invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Waquet, Farge et Hazan, suivi d'observations complémentaires et d'un mémoire de production ;

La SCP Bénabent et Jehannin a déposé au greffe, au nom de Mme Marie-Paule Y... et M. Roger Z..., un mémoire en défense ;

La SCP Hémary et Thomas-Raquin a déposé une constitution en défense au nom Mme Marie-Paule Y... ;

Le rapport écrit de Mme Darbois, conseiller, et l'avis écrit de M. Cordier, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

Sur le rapport de Mme Darbois, conseiller, assisté de M. Mihman, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. X..., de la SCP Hémary et Thomas-Raquin, avocat de Mme Y..., l'avis de M. Cordier, premier avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 avril 2015 (X... c/ France, requête n° 29369/10) ayant dit qu'il y avait eu violation des articles 6, § 1, et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu les articles 622-1 à 624-1 et 624-7 du code de procédure pénale ;

Vu la demande de réexamen, présentée par M. X..., de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 2009 ayant rejeté son pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Rouen, chambre correctionnelle, en date du 16 juillet 2008, qui, pour complicité de diffamation publique envers des fonctionnaires publics, commise à l'égard de Mme Y... et de M. Z... à l'occasion de la publication dans le journal *Le Monde*, daté du 7 septembre 2000, d'un article les mettant en cause, l'a condamné à 4 000 euros d'amende et a prononcé sur les intérêts civils ;

Vu la décision de la Cour de révision et de réexamen du 14 avril 2016, renvoyant le réexamen du pourvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation ;

Vu les mémoires et les observations complémentaires produits, en demande et en défense ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre criminelle, 12 octobre 2004, pourvoi n° 03-83.306), que, dans l'édition du 7 septembre 2000 du quotidien *Le Monde*, dont le directeur de publication était M. A..., a été publié, sous la signature de M. B..., journaliste, un article intitulé « *Affaire D... : remise en cause de l'impartialité de la juge Y...* », relatant la démarche entreprise la veille auprès du garde des sceaux par MM. X... et C..., avocats de la veuve du magistrat Bernard D..., retrouvé mort au cours de l'année 1995 à Djibouti, pour dénoncer le comportement professionnel de Mme Y... et de M. Z..., juges d'instruction en charge de l'information judiciaire jusqu'à leur dessaisissement, le 21 juin 2000, auxquels ils reprochaient d'avoir manqué d'impartialité et de loyauté, en « *gardant par-devers eux* » la cassette vidéo de l'enregistrement d'un transport sur les lieux qu'ils avaient effectué à Djibouti et en œuvrant « *de connivence* » avec le procureur de la République de ce pays, et demander l'ouverture d'une enquête de l'inspection générale des services judiciaires ; que Mme Y... et M. Z... ont déposé plainte et se sont constitués parties civiles des chefs de diffamation publique envers un fonctionnaire public contre M. A... et complicité de ce délit contre M. B... et contre M. X..., ce dernier, pour avoir tenu à leur égard, courant septembre 2000, au cours d'une conversation téléphonique avec M. B..., des propos diffamatoires, sachant qu'ils pouvaient ou devaient être publiés ; que deux informations ont été ouvertes, à l'issue desquelles les prévenus ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel, qui a ordonné la jonction des procédures ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de le condamner pour complicité de diffamation envers un fonctionnaire à l'encontre de Mme Y... et de M. Z..., après avoir écarté l'exception d'immunité juridictionnelle, alors, selon le moyen, que « *l'immunité de l'article 41 de la loi sur la presse, 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 tout type de procédure juridictionnelle, notamment disciplinaire ; qu'elle s'applique dès le premier stade de la procédure, fût-ce avant la saisine de la juridiction, tout particulièrement lorsque cette saisine est limitée à certaines personnes qualifiées ; qu'il s'ensuit que la lettre du 6 septembre 2000, adressée au garde des sceaux par le défenseur de la partie civile dans le dossier « D... », dont il était constaté qu'elle avait pour finalité la saisine du CSM de poursuites visant deux magistrats ayant eu en charge l'instruction de ce dossier, entrant dans le cadre de la défense des intérêts de la partie civile ; que, par conséquent, l'arrêt attaqué ne pouvait refuser d'accorder l'immunité juridictionnelle aux propos éventuellement diffamatoires qu'elle contenait en se fondant sur la circonstance qu'elle ne constituait pas un acte de saisine figurant au nombre des écrits visés par l'article 41 de la loi susvisée* » ;

Mais attendu que, pour écarter l'exception d'immunité juridictionnelle, invoquée par le demandeur et fondée sur l'article 41, alinéa 3, devenu alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881, l'arrêt retient, d'abord, que la lettre adressée par les avocats de Mme D... au 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 l'information, ne constitue pas un acte de saisine du Conseil supérieur de la magistrature et, ensuite, que cette lettre a été rendue publique par la reproduction partielle de son contenu dans le journal *Le Monde* ;

Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, et dès lors que l'article 41, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881 ne protège pas les écrits faisant l'objet, en dehors des juridictions, d'une publicité étrangère aux débats, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Mais sur le second moyen, pris en ses première, troisième et cinquième branches :

Vu l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

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 du texte susvisé ;

Attendu que, pour refuser à M. X... le bénéfice de la bonne foi, l'arrêt relève qu'à la date des faits, le 7 septembre 2000, d'un côté, M. X... avait obtenu, par un arrêt du 21 juin 2000, le dessaisissement des deux magistrats instructeurs auxquels, avec M. C..., il s'était opposé et, de l'autre, que le juge d'instruction désormais en charge du dossier D... était depuis le 1^{er} août 2000 en possession de la cassette vidéo que lui avait remise Mme Y... ; qu'il en déduit que, à supposer que le mot manuscrit du procureur de la République de Djibouti joint à la cassette, évoquant la poursuite d'une entreprise de manipulation imputable à Mme D... et ses avocats, ait pu « *interpeller* » ces derniers, la mise en cause professionnelle et morale très virulente des deux magistrats instructeurs, en particulier de Mme Y..., par M. X..., à travers des propos dépassant largement le libre droit de critique, ne présentait plus aucun intérêt dans la procédure en cours et que les profondes divergences ayant surgi entre les avocats de Mme D... et les juges d'instruction, avant le dessaisissement de ces derniers, ne pouvaient pas justifier leur dénonciation ultérieure dans les médias ; qu'il retient, en outre, que les propos tenus par M. X..., par leur caractère excessif, révélateur de l'intensité du conflit l'ayant opposé aux juges, en particulier à Mme Y..., s'analysent comme un « *règlement de compte a posteriori* » et que la publicité qu'il leur a donnée, dans un article paru sous la signature du journaliste deux jours après la saisine de la chambre de l'instruction dans le dossier dit de « la Scientologie », évoqué en conclusion de l'article et impliquant également Mme Y..., soit à une date exclusive de toute coïncidence, traduit de la part de M. X... une animosité personnelle et une volonté de discréditer ces magistrats, en particulier Mme Y..., avec laquelle il était en conflit dans plusieurs procédures ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les propos litigieux, qui portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante, à savoir le défaut de transmission spontanée au juge nouvellement désigné d'une pièce de la procédure et la découverte d'une lettre empreinte de familiarité, à l'égard des juges alors en charge de l'instruction, du procureur de Djibouti, qui dénonçait le comportement de Mme D... et de ses avocats, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression d'un avocat dans la critique et le jugement de valeur portés sur l'action des magistrats et ne pouvaient être réduits à la simple expression d'une animosité personnelle envers ces derniers, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ses dispositions condamnant M. X..., l'arrêt de la cour d'appel de Rouen du 16 juillet 2008 ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

RENVOIE M. X... des fins de la poursuite ;

REJETTE les demandes de Mme Y... et de M. Z... ;

DIT n'y avoir lieu à application de l'article 618-1 du code de procédure pénale ;

Ass. plén. - 16 décembre 2016

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 08-86.295. - CA Rouen, 16 juillet 2008.

M. Louvel, P. Pt. - Mme Darbois, Rap., assistée de M. Mihman, auditeur. - M. Cordier, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1436. Voir également la Gaz. Pal. 2017, n° 7, p. 32, note Philippe Piot.

Note sous assemblée plénière, 16 décembre 2016

À la suite de la condamnation de la France par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 23 avril 2015, X... c/ France, n° 29369/10), pour violation de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie du réexamen du pourvoi formé par M. X... contre un arrêt qui l'avait condamné pour complicité de diffamation publique envers des fonctionnaires publics, en raison de propos rapportés dans un article publié dans le journal *Le Monde* paru le 7 septembre 2000, mettant en cause le comportement des deux juges d'instruction précédemment en charge du dossier dans l'affaire dite D...

L'assemblée plénière se prononce, par le présent arrêt, sur l'étendue de l'exercice par un avocat de sa liberté d'expression et, plus précisément, sur les limites de la critique admissible à l'égard des magistrats agissant dans l'exercice de leurs fonctions.

L'article 29, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dispose que « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation » et l'article 31 de ladite loi prévoit la peine encourue lorsque la diffamation est commise envers un fonctionnaire public.

Le caractère diffamatoire des propos incriminés n'étant pas contesté en l'espèce, il s'agissait seulement d'apprécier si M. X..., auteur des propos, pouvait bénéficier de l'exception de bonne foi, pour reprendre l'expression de droit interne, ou si sa condamnation constituait une ingérence injustifiée dans sa liberté d'expression, pour reprendre l'expression de droit conventionnel.

Tant la Cour de cassation que la Cour européenne des droits de l'homme ont développé une jurisprudence abondante pour déterminer l'équilibre à trouver entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui.

Les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec intention de nuire mais, selon une jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, il était admis que le journaliste, ou toute autre personne, ayant diffusé des propos diffamatoires pouvait s'exonérer de sa responsabilité par la preuve de sa bonne foi, laquelle n'était reconnue que si quatre conditions étaient réunies : légitimité du but poursuivi, prudence et mesure dans l'expression, qualité de l'enquête, absence d'animosité personnelle.

Toutefois, cette jurisprudence comportait des tempéraments, une plus grande liberté d'expression étant admise dans le domaine de la polémique politique (Crim., 23 mars 1978, pourvoi n° 77-90.339, *Bull. crim.* 1978, n° 115 ; 2^e Civ., 14 janvier 1998, pourvoi n° 94-19.867, *Bull.* 1998, II, n° 11 ; Crim., 4 décembre 2007, pourvoi n° 05-87.384, *Bull. crim.* 2007, n° 302), la lutte syndicale, la satire ou les propos humoristiques. Dans ce cadre, la critique pouvait être plus vive à l'égard des institutions, des hommes politiques et des fonctionnaires publics.

Depuis les arrêts de la première chambre civile du 24 octobre 2006 (1^{re} Civ., 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-16.706, *Bull.* 2006, I, n° 437) et de la chambre criminelle du 11 mars 2008 (Crim., 11 mars 2008, pourvoi n° 06-84.712, *Bull. crim.* 2008, n° 59), la Cour de cassation, intégrant les principes posés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, prend en compte un degré de liberté plus grand quand les propos portent sur un « *sujet d'intérêt général* », ce qui est le cas du traitement des affaires judiciaires (Crim., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-85.732, *Bull. crim.* 2009, n° 88) ; elle vérifie que les propos en cause se fondent sur une base factuelle suffisante et que leur auteur a procédé à une enquête sérieuse (Crim., 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-83.481) et elle refuse le bénéfice de la bonne foi quand sont caractérisées des attaques personnelles excédant les limites de la liberté d'expression (Crim., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-87.083 ; 1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-10.301, *Bull.* 2011, I, n° 21 ; 1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-10.302 ; 1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-10.303 ; Crim., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-88.715).

L'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pose, dans son premier paragraphe, le principe de la liberté d'expression, mais il peut y être apporté par la loi certaines restrictions répondant à l'un des objectifs énumérés par le second paragraphe.

La condamnation d'une personne à raison de propos qu'elle a tenus constitue une ingérence dans la liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'homme vérifie si, au regard du contexte pris dans son ensemble, l'ingérence est nécessaire au sens de l'article 10, § 2, si elle correspond à un « *besoin social impérieux* ». Les États disposent d'une certaine marge dans l'appréciation de ce besoin, mais l'ingérence doit être justifiée par des motifs pertinents et suffisants et elle doit être proportionnée au but légitime poursuivi.

Insistant sur le fait que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, la Cour européenne des droits de l'homme renforce le degré de protection de ce droit, ce qui restreint la marge d'appréciation des autorités nationales, lorsqu'il est débattu d'une question « *d'intérêt général* ». Elle fait de l'importance accordée par les médias à une question un critère de l'existence d'un débat d'intérêt général sur le sujet abordé.

Dans l'exercice de son contrôle, la Cour européenne des droits de l'homme opère une distinction entre déclarations de fait, dont la matérialité peut se prouver, et jugements de valeur, lesquels ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude mais qui doivent reposer sur une « *base factuelle suffisante* » pour les étayer, faute de quoi ils seraient excessifs ; cette base factuelle ne peut être établie par des documents postérieurs aux propos litigieux.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle que les propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire participent d'un débat d'intérêt général et réaffirme de façon constante 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 et qu'il convient donc de la protéger contre des attaques dénuées de fondement.

Lorsque l'auteur des propos incriminés est un avocat, elle estime que le niveau de protection de la liberté d'expression de ce dernier, qui est liée à l'indépendance de sa profession, cruciale pour un fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice, doit être particulièrement élevé et elle admet que la défense d'un client puisse se poursuivre dans les médias afin d'informer le public sur d'éventuels dysfonctionnements d'une procédure pénale en cours, dès lors que l'affaire suscite l'intérêt des médias et du public, mais à la condition qu'aient été d'abord intentés par l'avocat les recours légaux dans l'intérêt de son client ; elle précise que l'avocat, qui agit en qualité d'acteur de la justice directement impliqué dans le fonctionnement de celle-ci et dans la défense d'une partie, ne saurait être assimilé à un journaliste, témoin extérieur chargé d'informer le public.

Enfin, lorsque les personnes visées sont des magistrats agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles, les limites de la critique admissible sont plus larges à leur égard que pour les simples particuliers : en dehors d'attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, ils peuvent faire, en tant que tels, l'objet de critiques

personnelles ; toutefois, ne sont pas admis les propos qui sont excessifs, offensants, généraux ou trompeurs, qui portent sur des accusations très graves, telle la commission d'une infraction pénale, qui constituent une attaque personnelle gratuite à l'encontre du magistrat, sans lien direct avec les faits de l'espèce.

En ce qui concerne l'affaire soumise à l'assemblée plénière de la Cour de cassation, il sera rappelé que, dans l'édition du 7 septembre 2000 du quotidien *Le Monde*, a été publié un article intitulé « *Affaire D... : remise en cause de l'impartialité de la juge Y...* » relatant la démarche entreprise la veille auprès du garde des sceaux par MM. X... et C..., avocats de la veuve du magistrat Bernard D..., retrouvé mort au cours de l'année 1995 à [...], pour dénoncer le comportement professionnel de Mme Y... et de M. Z..., juges d'instruction en charge de l'information judiciaire jusqu'à leur dessaisissement, le 21 juin 2000, auxquels ils reprochaient d'avoir manqué d'impartialité et de loyauté, en « *gardant par-devers eux* » la cassette vidéo de l'enregistrement d'un transport sur les lieux qu'ils avaient effectué à [...] et en œuvrant « *de connivence* » avec le procureur de la République de ce pays, et demander l'ouverture d'une enquête de l'inspection générale des services judiciaires. La disparition de pièces dans le dossier dit de « la Scientologie », instruit également par Mme Y..., était en outre évoquée en conclusion de l'article.

À l'issue des informations ouvertes sur les plaintes avec constitution de partie civile de Mme Y... et de M. Z..., ont été renvoyés devant le tribunal, pour diffamation publique envers un fonctionnaire public, le directeur de publication et, pour complicité de ce délit, le journaliste signataire de l'article et M. X..., ce dernier pour avoir tenu à l'égard des deux magistrats, au cours d'une conversation téléphonique avec le journaliste, des propos diffamatoires, sachant qu'ils pouvaient ou devaient être publiés.

Pour écarter la bonne foi de M. X... et le condamner pour complicité de diffamation, les juges du fond ont retenu qu'à la date de parution de l'article incriminé, les faits qu'il dénonçait, à les supposer avérés, n'étaient nullement utiles à la défense de sa cliente, les juges ayant été dessaisis de l'affaire et la pièce demandée ayant été remise au juge nouvellement désigné, de sorte que la mise en cause professionnelle et morale très virulente des deux magistrats instructeurs, en particulier de Mme Y..., par M. X..., à travers des propos dépassant largement le libre droit de critique, ne présentait plus aucun intérêt dans la procédure en cours et que les profondes divergences ayant surgi entre les avocats de Mme D... et les juges d'instruction, avant le dessaisissement de ces derniers, ne pouvaient pas justifier leur dénonciation ultérieure dans les médias. Ils ont en outre retenu que les propos tenus par M. X..., par leur caractère excessif, révélateur de l'intensité du conflit l'ayant opposé aux juges, et le rappel de l'affaire dite de la « Scientologie », s'analysaient comme un « *règlement de compte a posteriori* » et traduisait de sa part une animosité personnelle et une volonté de discréditer ces magistrats, en particulier Mme Y...

Le pourvoi formé par M. X... contre l'arrêt d'appel l'ayant condamné a été rejeté par la chambre criminelle de la Cour de cassation, par arrêt du 10 novembre 2009 (Crim., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-86.295), la Cour de cassation relevant que la cour d'appel avait pu retenir que les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action de magistrats avaient été dépassées. M. X... a alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme.

Conformément aux principes qu'elle pose et prenant en compte l'ensemble du contexte, la Cour européenne des droits de l'homme, pour constater une violation par la France de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a, dans son arrêt du 23 avril 2015 précité, relevé que les propos de M. X..., qui s'inscrivaient dans un débat public d'intérêt général, constituaient des jugements de valeur et reposaient sur une base factuelle suffisante. La Cour a en outre relevé que les propos devaient être replacés dans le contexte particulier de l'affaire D..., que l'existence d'une animosité personnelle entre M. X... et Mme Y... n'était pas établie, que, malgré la connotation négative, l'hostilité et la gravité des propos tenus, un avocat devait pouvoir attirer l'attention du public sur d'éventuels dysfonctionnements judiciaires et commenter l'action des juges, à l'égard desquels les limites de la critique admissible étaient plus larges, et que la condamnation de M. X... n'était pas de nature à préserver l'autorité judiciaire.

Saisie du réexamen du pourvoi, l'assemblée plénière retient tout d'abord que les propos litigieux portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national. Elle relève ensuite qu'ils reposaient sur une base factuelle suffisante, à savoir le défaut de transmission spontanée d'une pièce de la procédure au juge d'instruction nouvellement désigné et la découverte d'une lettre empreinte de familiarité à l'égard des juges alors en charge de l'instruction, du procureur de [...] qui dénonçait le comportement de Mme D... et de ses avocats. Elle en déduit que ces propos ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression d'un avocat dans la critique de l'action des magistrats et ne pouvaient être réduits à la simple expression d'une animosité personnelle envers ces derniers.

La cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, eu égard à la caractérisation des éléments constitutifs de la bonne foi, l'assemblée plénière, conformément à la jurisprudence habituelle de la chambre criminelle, casse sans renvoi l'arrêt attaqué.

En posant ainsi le principe d'un niveau plus élevé de protection de la liberté d'expression d'un avocat dans la critique de l'action des magistrats à l'occasion d'une procédure judiciaire, l'assemblée plénière apporte sa contribution à l'évolution de la jurisprudence nationale relative à la liberté d'expression, que poursuit la Cour de cassation dans le dialogue qu'elle entretient avec la Cour européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, ce réexamen de pourvoi est une occasion pour l'assemblée plénière de réaffirmer une jurisprudence bien établie selon laquelle l'immunité des débats judiciaires prévue par l'article 41, alinéa 3, devenu alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne protège pas les écrits faisant l'objet, en dehors des juridictions, d'une publicité étrangère aux débats, étant observé que la Cour européenne n'a pas remis en cause cette disposition de droit national, non plus que les motifs par lesquels les juges du fond, se conformant à cette jurisprudence, avaient, en l'espèce, écarté le bénéfice de cette immunité.

Rapport de Mme Darbois

Conseiller rapporteur

1. - Rappel des faits et de la procédure

Par décision du 14 avril 2016, la Cour de révision et de réexamen, saisie à la suite d'un arrêt du 23 avril 2015 de la Cour européenne des droits de l'homme (la CEDH) ayant dit qu'il y avait eu violation des articles 6, § 1, et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention), a ordonné le renvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation du pourvoi formé par M. X... contre un arrêt rendu le 16 juillet 2008 par la cour d'appel de Rouen l'ayant condamné pour complicité des délits de diffamation publique envers des fonctionnaires publics, commis à l'encontre de Mme Y... et de M. Z..., à l'occasion de la publication, dans l'édition du 7 septembre 2000 du journal *Le Monde*, d'un article les mettant en cause.

Le 7 décembre 1995, une information judiciaire fut ouverte au tribunal de grande instance de Toulouse pour recherche des causes de la mort de Bernard D..., magistrat détaché par la France auprès du ministre de la justice de Djibouti en tant que conseiller technique, dont le corps avait été retrouvé au lieu-dit Le Goubet, à quatre-vingts kilomètres de la ville de Djibouti, le 19 octobre 1995.

Le 3 mars 1997, sa veuve, Mme D..., contestant la thèse du suicide, déposa, en son nom personnel et au nom de ses deux enfants mineurs, une plainte avec constitution de partie civile contre personne non dénommée pour assassinat et désigna, pour la représenter, M. X..., avocat au barreau de Paris, ainsi que M. C..., avocat au barreau de Toulouse.

Les 8 et 23 avril 1997, deux informations judiciaires furent ouvertes contre X du chef d'assassinat et, par une ordonnance du 30 avril, ces deux informations et celle pour recherche des causes de la mort furent jointes.

Le 29 octobre 1997, la Cour de cassation dessaisit le tribunal de grande instance de Toulouse au profit de celui de Paris. L'information fut confiée à Mme Y... et M. Z..., juges d'instruction audit tribunal.

Dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire internationale, Mme Y... et M. Z... effectuèrent, avec M. F..., procureur adjoint, et deux experts, mais hors la présence de la partie civile, un transport sur les lieux à Djibouti du 3 au 13 mars 2000, au cours duquel un film des opérations fut réalisé.

Le 16 mars 2000, M. X..., au nom de Mme D..., demanda, notamment, à ce qu'il soit procédé à un nouveau transport sur les lieux en présence de la partie civile. Par ordonnance du 17 mars 2000, les juges d'instruction rejetèrent cette demande en faisant référence à l'existence de la cassette vidéo réalisée.

Par arrêt du 21 juin 2000, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris infirma l'ordonnance sur ce point, dessaisit du dossier Mme Y... et M. Z... et désigna M. E..., juge d'instruction au tribunal de grande instance de Paris, pour poursuivre l'information.

Saisi d'une demande des avocats de Mme D... relative à la cassette vidéo, M. E..., le 1^{er} août 2000, constata par procès-verbal que cette pièce ne figurait pas au dossier et n'y était pas référencée, et demanda par soit-transmis à Mme Y... si elle détenait la cassette. Par soit-transmis du même jour, Mme Y... remit à M. E..., qui les plaça sous scellés, une enveloppe fermée contenant la cassette accompagnée d'une carte manuscrite que lui avait adressée le procureur de la République de Djibouti.

Invoquant ces faits, MM. X... et C..., par lettre adressée au garde des sceaux le 6 septembre 2000, demandèrent « une enquête de l'inspection générale des services judiciaires sur les nombreux dysfonctionnements mis à jour dans le cadre de l'information judiciaire en cours ».

Dans l'édition du 7 septembre 2000 du quotidien *Le Monde*, dont le directeur de publication était M. A..., a été publié, en page 34, sous la signature du journaliste, M. B..., un article intitulé « *Affaire D... : remise en cause de l'impartialité de la juge Y...* ».

Cet article était ainsi rédigé :

« LES AVOCATS de la veuve du juge Bernard D..., 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 M^{es} Olivier X... et Laurent C... d'avoir "un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté" et semble avoir omis de coter 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 1^{er} août à consulter la cassette vidéo tournée sur place. Le juge Jean-Baptiste E..., 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 M^e Olivier X..., qu'ils avaient omis de placer sous scellés, plus d'un mois après leur dessaisissement."

Pire, dans l'enveloppe, le juge E... 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 D... et ses avocats sont décidés à continuer leur entreprise de manipulation. Je t'appellerai bientôt. Passe le bonjour à Roger [Z...] s'il est rentré, de même qu'à J.-C. F... [procureur adjoint à Paris]. À très bientôt, je t'embrasse, Djama.”

Les avocats de Mme D... sont évidemment furieux. "Cette pièce démontre l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français, assure M^e X..., et on ne peut qu'être scandalisés." 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). »

À la suite des plaintes avec constitution de partie civile déposées les 12 et 15 octobre 2000 par Mme Y... et M. Z..., deux informations judiciaires ont été ouvertes, le 23 octobre 2000, devant un juge d'instruction du tribunal de grande instance de Nanterre, contre M. A..., du chef de diffamation publique envers un fonctionnaire public, et contre MM. B... et X..., du chef de complicité de ce délit.

Par ordonnances du 2 octobre 2001, ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel,

- pour diffamation publique envers un fonctionnaire public, M. A..., directeur de publication ;
- pour complicité de ce délit, M. B..., journaliste, et M^e X..., avocat, ce dernier, pour avoir tenu à l'égard de Mme Y... et M. Z..., courant septembre 2000, au cours d'une conversation téléphonique avec M. B..., des propos diffamatoires, sachant qu'ils pouvaient ou devaient être publiés.

Les propos incriminés étaient les suivants :

- dans la procédure ouverte sur la plainte de Mme Y... :
 - **Celle-ci est accusée par M^{es} Olivier X... et Laurent C... d'avoir « un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté » et semble avoir omis de coter et de transmettre une pièce de procédure à son successeur ;**
 - **« Les juges Y... et Z... avaient gardé par-devers eux cette cassette, proteste M^e Olivier X..., qu'ils avaient omis de placer sous scellés, plus d'un mois après leur dessaisissement » ;**
 - **Les avocats de Mme D... sont évidemment furieux . « Cette pièce démontre l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français, assure M^e X..., et on ne peut qu'être scandalisés ».**
- dans la procédure ouverte sur la plainte de M. Z... :
 - **« Les juges Y... et Z... avaient gardé par-devers eux cette cassette, proteste M^e Olivier X..., qu'ils avaient omis de placer sous scellés, plus d'un mois après leur dessaisissement » ;**
 - **Pire, dans l'enveloppe, le juge E... a découvert une note manuscrite ;**
 - **« Cette pièce démontre l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français ».**

Par jugement du 4 juin 2002, le tribunal correctionnel de Nanterre, après avoir ordonné la jonction des deux procédures, a :

- rejeté les exceptions de nullité des citations soulevées par les prévenus sur le fondement de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881, et d'immunité soulevées sur le fondement de l'article 41, alinéa 3, de cette loi ;
- déclaré M. A..., en qualité d'auteur, et MM. B... et X..., en qualité de complices, coupables du délit de diffamation, prévu et réprimé par les articles 23 et 29, alinéa 1, 30, 31, alinéa 1, 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881 et 121-7 du code pénal ;
- condamné M. A... à une amende de 500 euros, M. B... à une amende de 800 euros et M. X... à une amende de 4 000 euros ;
- sur l'action civile, condamné solidairement MM. A..., B... et X... à verser respectivement à Mme Y... et à M. Z... la somme de 7 500 euros à titre de dommages-intérêts et ordonné la publication d'un communiqué.

Sur appel de toutes les parties, la cour d'appel de Versailles, par arrêt du 28 mai 2003, réformant partiellement le jugement, a :

dans la procédure ouverte sur la plainte de M. Z... :

- fait droit à l'exception de nullité des citations soulevée par les prévenus, le délai de vingt jours prévu par l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881 n'ayant pas été respecté entre les citations et la première audience, et constaté la nullité du jugement ;
- déclaré l'action en diffamation prescrite, un délai de plus de trois mois s'étant écoulé entre l'ordonnance de renvoi et les citations, et relaxé les trois prévenus ;
- déclaré M. X... déchu de son offre de preuve de vérité en raison du non-respect du délai de dix jours imparti pour sa signification et, en conséquence, déclaré sans objet sa demande de sursis à statuer ;
- déclaré la constitution de partie civile de M. Z... irrecevable en raison de la prescription.

dans la procédure ouverte sur la plainte de Mme Y... :

- confirmé le jugement sur la culpabilité des trois prévenus ;
- réformé le jugement sur les peines et condamné MM. A..., B... et X... respectivement à des amendes de 3 000 euros, 1 500 euros et 4 000 euros ;
- confirmé le jugement pour le surplus sur la recevabilité de la constitution de partie civile de Mme Y..., ainsi que sur les intérêts civils ;

- confirmé le jugement sur la mesure de publication et ajouté la publication d'un autre communiqué.

Statuant sur les pourvois formés par M. X..., prévenu, et M. Z..., partie civile, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par arrêt du 12 octobre 2004 (pourvoi n° 03-83.306, *Bull. crim.* 2004, n° 240), a cassé, en toutes ses dispositions, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles :

- sur le pourvoi de M. Z..., pour violation de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881, le délai de vingt jours entre la citation et la comparution prévu par ce texte ne s'appliquant qu'aux citations introductives d'instance ;

- sur le pourvoi de M. X..., pour contradiction des motifs retenus pour écarter sa demande de sursis à statuer et relatifs à la date de son offre de preuve.

Par un arrêt du 25 avril 2005, la cour d'appel de Rouen a :

- donné acte aux prévenus de leur renonciation au moyen de nullité des citations, soulevé sur le fondement de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881, et, par conséquent, à la prescription de l'action en diffamation engagée sur la plainte de M. Z... ;

- déclaré que, pour l'action en diffamation engagée sur la plainte de M. Z..., entre l'ordonnance de renvoi et le jugement du 4 juin 2002, la prescription a été interrompue ;

- ordonné un sursis à statuer jusqu'à l'issue de deux procédures pénales pendantes devant le tribunal de grande instance de Lille.

Statuant sur les pourvois formés contre cet arrêt par les prévenus et parties civiles (pourvoi n° 05-82.901), le président de la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu, au visa de l'article 570 du code de procédure pénale, le 8 juin 2005, une ordonnance de non-admission de l'examen immédiat des pourvois.

M. X... ayant renoncé à l'audition d'un témoin, laquelle constituait l'une des causes de la décision de sursis à statuer prononcée le 25 avril 2005, la cour d'appel de Rouen, par arrêt du 16 juillet 2008, a :

statuant sur le renvoi ordonné le 12 octobre 2004 par la Cour de cassation, constaté que :

- sur l'action en diffamation engagée sur la plainte de M. Z..., sa saisine portait sur les actions, publique et civile, exercées à l'égard de MM. A..., B... et X... ;

- sur l'action en diffamation engagée sur la plainte de Mme Y..., sa saisine portait uniquement sur les actions, publique et civile, exercées à l'égard de M. X..., les dispositions de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 28 mai 2003 déclarant MM. A... et B... coupables des faits et les condamnant, pénalement et civilement, étant devenues définitives en l'absence de pourvoi de ces deux prévenus, du ministère public et de la partie civile ;

statuant sur l'action publique,

- confirmé le jugement du tribunal de Nanterre du 4 juin 2002 en ce qu'il avait :

- rejeté l'exception d'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 invoquée par MM. A..., B... et X... ;

- déclaré M. A..., en qualité d'auteur, et MM. B... et X..., en qualité de complices, coupables du délit de diffamation publique envers un fonctionnaire public commis à l'encontre de M. Z... ;

- déclaré M. X... coupable de complicité du délit de diffamation publique envers un fonctionnaire public commis par M. A... à l'encontre de Mme Y... ;

- condamné M. X... au paiement d'une amende de 4 000 euros ;

- réformé le jugement et condamné M. A... et M. B... au paiement respectivement d'une amende de 3 000 euros et d'une amende de 1 500 euros, avec confusion de ces peines avec celles prononcées par la cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 28 mai 2003 ;

statuant sur l'action civile :

- déclaré recevables les constitutions de partie civile de Mme Y... et M. Z... ;

- confirmé le jugement en ce qu'il avait :

- condamné solidairement MM. A..., B... et X... à payer à M. Z... la somme de 7 500 euros à titre de dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral ;

- condamné solidairement MM. A..., B... et X... à payer à Mme Y... la somme de 7 500 euros à titre de dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral ;

- ordonné, à titre de dommages-intérêts complémentaires, la publication d'un communiqué dans le journal *Le Monde* ;

- rejeté la demande de publication supplémentaire formée par Mme Y... et M. Z... ;

- en application de l'article 475-1 du code de procédure pénale, condamné solidairement MM. A..., B... et X... à payer à M. Z... la somme de 4 000 euros et, dans les limites de sa saisine, condamné M. X... à payer à Mme Y... la somme de 1 000 euros.

Par arrêt du 10 novembre 2009 (pourvoi n° 08-86.295), la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté les pourvois formés par Mme Y... et par MM. A..., B... et X...

Le 7 mai 2010, M. X... a saisi la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), en alléguant une atteinte au principe d'impartialité, prévu par l'article 6, § 1, de la Convention, devant la Cour de cassation, ainsi qu'une atteinte à son droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 10 de la Convention, en raison de sa condamnation.

Par arrêt du 11 juillet 2013 (requête n° 29369/10), la CEDH, statuant en sa cinquième section, a dit qu'il y avait eu violation de l'article 6, § 1, de la Convention et qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

Le 3 octobre 2013, M. X... a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

Par arrêt du 23 avril 2015 (requête n° 29369/10), la CEDH, statuant en sa Grande Chambre, a, à l'unanimité, dit qu'il y avait eu violation des articles 6, § 1, et 10 de la Convention et que l'État défendeur devait verser à M. X... les sommes de 4 270 euros pour dommage matériel, 15 000 euros pour dommage moral et 14 400 euros pour frais et dépens, outre tout montant pouvant être dû au titre de l'impôt¹.

Saisie à la suite de cet arrêt, sur le fondement des articles 622-1 et suivants du code de procédure pénale, par requête de M. X... reçue le 30 septembre 2015, la Cour de révision et de réexamen, par arrêt du 14 avril 2016, a renvoyé devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation le réexamen du pourvoi formé par M. X... contre l'arrêt rendu le 16 juillet 2008 par la cour d'appel de Rouen.

2. - Analyse succincte des moyens

L'article 3 de la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive a abrogé le titre III du livre III du code de procédure pénale, relatif au réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la CEDH, c'est-à-dire les articles 626-1 à 626-7.

Selon une jurisprudence constante de l'assemblée plénière, rendue sous l'empire des anciens textes, lorsqu'elle était saisie en application des articles 626-3 et 626-4 du code de procédure pénale, aux fins de réexamen d'un pourvoi, la Cour de cassation statuait, hormis le cas où un moyen aurait dû être soulevé d'office, en l'état des seuls mémoires déposés lors de l'examen initial de ce pourvoi².

Les articles 624-3, alinéa 2, et 624-7 de ce code, issus de la loi précitée, étant en substance équivalents aux anciens articles 626-3, alinéa 3, et 626-4, alinéas 2 et 3, cette jurisprudence paraît devoir être transposée.

Le mémoire déposé par M. X... le 15 décembre 2008, à l'appui de son pourvoi que nous avons à réexaminer, invoque deux moyens.

Par le premier moyen, tiré de la violation des articles 10 de la Convention, 41, alinéa 3³, de la loi du 29 juillet 1881, 591 et 593 du code de procédure pénale, M. X... fait grief à l'arrêt de le déclarer coupable de complicité de diffamation envers un fonctionnaire à l'encontre de Mme Y... et de M. Z... et de le condamner à des peines civiles et pénales, après avoir écarté l'exception d'immunité juridictionnelle, alors que l'immunité de l'article 41 de la loi sur la presse, 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 tout type de procédure juridictionnelle, notamment disciplinaire ; qu'elle s'applique dès le premier stade de la procédure, fût-ce avant la saisine de la juridiction, tout particulièrement lorsque cette saisine est limitée à certaines personnes qualifiées ; qu'il s'ensuit que la lettre du 6 septembre 2000, adressée au garde des sceaux par le défenseur de la partie civile dans le dossier « D... », dont il était constaté qu'elle avait pour finalité la saisine du CSM de poursuites visant deux magistrats ayant eu en charge l'instruction de ce dossier, entrait dans le cadre de la défense des intérêts de la partie civile ; que, par conséquent, l'arrêt attaqué ne pouvait refuser d'accorder l'immunité juridictionnelle aux propos éventuellement diffamatoires qu'elle contenait en se fondant sur la circonstance qu'elle ne constituait pas un acte de saisine figurant au nombre des écrits visés par l'article 41 de la loi susvisée.

Par le second moyen, développé en cinq branches et tiré de la violation des articles 10 de la Convention, 29 et 31, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale, M. X... fait grief à l'arrêt de le déclarer coupable de complicité de diffamation envers un fonctionnaire à l'encontre de Mme Y... et de M. Z... et de le condamner à des peines civiles et pénales, après avoir écarté l'exception de bonne foi alors :

1° Que les propos incriminés reprochant aux magistrats Y... et Z... d'avoir mené leur instruction uniquement à décharge traitaient d'une affaire judiciaire médiatisée de longue date, portant sur les conditions suspectes dans lesquelles avait été retrouvé « suicidé » à Djibouti un magistrat français en disponibilité dans ce pays et sur la manière discutable dont avait été dirigée l'instruction, dont nombre d'éléments, relevés par l'arrêt attaqué, pression de la part de Mme Y... sur un témoin clé, défiance systématique à l'encontre de la partie civile, tenue à l'écart de certaines investigations, propos adressés par le procureur de la République djiboutien dénotant une étonnante connivence avec les juges d'instruction français, montraient qu'elle avait été menée avec un présumé manifeste en défaveur de la thèse de l'assassinat, soutenue par la partie civile ; qu'eu égard à l'importance du sujet d'intérêt général dans lesquels ces propos s'inséraient, la cour d'appel ne pouvait retenir que M. X... avait dépassé les limites de sa liberté d'expression ;

2° Que la bonne foi s'apprécie au regard des propos incriminés qui ont été publiés ; que l'arrêt attaqué écarte la bonne foi de M. X... en se fondant sur l'absence prétendue d'intérêt à mettre en cause devant le garde des sceaux les manquements à leurs devoirs de magistrats instructeurs reprochés à Mme Y... et M. Z..., qui s'analyseraient comme un « *règlement de compte* a posteriori » ; que la cour d'appel n'a pas examiné la bonne foi de M. X... dans l'expression des propos rapportés dans l'article de presse incriminé, mais par rapport au contenu de la lettre adressée au garde des sceaux, sur laquelle elle n'avait pas à porter d'appréciation au regard des faits dont elle était saisie ; qu'il en résulte que l'arrêt ne s'est pas prononcé par des motifs opérants pour conclure à l'existence d'une animosité personnelle de M. X... à l'encontre des parties civiles ;

¹ Pour mémoire, la violation de l'article 6, § 1, de la Convention, pour atteinte au principe d'impartialité, tenait en particulier à la présence, dans la formation de la chambre criminelle ayant examiné le pourvoi, d'un conseiller qui avait, plusieurs années avant l'audience, pris parti en faveur de Mme Y..., sans que M. X... ne soit avisé, avant le prononcé de l'arrêt, de sa participation au délibéré. Le renvoi en assemblée plénière du réexamen du pourvoi, par la décision de la Cour de révision et de réexamen du 14 avril 2016, est de nature à remédier à la violation constatée.

² Cf., par ex., assemblée plénière, 18 janvier 2006, pourvoi n° 02-80.787, *Bull. crim.* 2006, n° 1 ; 8 juillet 2005, 2 arrêts, pourvois n° 99-83.846 et n° 97-83.023, *Bull. crim.* 2005, n° 1 et n° 2 ; 11 juin 2004, pourvoi n° 98-82.323, *Bull. crim.* 2004, n° 1 ; 4 octobre 2002, pourvoi n° 93-81.533, *Bull. crim.* 2002, n° 1.

³ La loi n° 2008-1187 du 14 novembre 2008, entrée en vigueur le 19 novembre 2008, ayant ajouté à l'article 41 un nouvel alinéa, l'alinéa 3 est devenu l'alinéa 4 de ce texte.

3° Que sauf à interdire à tout avocat de s'exprimer sur une enquête en cours, la seule circonstance que M. X... ait eu un différend avec l'un des magistrats dans le cadre d'une autre procédure ne permet pas d'établir que celui-ci était mû par une animosité personnelle en s'exprimant sur la façon critiquable dont ce magistrat avait exercé ses fonctions dans le dossier D... ; que, ce faisant, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

4° Que le bénéfice de la bonne foi n'est subordonné ni à l'actualité du fait dénoncé, ni à la circonstance que ce fait aurait été entre-temps « réparé » ; qu'au demeurant, en faisant état publiquement le 7 septembre 2000 d'un fait qui s'était produit un mois plus tôt et qui illustrait les vicissitudes d'une information qu'il dénonçait depuis de longs mois, l'avocat de Mme D... s'inscrivait dans la stratégie revendiquée, tendant à contester depuis l'origine la thèse du suicide pour revendiquer celle de l'assassinat politique ; que la prétendue absence de nécessité de propos n'était pas exclusive de la bonne foi ;

5° Que les opinions exprimées sur le fonctionnement d'une institution fondamentale de l'État, telle que le déroulement d'une information pénale, ne sont pas subordonnées à la prudence dans l'expression de la pensée ; 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 ; que dès lors, la cour d'appel ne pouvait écarter la bonne foi de M. X..., avocat de l'une des parties civiles, en ne s'arrêtant qu'aux prétendus différends personnels l'opposant à Mme Y... et M. Z... et sans s'interroger sur les éléments invoqués par celui-ci de nature à justifier les critiques qu'il leur a adressées en leur qualité de magistrats instructeurs ; qu'ainsi, l'arrêt n'est pas légalement justifié et a été rendu en violation de l'article 10 de la Convention.

3. - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi invite à s'interroger sur l'étendue de l'exercice par un avocat de sa liberté d'expression et, plus précisément, sur les limites de la critique admissible à l'égard des magistrats agissant dans l'exercice de leurs fonctions.

4. - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Par l'arrêt du 10 novembre 2009, la chambre criminelle, statuant sur le premier moyen, a approuvé la cour d'appel, qui avait relevé « *que le fait de rendre publique la démarche entreprise par les avocats d'Elisabeth D... 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 constitu[ait] pas un acte de saisine du Conseil supérieur de la magistrature et ne se rattach[ait] pas à un débat mettant en œuvre l'exercice des droits de la défense devant une juridiction* », d'avoir écarté l'exception d'immunité juridictionnelle fondée sur l'article 41, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, invoquée par M. X...

Elle a, pour rejeter le second moyen, jugé « *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 responsabilités et peut être soumis, comme dans le cas de l'espèce, où les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action de magistrats ont été dépassées, à des restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation des droits d'autrui* ».

Le réexamen du pourvoi, qui, par application de l'article 624-7 du code de procédure pénale, doit être « *de nature à remédier à la violation constatée par la Cour européenne des droits de l'homme* », doit s'effectuer à la lumière des principes dégagés sur le droit d'un avocat à la liberté d'expression tel que prévu par l'article 10 de la Convention, notamment, par l'arrêt rendu par cette Cour le 23 avril 2015, dont il convient de rappeler qu'il a été rendu en Grande Chambre, à l'unanimité de ses membres, après, cependant, que, par un arrêt rendu le 11 juillet 2013, la cinquième section avait, par six voix contre une, dit au contraire qu'il n'y avait pas eu violation de cet article.

Les textes pertinents applicables sont les suivants :

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

- article 10 : « *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 États 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 ».

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse :

- article 23, alinéa 1 : « *Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet* » ;

- article 29, alinéa 1 : « *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie*

de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés » ;

- article 31, alinéa 1 : « Sera punie de la même peine la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre chambre, un fonctionnaire public [...] » ;

- article 41 : « [...] 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.

Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts.

Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers ».

Sur le premier moyen

Ce moyen critique le rejet, par la cour d'appel, de l'exception d'immunité des débats judiciaires invoquée par M. X..., tirée de l'article 41, alinéa 3, devenu alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881.

La jurisprudence de la Cour de cassation

Cette immunité édictée dans l'intérêt des droits de la défense, qui doivent pouvoir s'exercer librement sans risquer d'engager la responsabilité pour diffamation, injure ou outrage de l'auteur des propos ou écrits, constituant une dérogation légale au droit commun de la presse, est d'interprétation stricte : elle couvre, selon la définition de cet article, soit le compte rendu des débats judiciaires, remplissant de surcroît la double condition d'être fidèle et fait de bonne foi, soit les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux, et elle présuppose que les propos ou écrits litigieux ne soient pas étrangers à la cause.

Le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires :

selon une jurisprudence constante de la chambre criminelle, « pour ouvrir droit à l'immunité prévue par l'article 41, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, le compte rendu d'un débat judiciaire doit mettre en regard les prétentions contraires des parties et permettre, par une narration générale ou partielle, d'apprécier l'ensemble des débats judiciaires, en s'abstenant de toute dénaturation des faits et de tout commentaire malveillant »⁴.

Conformément à sa jurisprudence, cette chambre a eu l'occasion de préciser qu'il fallait s'abstenir « de toute dénaturation des faits et de toute imputation malveillante, spécialement à l'égard des membres de la juridiction »⁵, et, relevant « que tel n'a[vait] pas été le cas en l'espèce », elle a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté l'immunité invoquée⁶.

Elle a, à l'inverse, censuré une cour d'appel pour avoir fait « bénéficier le prévenu de l'immunité prévue par l'article 41, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, alors qu'elle avait constaté que la chronique litigieuse, au cours de laquelle avaient été rapportés les propos diffamatoires envers M^e F R, ne constituait pas un compte rendu des débats judiciaires au sens de ce texte »⁷.

Les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux :

par un arrêt du 13 janvier 1953⁸, la chambre criminelle a jugé que « la troisième disposition de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 [...] étant dérogoratoire au droit commun, doit être enfermée dans les cas pour lesquels elle a été introduite ; qu'elle ne s'applique, par suite, qu'aux discours prononcés, ou aux écrits produits en justice, dans l'intérêt de la défense légitime des parties, et ne protège pas les écrits publiés en dehors des tribunaux, dans l'intérêt d'une publicité étrangère aux débats ».

Ainsi, selon une jurisprudence constante, « l'immunité en cause ne protège que les écrits produits devant la juridiction saisie dans l'intérêt de la défense des parties », en sorte qu'elle ne s'applique pas à la diffusion sur internet d'une plainte avec constitution de partie civile⁹, ni aux propos tenus lors d'un communiqué de presse de protestation contre les conditions dans lesquelles se tenait un procès¹⁰.

Cette immunité, « destinée à garantir aussi bien la liberté de la défense que la sincérité des auditions, est applicable, sauf le cas où ils sont étrangers à la cause, aux propos tenus et aux écrits produits devant les juridictions d'instruction comme de jugement »¹¹.

Rappelant cette jurisprudence, la première chambre civile a jugé « que ne constituent pas des tribunaux au sens de ce texte les commissions d'enquête parlementaires »¹² et « qu'en matière disciplinaire, le bâtonnier de l'ordre des avocats n'[est] pas une juridiction »¹³.

⁴ Crim., 22 octobre 1996, pourvoi n° 94-84.819, *Bull. crim.* 1996, n° 369 ; voir aussi, par ex., Crim., 7 octobre 1997, pourvoi n° 94-84.928 ; 4 novembre 1986, pourvoi n° 85-92.823, *Bull. crim.* 1986, n° 322 ; 16 janvier 1978, pourvoi n° 76-92.288, *Bull. crim.* 1978, n° 18.

⁵ Sauf indication contraire, les soulignements effectués dans les citations sont du rapporteur.

⁶ Crim., 6 février 2007, pourvoi n° 06-80.804, *Bull. crim.* 2007, n° 32 ; 10 mai 1994, pourvoi n° 93-82.553, *Bull. crim.* 1994, n° 181.

⁷ Crim., 2 mars 1999, pourvoi n° 98-81.638.

⁸ *Bull. crim.* 1953, n° 13.

⁹ Crim., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-86.406, *Bull. crim.* 2008, n° 79.

¹⁰ Crim., 3 décembre 2002, pourvoi n° 01-85.466, *Bull. crim.* 2002, n° 217.

¹¹ Crim., 4 juin 1997, pourvoi n° 96-80.520, *Bull. crim.* 1997, n° 223 ; voir aussi Crim., 23 décembre 1986, pourvoi n° 85-96.046, *Bull. crim.* 1986, n° 391.

¹² 1^{er} Civ., 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-13.293, *Bull.* 2004, I, n° 283.

¹³ 1^{er} Civ., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-17.514, *Bull.* 2005, I, n° 227.

De même, elle juge de façon constante que l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 n'est pas applicable en matière disciplinaire¹⁴.

Enfin, la Cour de cassation a censuré des cours d'appel pour avoir écarté cette immunité, cependant que les propos litigieux n'étaient pas étrangers à la cause¹⁵.

Elle a, en revanche, par un arrêt récent, approuvé une cour d'appel d'avoir écarté l'immunité « dès lors que ne peuvent bénéficier de l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 les discours ou écrits outrageants étrangers à la cause, et excédant les limites des droits de la défense »¹⁶.

Commentant ce dernier arrêt, Guillaume Beaussonie souligne que ce texte « institue non pas une immunité de l'avocat mais une immunité de la défense conduite par l'avocat : ce n'est pas tout à fait pareil. L'immunité est légitimée par la nécessité d'une totale liberté de parole "lors du procès" : immunité de temps et d'action. Hors ce champ, un avocat ne bénéficie d'aucune autre faveur du droit [...] »¹⁷.

L'arrêt attaqué

En l'espèce, la cour d'appel, pour écarter l'immunité invoquée par les prévenus, a statué en ces termes :

« Ceci étant exposé, 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 Mme D... 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 déferé en ce qu'il a rejeté l'exception d'immunité invoquée par les prévenus » (arrêt, p. 18, §§ 2 et 3).

Les premiers juges avaient écarté cette immunité dans les termes suivants : « [...] la démarche que les avocats de Mme D... ont cru devoir entreprendre auprès du garde des sceaux ne peut en aucune façon s'analyser comme se rattachant à des débats judiciaires ou des écrits produits devant une juridiction, tels que définis par l'article 41 de la loi sur la presse.

La lettre adressée au garde des sceaux ne constitue pas un acte de saisine du Conseil supérieur de la magistrature, décision qui relève uniquement de l'appréciation du ministre. Ce courrier visant à engager une instance disciplinaire à l'encontre des magistrats instructeurs doit être considéré comme purement informatif, et par conséquent non couvert par l'immunité » (jugement, p. 15, §§ 5 et 6).

La jurisprudence de la CEDH

Dans un arrêt du 21 mars 2002 (Nikula c/Finlande, requête n° 31611/96) cité par le mémoire ampliatif, la CEDH a été amenée à se prononcer sur l'ingérence de l'État dans l'exercice par un avocat de son droit à la liberté d'expression dans le cadre d'une procédure : Mme Nikula, avocate défendant des prévenus dans une affaire d'escroquerie et d'abus de poste de confiance, ayant déposé devant le tribunal un mémoire dans lequel elle critiquait en termes virulents la tactique procédurale adoptée par le procureur, fut condamnée au paiement de dommages-intérêts pour diffamation par négligence envers ce dernier.

Pour conclure à une violation de l'article 10 de la Convention, la Cour européenne, après avoir rappelé « la distinction qui est établie dans divers États contractants entre le rôle du procureur, c'est-à-dire l'adversaire de l'accusé, et celui du juge [...]. De manière générale, cette différence confère une meilleure protection aux déclarations par lesquelles un accusé critique un procureur, par opposition à celles contenant des propos agressifs envers le juge ou le tribunal dans son ensemble », a retenu que « même si certains des termes employés étaient déplacés, les critiques de l'intéressée portaient uniquement sur la manière dont T. s'était acquitté de ses fonctions de procureur dans l'affaire dirigée contre le client de l'avocate, et non sur les qualités professionnelles ou autres de T. en général. Dans ce contexte procédural, T. devait tolérer des critiques très larges de la part de la requérante en sa qualité d'avocate de la défense » et relevé que « les arguments de la requérante ne sont pas sortis de la salle d'audience ; il ne s'agissait pas de critiques adressées à un juge ou à un procureur parues, par exemple, dans la presse » (§§ 50 à 52).

¹⁴ Cf., par ex., 1^{re} Civ., 10 septembre 2015, pourvoi n° 14-24.208, en cours de publication ; 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.495. Voir, ci-après, l'arrêt rendu par la CEDH le 15 mars 2016, Bono c/France, requête n° 29024/11 ; 1^{re} Civ., 16 décembre 2003, pourvoi n° 03-14.649, Bull. 2003, I, n° 256 ; 10 janvier 1995, pourvoi n° 92-20.895 ; 24 avril 1985, pourvoi n° 84-10.235, Bull. 1985, I, n° 129.

¹⁵ Cf., par ex., Crim., 11 octobre 2005, pourvoi n° 05-80.545, Bull. crim. 2005, n° 255, et 8 juin 1999, pourvoi n° 96-82.519, Bull. crim. 1999, n° 127, cités par le mémoire ampliatif.

¹⁶ Crim., 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-84.380, Bull. crim. 2015, n° 195.

¹⁷ "Droit de la presse et des médias", JCP G 2015, doct. 1191.

Elle a en outre souligné « le devoir qu'ont les tribunaux et le 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, au lieu d'examiner au cours d'un procès ultérieur le caractère approprié des déclarations formulées par une partie dans le prétoire » et ajouté que « la menace d'un contrôle exercé a posteriori sur les critiques exprimées par l'avocat de la défense à l'égard d'une autre partie à une procédure pénale – ce qu'est le procureur à n'en pas douter – se concilie difficilement avec le devoir de cet avocat, qui consiste à défendre avec zèle les intérêts de ses clients. Il s'ensuit qu'il appartient en premier lieu aux avocats eux-mêmes, sous réserve du contrôle du juge, d'apprécier la pertinence et l'utilité d'un argument présenté en défense sans se laisser influencer par « l'effet dissuasif » que pourraient revêtir une sanction pénale même relativement légère, ou l'obligation de verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé ou de payer les frais.

Ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'une limite touchant 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 » (§§ 53 à 55).

Voir aussi les arrêts du 28 octobre 2003 (Steur c/Pays-Bas, requête n° 39657/98, § 44) et du 15 décembre 2005 (Kyprianou c/Chypre, requête n° 73797/01, §§ 174, 175, 179 et 181), cités par le mémoire ampliatif, par lesquels la CEDH a également retenu une violation de l'article 10 de la Convention.

En ce qui concerne la France, outre l'arrêt X... c/France du 23 avril 2015 relatif à la présente procédure, il est intéressant de se reporter à l'arrêt Bono c/France, rendu postérieurement, le 15 mars 2016 (requête n° 29024/11), par lequel la CEDH a également retenu une violation de l'article 10 de la Convention, et ce, « en raison du caractère disproportionné de la peine infligée au requérant » (§ 56).

Il peut être observé que la CEDH ne se prononce pas directement sur l'articulation entre l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 et l'article 10 de la Convention, mais, rappelant qu'il convient de « distinguer selon que les avocats s'expriment dans le prétoire ou en dehors de celui-ci » (X... c/France, § 136, et Bono c/France, § 46) et « d'examiner les propos litigieux à la lumière des circonstances et de l'ensemble du contexte de l'affaire » (X... c/France, § 162), elle prend en considération les circonstances dans lesquelles l'avocat a tenu les propos incriminés et se prononce sur l'appréciation par les juridictions nationales, le cas échéant, des conditions d'application à l'espèce du bénéfice de l'immunité.

Ainsi, dans l'arrêt X... c/France, la CEDH a notamment retenu :

« Certes, le requérant soutient que ses déclarations publiées dans le journal *Le Monde* étaient précisément au service de la mission de défense de sa cliente, qu'il lui appartenait de déterminer. Cependant, 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 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.

[...]

Par ailleurs, la demande d'enquête adressée à la garde des sceaux pour se plaindre de ces faits nouveaux n'était pas un recours juridictionnel, ce qui aurait éventuellement justifié de ne pas intervenir dans la presse, mais une simple demande d'enquête administrative soumise à la décision discrétionnaire de la ministre de la justice. La Cour note à cet égard que les juges internes, en première instance comme en appel, ont eux-mêmes estimé que la lettre ne pouvait bénéficier de l'immunité accordée aux actes judiciaires, le tribunal correctionnel ayant précisé que son contenu était purement informatif (paragraphe 38 et 46 ci-dessus). La Cour relève qu'il n'est pas soutenu que cette demande aurait eu une quelconque suite et, de plus, elle note que les juges M. et L. L. ne l'ont manifestement pas envisagée comme un exercice normal d'une voie de recours offerte par le droit interne, mais comme une démarche justifiant le dépôt d'une plainte pour dénonciation calomnieuse (paragraphe 35 ci-dessus) » (§§ 149 et 172).

En ce qui concerne l'arrêt Bono c/France, il convient de rappeler que M. Bono, avocat ayant assuré la défense d'un individu, arrêté en Syrie, puis extradé en France pour y être jugé pour sa participation à un groupement formé en vue de la préparation d'actes de terrorisme, fut condamné à une peine disciplinaire aux motifs que les propos contenus dans des conclusions déposées devant la chambre des appels correctionnels, en vue du rejet de pièces obtenues sous la torture en Syrie, constituaient un manquement à l'honneur et à la délicatesse ; le pourvoi contre l'arrêt rendu en matière disciplinaire avait été rejeté par la Cour de cassation (1^{re} Civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.495, préc.).

Dans cet arrêt, la CEDH a notamment retenu :

« Il convient cependant de distinguer selon que les avocats s'expriment dans le prétoire ou en dehors de celui-ci. S'agissant des "faits d'audience", qui intéressent le présent cas, seuls les propos qui excèdent ce qu'autorise l'exercice des droits de la défense légitiment les restrictions à la liberté d'expression des avocats. La Cour renvoie à cet égard au § 137 de l'arrêt X... qui reprend les termes de l'arrêt Nikula précité : "§ 137 [...] dès lors que la liberté d'expression de l'avocat peut soulever une question sous l'angle du droit de son client à un procès équitable, l'équité milite également en faveur d'un échange de vues libre, voire énergique, entre les parties [...] et l'avocat a le devoir de "défendre avec zèle les intérêts de ses clients" [...], ce qui le conduit parfois à s'interroger sur la nécessité de s'opposer ou non à l'attitude du tribunal ou de s'en plaindre [...]. De plus, la Cour tient compte du fait que les propos litigieux ne sortent pas de la salle d'audience. Par ailleurs, elle opère une distinction selon la personne visée, un procureur, qui est une "partie" au procès, devant "tolérer des critiques très larges de la part de [l'avocat de la défense]", même si certains termes sont déplacés, dès lors qu'elles ne portent pas sur ses qualités professionnelles ou autres en général [...] »

[...] La Cour observe que les propos litigieux ont été formulés dans un contexte judiciaire, puisqu'ils ont été communiqués sous forme écrite à l'occasion du dépôt par le requérant de conclusions en défense devant la

cour d'appel de Paris. Ils s'inscrivaient dans une démarche tendant à obtenir, avant toute défense au fond, l'annulation par cette juridiction des dépositions de son client obtenues sous la torture en Syrie. [...] Dans ce contexte procédural, la Cour considère que les écrits litigieux participaient directement de la mission de défense du client du requérant en vue de la poursuite de la procédure, "purgée" de ses nullités.

[...] La Cour retient encore que les critiques du requérant ne sont pas sorties de la "salle d'audience" puisqu'elles étaient formulées dans des conclusions écrites. Elles n'ont donc pas pu porter atteinte ou menacer le fonctionnement du pouvoir judiciaire et la réputation des autorités judiciaires auprès du grand public. Elle observe à cet égard que la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation n'ont pas pris en compte cet élément contextuel [...] et n'ont pas tenu compte de l'auditoire restreint à qui les propos avaient été adressés.

Compte tenu de ces éléments, la Cour est d'avis que la sanction disciplinaire infligée au requérant n'était pas proportionnée. Outre les répercussions négatives d'une telle sanction sur la carrière professionnelle d'un avocat, la Cour estime que le contrôle ex post facto des paroles ou des écrits litigieux d'un avocat doit être mis en œuvre avec une prudence et une mesure particulières. En effet, s'il appartient aux autorités judiciaires et disciplinaires, dans l'intérêt du bon fonctionnement de la justice, de relever et parfois même de sanctionner certains comportements des avocats, elles doivent veiller à ce que ce contrôle ne constitue pas pour ceux-ci une menace ayant un effet "inhibant", qui porterait atteinte à la défense des intérêts de leurs clients. Ainsi, en l'espèce, le président de la chambre de la cour d'appel devant laquelle était jugé le client du requérant avait déjà invité ce dernier au cours de l'audience à mesurer ses propos puis, considérant qu'ils étaient excessifs, cette chambre a fait alors figurer dans l'arrêt le rejet des conclusions sur ce point au motif qu'elles étaient infamantes [...]. Estimant suffisant ce rappel à l'ordre, ces juges n'avaient pas estimé opportun de demander au procureur général de saisir les instances disciplinaires. Ce n'est que plusieurs mois après le dépôt des conclusions litigieuses devant la cour d'appel, et l'arrêt rendu par celle-ci, que le procureur général initia une procédure disciplinaire. Au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce, la Cour considère qu'en allant au-delà de la position ferme et mesurée de la cour d'appel pour infliger une sanction disciplinaire au requérant, les autorités ont porté une atteinte excessive à l'exercice de la mission de défense de l'avocat » (§§ 46, 52, 54 et 55).

Le réexamen du moyen après l'arrêt X... c/France de la CEDH

Commentant l'arrêt X... c/France, Philippe Piot s'interroge sur le point de savoir si, la CEDH ayant rappelé, par référence à l'arrêt Mor c/France¹⁸, que « la défense d'un client [pouvait] se poursuivre avec une apparition dans un journal télévisé ou une intervention dans la presse et, à cette occasion, avec une information du public sur des dysfonctionnements de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction » (§ 138), les propos d'un avocat pourraient se voir accorder le bénéfice d'une immunité. Il constate que telle était la demande sur ce point de l'ordre des avocats au barreau de Paris, du Conseil national des barreaux et de la conférence des bâtonniers, qui avaient, dans leur intervention commune, soutenu que « la césure entre l'expression judiciaire et extrajudiciaire [était] aujourd'hui dépassée » (§ 122).

Mais il relève qu'« à l'évidence, la CEDH n'est pas encore disposée à jouer Hernani : Il convient [...] de distinguer selon que l'avocat s'exprime dans le prétoire ou en dehors de celui-ci (§ 136) tranche-t-elle. Les « faits d'audience » peuvent faire l'objet d'un échange « de vue libre, voire énergique entre les parties », y compris envers le procureur, qui est « une partie » au procès et qui doit, de ce fait, « tolérer des critiques très larges de la part » de l'avocat de la défense (§ 137). Il n'en est pas de même des propos tenus hors du prétoire. L'avocat n'est, alors, pas déchargé de son « devoir de prudence » vis-à-vis du secret de l'instruction (§ 138), et ne peut pas tenir des propos dépassant le commentaire admissible « sans solide base factuelle » (§ 139) [...] »¹⁹.

Il y aura lieu d'apprécier la pertinence du premier moyen au vu de l'ensemble de ces éléments.

Sur le second moyen

Ce moyen, tiré de la violation de l'article 10 de la Convention, critique le rejet, par la cour d'appel, de l'exception de bonne foi invoquée par M. X...

La jurisprudence de la CEDH

L'article 10 de la Convention énonce, d'abord, le droit à la liberté d'expression, lequel comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées et admet, ensuite, qu'il puisse être apporté certaines limitations à l'exercice de ces libertés, 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.

En d'autres termes, seule l'existence d'un « besoin social impérieux », selon la formule de la CEDH, justifie qu'une personne soit poursuivie, en raison de la teneur de ses propos, devant les juridictions internes civiles ou pénales. En ce sens, les États disposent d'une certaine marge dans l'appréciation de ce besoin, nécessairement fondée sur une approche factuelle de l'espèce, mais sous le contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent²⁰.

La condamnation d'une personne à raison de propos qu'elle a tenus constitue une ingérence dans la liberté d'expression. La CEDH, une fois les voies de recours internes épuisées, dispose de la compétence pour connaître de la conventionnalité de cette condamnation.

¹⁸ 15 décembre 2011, requête n° 28198/09, § 59.

¹⁹ F. Froment et P. Piot, « Chronique de jurisprudence de droit de la presse », *Gaz. Pal.*, 18 juin 2015, n° 169, p. 19.

²⁰ Jurisprudence constante rappelée dans l'arrêt X... c/France, § 124.

Elle réaffirme de façon constante les principes généraux lui permettant d'apprécier la nécessité d'une ingérence donnée dans l'exercice de la liberté d'expression, dégagés par l'arrêt *Handyside c/Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 (requête n° 5493/72, § 49), dans lequel elle a précisé que « *son rôle de surveillance* » lui commandait « *de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique" : « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (article 10-2), 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* », avant d'ajouter que « *d'un autre côté, quiconque exerce sa liberté d'expression assume "des devoirs et des responsabilités" dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé* ».

Elle a en outre, dans l'arrêt *Sunday Times c/Royaume-Uni* du 26 avril 1979 (requête n° 6538/74, § 65), précisé que le principe selon lequel la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique revêt « *une importance spéciale pour la presse* ».

Ainsi, elle examine si l'ingérence de l'État dans la liberté d'expression est prévue par la loi, si elle poursuit un but légitime et si elle est nécessaire dans une société démocratique, « *ce qui requiert de vérifier si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les juridictions internes étaient pertinents et suffisants* »²¹.

À cet égard, elle considère que « *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 des questions d'intérêt général* »²².

Rappelant le « *rôle éminent dans un État de droit* », « *essentiel dans une société démocratique* », joué par la presse, la CEDH, dans les arrêts *Prager et Oberschlick c/Autriche* du 26 avril 1995 (requête n° 15974/90, § 34) et *De Haes et Gijssels c/Belgique* du 24 février 1997 (requête n° 19983/92, § 37), a affirmé que, parmi les questions d'intérêt général, figuraient « *celles qui concernent le fonctionnement du pouvoir judiciaire* ».

Enfin, la CEDH fait de l'importance accordée par les médias à une question un critère de l'existence d'un débat d'intérêt général sur le sujet abordé²³.

La CEDH admet donc une plus grande tolérance lorsqu'il s'agit de propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire, dont l'auteur doit pouvoir bénéficier de la liberté d'expression, et elle considère, par conséquent, que, sauf exception dûment motivée par les juridictions nationales, la condamnation de l'auteur de tels propos, tenus notamment à l'occasion d'une affaire, constitue une violation de l'article 10 de la Convention : *cf.*, à titre d'exemples, les arrêts suivants, antérieurs à l'arrêt *X... c/France* :

- *De Haes et Gijssels c/Belgique*, 24 février 1997, préc. : concernait la condamnation d'un rédacteur et d'un journaliste pour diffamation envers quatre magistrats, après la publication de cinq articles portant sur une affaire relative à la garde d'enfants confiée au père, sur lequel pesaient des soupçons d'inceste ;
- *Foglia c/Suisse*, 13 décembre 2007, préc. : concernait la sanction disciplinaire prononcée contre un avocat, défenseur d'une partie civile dans une affaire de détournement de fonds, pour être intervenu dans des médias ;
- *July et SARL Libération c/France*, 14 février 2008, préc. : concernait la condamnation du directeur de publication et de la société éditant un quotidien pour un article rendant compte d'une conférence de presse des avocats de Mme D... sur les dysfonctionnements de l'instruction ;
- *Alfantakis c/Grèce*, 11 février 2010, requête n° 49330/07 : concernait la condamnation à des dommages-intérêts de l'avocat d'une partie civile pour injure et diffamation envers un procureur après une intervention à la télévision commentant la proposition de non-lieu ;
- *Roland Dumas c/France*, 15 juillet 2010, requête n° 34875/07 : concernait la condamnation de l'auteur d'un ouvrage portant sur l'affaire Elf, dans laquelle il avait été poursuivi puis relaxé, pour diffamation envers le magistrat qui représentait le ministère public ;
- *Cornelia Popa c/Roumanie*, 29 mars 2011, requête n° 17437/03 : concernait la condamnation d'une journaliste pour diffamation envers un juge ;
- *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c/Portugal*, 29 mars 2011, requête n° 1529/08 : concernait la condamnation à des dommages-intérêts de deux avocats pour atteinte à la réputation d'un juge ayant bénéficié d'un non-lieu dans une affaire de corruption, dans laquelle, au demeurant, ces avocats n'intervenaient pas mais avaient contribué à l'enquête policière, à la suite d'un article qu'ils avaient publié en réponse à un article publié par le beau-frère du juge ;
- *Mor c/France*, 15 décembre 2011, requête n° 28198/09, préc. : concernait la condamnation pénale prononcée pour violation du secret professionnel, celui de l'instruction, contre une avocate défendant des parties civiles dans une affaire d'homicides involontaires après la mort de personnes vaccinées contre l'hépatite B, la presse ayant publié des extraits du rapport d'expertise, et pour s'être elle-même exprimée dans les médias.

²¹ *Ibid.* et *Reichman c/France*, 12 juillet 2016, requête n° 50147/11, § 57.

²² *Süreç c/Turquie*, 8 juillet 1999, requête n° 26682/95, § 61 ; *Brasiler c/France*, 11 avril 2006, requête n° 71343/01, § 41 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/France*, 22 octobre 2007, requête n° 21279/02 et 36448/02, § 46 ; *Axel Springer AG c/Allemagne*, 7 février 2012, requête 39954/08, § 90 ; *X... c/France*, préc., § 125. Voir en outre la chronique de Lyn François : « Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », *Légipresse*, n° 317, juin 2014, p. 339, et n° 318, juillet/août 2014, p. 403.

²³ *Jersild c/Danemark*, 23 septembre 1994, requête n° 15890/89, § 33 ; *Bladet Tromsø et Stensaas c/Norvège*, 20 mai 1999, requête n° 21980/93, §§ 63 et 64 ; *Thoma c/Luxembourg*, 29 mars 2001, requête n° 38432/97, §§ 58 et 64 ; *Foglia c/Suisse*, 13 décembre 2007, requête n° 35865/04, § 94 et 97 ; *July et SARL Libération c/France*, 14 février 2008, requête n° 20893/03, § 67 ; *X... c/France*, préc., § 151.

Dans l'exercice de son contrôle, la CEDH, depuis l'arrêt *Lingens c/Autriche* du 8 juillet 1986 (requête n° 9815/82, § 46), opère une distinction entre déclarations de fait, dont la matérialité peut se prouver, et jugements de valeur, lesquels ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude, de sorte que l'obligation de preuve est impossible à remplir ; elle précise que, cependant, un jugement de valeur doit reposer sur une base factuelle suffisante pour l'étayer, faute de quoi il serait excessif ; cf., en se limitant à des affaires relatives au fonctionnement de la justice :

- pour des exemples dans lesquels la Cour européenne a retenu qu'il y avait eu violation de l'article 10 de la Convention, les arrêts *De Haes et Gijssels c/Belgique* *Alfantakis c/Grèce*, *Cornelia Popa c/Roumanie* et *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c/Portugal*, précités, ainsi que l'arrêt du 17 juillet 2007, *Ormanni c/Italie*, requête n° 30278/04, concernant la condamnation d'un journaliste pour diffamation envers un procureur ;

- pour des exemples dans lesquels la Cour européenne a retenu qu'il y n'avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention, faute notamment de base factuelle suffisante, les arrêts *Prager et Oberschlick c/Autriche*, précité, concernant la condamnation de journalistes pour un article sur le comportement des juges pénaux d'un tribunal ; *Karpetas c/Grèce*, 30 octobre 2012, requête n° 6086/10, concernant la condamnation d'un avocat pour diffamation calomnieuse envers un procureur à l'occasion d'une procédure dans laquelle il était lui-même victime ; *Peruzzi c/Italie*, 30 juin 2015, requête n° 39294/09, concernant la condamnation d'un avocat ayant transmis à plusieurs magistrats la copie d'une lettre adressée au CSM qui dénonçait le comportement d'un de leurs collègues.

Elle indique, sur ce point, que, « *pour distinguer une imputation de fait d'un jugement de valeur, il faut tenir compte des circonstances de l'espèce et de la tonalité générale des propos* »²⁴, ajoutant que « *des assertions sur des questions d'intérêt public peuvent constituer à ce titre des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait* »²⁵.

En outre, la Cour européenne précise que :

- plus l'allégation est sérieuse, plus la base factuelle doit être solide (*Pedersen et Baadsgaard c/Danemark*, 17 décembre 2004, requête n° 49017/99, § 78 - il convient de relever que, dans cette affaire concernant la condamnation de deux journalistes pour la diffusion de l'émission « *L'aveuglement de la police* » à l'occasion d'un procès en révision d'une condamnation pénale, elle a dit qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 10, par neuf voix ayant considéré qu'il n'y avait pas de base factuelle suffisante contre huit voix ayant au contraire considéré la base factuelle suffisante) ;

- la base factuelle ne peut être établie par des documents postérieurs aux propos litigieux (*Backes c/Luxembourg*, 8 juillet 2008, requête n° 24261/05, § 46) ;

- la nécessité d'un lien entre un jugement de valeur et les faits qui l'étayaient peut varier selon les cas en fonction des circonstances propres à chacun ; ainsi, l'exigence de fournir des faits est moins rigoureuse lorsqu'ils sont déjà connus du public (*Feldek c/Slovaquie*, 12 juillet 2001, requête n° 29032/95, § 86).

Il convient enfin de rappeler que, lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence, la CEDH prend en considération la nature et la lourdeur des peines infligées²⁶.

Selon Alain Lacabarats et Françoise Calvez, l'impression générale qui se dégage de la jurisprudence de la Cour européenne « *est celle d'une affirmation de principe de la prééminence de la liberté d'expression lorsque les publications critiquées ont un lien avec un débat d'intérêt général ou une controverse à caractère politique. Même si certaines restrictions peuvent encore être apportées à cette liberté, elles ne seront conçues, dans les hypothèses considérées, que comme des exceptions soumises à interprétation stricte* »²⁷.

Au regard de ces principes généraux, comment sont appréciées, par la CEDH, les ingérences des autorités internes dans la liberté d'expression de l'avocat, notamment, lorsque celui-ci met en cause des magistrats dans ses propos ?

Rappelant que les propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire participent d'un débat d'intérêt général, la CEDH réaffirme de façon constante, selon la formule adoptée dans l'arrêt *De Haes et Gijssels c/Belgique*, précité (§ 37), et reprise en substance dans l'arrêt *X... c/France* (§ 128), 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. Aussi convient-il de la protéger contre des attaques dénuées de fondement, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats de réagir* », renvoyant aux autorités nationales le soin de juger de la nécessité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, sous son contrôle.

Mais elle a ajouté, dans l'arrêt *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c/Portugal*, précité, § 46, que, « *quant aux magistrats, s'ils ont bien sûr le droit de saisir les tribunaux afin de défendre leur réputation [...], ils doivent néanmoins faire preuve de la plus grande discrétion. Ainsi le veulent les impératifs supérieurs de la justice et la grandeur de la fonction judiciaire* ».

Elle a, dans l'arrêt *Foglia c/Suisse*, précité, § 86, précisé que « *si les avocats ont le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, leur critique ne saurait franchir certaines limites. À cet égard, il convient de tenir compte du juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu, parmi lesquels figurent le droit du public d'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*.

²⁴ *Brasilier c/France*, préc., § 37 ; *X... c/France*, préc., § 126.

²⁵ *Paturel c/France*, 22 décembre 2005, requête n° 54968/00, § 37 ; *X... c/France*, préc., § 126.

²⁶ *Dupuis et autres c/France*, 7 juin 2007, requête n° 1914/02, §§ 47 et 48, *Foglia c/Suisse*, § 101, *Alfantakis c/Grèce*, § 28, *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c/Portugal*, §§ 53 et 54, *Mor c/France*, § 61, *Karpetas c/Grèce*, § 70, précités.

²⁷ « Liberté d'expression et protection de la réputation et de la vie privée des personnes exerçant des activités publiques », *Gaz. Pal.* 2007, doct. p. 3034.

Elle considère, cependant, que les limites de la critique admissible sont plus larges pour les magistrats agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour les simples particuliers (cf. July et SARL Libération c/France, § 74 ; Peruzzi c/Italie, § 52 ; Bono c/France, § 44, précités), si bien qu'« *en dehors de l'hypothèse d'attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, [...] ils peuvent faire, en tant que tels, l'objet de critiques personnelles dans des limites admissibles, et non pas uniquement de façon théorique et générale* » (X... c/France, § 131).

S'agissant des avocats, la Cour européenne estime que leur statut spécifique les « *fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice ; leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permet de les qualifier d'auxiliaires de justice*²⁸, 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 État de droit » (cf. Schöpfer c/Suisse, 20 mai 1998, requête n° 25405/94, § 29, ainsi que Nikula c/Finlande, § 45 ; Foglia c/Suisse, § 85 ; Mor c/France, § 42 ; Alfantakis c/Grèce, § 27 ; X... c/France, § 132 ; Peruzzi c/Italie, § 50, précités).

Voir, cependant, l'opinion concordante, énoncée *in fine*, dans l'arrêt X... c/France, du juge Kùris marquant son désaccord sur le § 132, en ce que, selon elle, « *un avocat représente toujours une partie et n'est par définition pas en mesure d'occuper « une position centrale dans l'administration de la justice » [...] Un avocat doit tenir compte des intérêts de la partie qu'il représente même lorsqu'ils sont opposés à ceux des « justiciables », la société et l'État. Cela ne vise pas à nier ou diminuer l'importance de la fonction des avocats. Il est vrai que ceux-ci contribuent à la recherche de la justice et aident les tribunaux à exercer leur mission, mais ils peuvent aussi viser à entraver le cours de la justice pour défendre les intérêts de leurs clients, ce qu'ils font parfois. [...] La répétition, dans un arrêt supplémentaire de la Grande Chambre de la Cour, du mantra consistant à dire que les avocats occupent ostensiblement « une position centrale dans l'administration de la justice » et sont les « intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux », surtout lorsque cette caractéristique n'est attribuée nulle part ailleurs dans la jurisprudence de la Cour à l'autre partie, à savoir l'accusation, déforme la situation. Quant à l'affaire à l'étude, elle aurait pu être tranchée, sans aucun inconvénient pour la conclusion de la Cour, sans recourir à cette répétition non critique* ».

Comme le dit un auteur, « *nul doute que cette réaction, forte et motivée, pose d'importantes questions de fond et participe d'une réflexion qu'il convient certainement de mener* »²⁹.

Selon la CEDH, « *la liberté d'expression vaut donc aussi pour les avocats* » (Foglia c/Suisse, § 86 ; Mor c/France, § 43 ; Alfantakis c/Grèce, § 27 ; X... c/France, § 134) ; elle affirme que, « *outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression* » (cf. Nikula c/Finlande, § 46 ; Foglia c/Suisse, § 85 ; X... c/France, § 134) et retient qu'« *une ingérence dans la liberté d'expression de l'avocat ne peut qu'exceptionnellement passer pour "nécessaire dans une société démocratique"* » (cf. Nikula c/Finlande, § 55 ; Kyprinou c/Chypre, 15 décembre 2005, requête n° 73797/01, § 174 ; Mor c/France, § 44 ; X... c/France, § 135).

Par ailleurs, elle opère une distinction selon que l'avocat s'est exprimé dans le prétoire (cf. Nikula c/Finlande ; Kyprinou c/Chypre ; Bono c/France) ou en dehors de celui-ci, comme ce fut le cas dans la présente espèce.

Sur ce point, la Cour européenne admet que la défense d'un client puisse se poursuivre dans les médias afin d'informer le public sur d'éventuels dysfonctionnements d'une procédure pénale en cours « *dès lors que l'affaire suscit[e] l'intérêt des médias et du public* » (Alfantakis c/Grèce, § 33 ; Mor c/France, § 59 ; X... c/France, § 138), mais à la condition qu'aient été d'abord intentés par l'avocat les recours légaux dans l'intérêt de son client (Schöpfer c/Suisse, §§ 31 et 32).

Et elle précise, à cet égard, « *qu'il ne se justifie pas d'attribuer [à l'avocat] la responsabilité des agissements des organes de presse* », quant à la divulgation de documents relatifs au procès, et que l'avocat « *ne saurait être tenu pour responsable des articles de presse* » reprenant les déclarations qu'il avait accordées dans des entretiens (Foglia c/Suisse, §§ 97 et 98).

En ce qui concerne la nature des propos, la CEDH rappelle que les autorités internes doivent apprécier « *le ton critique des expressions litigieuses [sans le disjoindre] du contexte de l'affaire* » (Alfantakis c/Grèce, § 33). Ainsi, au regard des circonstances de l'affaire :

- sont admis les propos qui ne sont « *ni excessifs ni offensants* » (Foglia c/Suisse, § 100), ainsi que, « *même si certains des termes employés étaient déplacés, les critiques de l'intéressée [qui] portaient uniquement sur la manière dont T. s'était acquitté de ses fonctions de procureur dans l'affaire dirigée contre le client de l'avocate, et non sur les qualités professionnelles ou autres de T. en général* », de sorte qu'elle « *ne saurait non plus conclure que les critiques formulées par [l'avocate] à l'égard du procureur constituaient une insulte personnelle, étant donné qu'elles revêtaient un caractère procédural* » (Nikula c/Finlande, §§ 51 et 52) ; de même, se référant à l'arrêt Skalka c/Pologne du 27 mai 2003 (requête n° 43425/98, § 34), dans lequel elle rappelait qu'il convenait de faire la distinction entre critique et insulte - la sanction d'une insulte à l'égard d'un tribunal ou des membres d'un tribunal ne constituant pas une violation de l'article 10 de la Convention -, la CEDH, dans l'arrêt Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c/Portugal (§ 48), après avoir constaté que certaines des affirmations des avocats « *dénotaient effectivement un ton acerbe, voire sarcastique, à l'égard de la juge F.G. [...] estime qu'elles ne sauraient toutefois être qualifiées d'injurieuses et qu'elles relèvent plutôt de la critique admissible* » ;

- en revanche, ne sont pas compatibles avec l'article 10 de la Convention « *la gravité et la généralité des reproches formulés par l'intéressé ainsi que par le ton choisi à cet effet* » par l'avocat attaquant le fonctionnement de la justice lors d'une conférence de presse avant d'avoir exercé les recours interne dans l'intérêt de son client

²⁸ Dans les arrêts les plus récents, la CEDH qualifie aussi les avocats d'« *acteurs de justice* » (cf. X... c/France, § 148, Bono c/France, § 51).

²⁹ J-F. Renucci, « Les avocats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz* 2016, p. 225.

(Schöpfer c/Suisse, § 32), et les avocats ne peuvent qualifier un magistrat d'incompétent (Kincses c/Hongrie, 27 janvier 2015, requête n° 66232/10, §§ 38 à 40) ni tenir des propos d'une gravité dépassant la limite du commentaire admissible sans solide base factuelle (Karpetas c/Grèce, § 78).

En outre, l'appréciation de la teneur des propos au regard des circonstances permet de vérifier qu'ils ne sont pas trompeurs et ne constituent pas une attaque personnelle gratuite à l'encontre du magistrat, mais qu'ils présentent un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce (Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c/Portugal, § 51 ; X... c/France, § 139).

Enfin, s'agissant du critère tiré de la nature et de la lourdeur de la sanction prononcée, la CEDH souligne que le caractère relativement modéré des amendes ne saurait suffire à faire disparaître le risque d'un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression, « *ce qui est d'autant plus inacceptable s'agissant d'un avocat appelé à assurer la défense effective de ses clients* » (Mor c/France, § 61 ; X... c/France, § 127). Dans l'arrêt Bono c/France (§§ 51 et 55), elle s'est interrogée sur le point de savoir si le prononcé d'une sanction disciplinaire avait « *ménagé un juste équilibre entre les tribunaux et les avocats dans le cadre d'une bonne administration de la justice* » avant de retenir, au vu des éléments, que tel n'avait pas été le cas, précisant que « *s'il appartient aux autorités judiciaires et disciplinaires, dans l'intérêt du bon fonctionnement de la justice, de relever et parfois même de sanctionner certains comportements des avocats, elles doivent veiller à ce que ce contrôle ne constitue pas pour ceux-ci une menace ayant un effet "inhibant", qui porterait atteinte à la défense des intérêts de leurs clients* ».

La jurisprudence de la Cour de cassation

Les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec intention de nuire mais, traditionnellement, il était admis que le journaliste, ou toute autre personne, ayant diffusé des propos diffamatoires pouvait s'exonérer de sa responsabilité par la preuve de sa bonne foi, laquelle n'était reconnue que si quatre conditions étaient réunies : légitimité du but poursuivi, prudence et mesure dans l'expression, qualité de l'enquête, absence d'animosité personnelle.

Toutefois, cette jurisprudence comportait des tempéraments, la Cour de cassation ayant admis une plus grande liberté d'expression dans le domaine de la polémique politique et ainsi considéré :

- qu'« *en dépit de la vivacité du ton employé et même si le prévenu n'avait pu entièrement démontrer la vérité des faits imputés, ces allégations n'excédaient pas les limites admissibles de la polémique politique ; [...] que quelque désobligeants que soient ses commentaires relatifs aux opinions et au comportement que, par une appréciation personnelle et subjective, il prête à la partie civile, lesdites critiques se ramènent à la manifestation d'une opinion sur le fonctionnement de l'une des institutions de l'État ; que cette manifestation d'opinion bénéficie de la liberté attachée à la critique du fonctionnement de ces institutions et à la discussion des doctrines divergentes relatives à leur rôle* »³⁰ ;

- que « *c'est seulement dans le domaine de la polémique politique portant sur les opinions et doctrines relatives au fonctionnement des institutions fondamentales de l'État que la bonne foi n'est pas nécessairement subordonnée à la prudence dans l'expression de la pensée* »³¹.

Dans une affaire dans laquelle le directeur de publication d'un hebdomadaire et des journalistes avaient été condamnés, notamment, pour diffamation envers un fonctionnaire public et complicité en raison de la publication d'un article évoquant la procédure disciplinaire engagée contre Mme Y... à l'occasion de l'instruction de l'affaire dite de « la Scientologie », la chambre criminelle, pour approuver une cour d'appel d'avoir écarté le bénéfice de la bonne foi, a été amenée à rappeler que « *c'est seulement dans le domaine de la polémique politique portant sur les opinions et doctrines relatives au rôle et au fonctionnement des institutions fondamentales de l'État que le fait justificatif de la bonne foi, propre à la diffamation, n'est pas nécessairement subordonné à la prudence dans l'expression de la pensée* »³².

Enfin, la chambre criminelle considérait que la liberté de critiquer les institutions judiciaires cessait devant les attaques personnelles ; ainsi en avait-elle décidé en ce qui concernait :

- les poursuites engagées par Mme Y... et M. Z... contre M. G... et la société Libération à la suite d'un article paru le 13 mars 2000 sur l'information relative à la mort de Bernard D..., cette chambre approuvant une cour d'appel d'avoir refusé au prévenu le bénéfice de la bonne foi « *après avoir retenu à bon droit le caractère diffamatoire de l'imputation faite aux juges d'instruction d'avoir mené l'information avec partialité et de manière rocambolesque* » et ajoutant « *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'État* »³³ ;

- les poursuites engagées contre M. X... à la suite de la parution d'un ouvrage intitulé « L'épreuve » mettant en cause le magistrat qui avait occupé le siège du ministère public lors du procès de l'affaire Elf, dans laquelle il avait comparu en qualité de prévenu, cette chambre approuvant une cour d'appel d'avoir notamment retenu que les propos révélaient « *une animosité personnelle à l'égard de la partie civile* »³⁴.

Il convient cependant de souligner que, dans ces deux affaires, l'État a été condamné pour violation de l'article 10 de la Convention par les arrêts de la CEDH des 14 février 2008 et 15 juillet 2010, précités.

³⁰ Crim., 23 mars 1978, pourvoi n° 77-90.339, *Bull. crim.* n° 115, Syndicat de la magistrature c/X...

³¹ 2^e Civ., 14 janvier 1998, pourvoi n° 94-19.867, *Bull.* 1998, II, n° 11. Notons que, statuant en chambre mixte sur le pourvoi formé contre l'arrêt de renvoi (24 novembre 2000, pourvoi n° 97-81.554, *Bull.* 2000, ch. mixte, n° 4), la Cour de cassation a jugé, au regard des dispositions de l'article 10 de la Convention, que « *l'intention d'éclairer [les électeurs] sur le comportement d'un candidat est un fait justificatif de bonne foi, lorsque les imputations, exprimées dans le contexte d'un débat politique, concernent l'activité publique de la personne mise en cause, en dehors de toute attaque contre sa vie privée, et à condition que l'information n'ait pas été dénaturée* ».

³² Crim., 4 décembre 2007, pourvoi n° 05-87.384, *Bull. crim.* 2007, n° 302, réitérant la solution adoptée dans Crim., 22 juin 1993, pourvoi n° 91-85.300, *Bull. crim.* 1993, n° 218, à propos du livre d'André Giresse « *Seule la vérité blesse* », mettant en cause Guy X...

³³ 14 janvier 2003, pourvoi n° 01-88.595.

³⁴ 6 février 2007, pourvoi n° 06-80.804, *Bull. crim.* 2007, n° 32.

Depuis un arrêt relatif à un article concernant l'affaire dite « *Executive Life* », rendu le 11 mars 2008, la Cour de cassation a, sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH, intégré le critère tenant au sujet d'intérêt général ; elle a, par cet arrêt, censuré une cour d'appel qui avait écarté la bonne foi « *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'État 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* »³⁵.

Les limites qui avaient été posées à l'admission de la bonne foi tendent donc à reculer dès lors que les propos litigieux sont tenus à l'occasion d'un débat d'intérêt général : ainsi, par exemple, la chambre criminelle a jugé 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 [de la Convention]* » et censuré une cour d'appel qui avait refusé le bénéfice de la bonne foi au prévenu, « *alors que le passage incriminé, relatif au conflit israélo-palestinien dans la bande de Gaza, ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression sur le sujet d'intérêt général constitué par le débat relatif à la couverture par la chaîne France 2 d'un événement ayant eu un retentissement mondial ainsi qu'à l'origine des blessures présentées par M. X...* »³⁶.

Selon une jurisprudence aujourd'hui abondante de la chambre criminelle, relèvent du débat d'intérêt général, outre les questions touchant au débat politique ou intéressant les affaires publiques, au niveau national, régional ou municipal³⁷, les questions relatives au terrorisme³⁸, à la santé publique³⁹ et aux sectes ou mouvements sectaires⁴⁰, les événements s'inscrivant dans l'histoire d'un pays⁴¹, la controverse sur l'authenticité d'une sculpture égyptienne⁴² ainsi que des affaires ayant un retentissement important, telles des affaires financières⁴³ et le traitement des affaires judiciaires.

C'est ainsi que, sur cette dernière question, par un arrêt du 12 mai 2009 portant sur un article consacré à l'affaire dite des « *disparues d'Auxerre* » qui mettait en cause M. X..., procureur de la République, la chambre criminelle a, au visa du seul article 10 de la Convention, censuré une cour d'appel qui, après avoir relevé, à juste titre, le caractère diffamatoire de certains propos dénoncés par la partie civile, avait refusé le bénéfice de la bonne foi aux prévenus « *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* »⁴⁴.

Mais le seul fait d'aborder une question d'intérêt général ne suffit pas à exonérer l'auteur des propos de toute responsabilité : suivant là encore les enseignements de la jurisprudence de la CEDH, la Cour de cassation vérifie que les propos en cause se fondent sur une base factuelle suffisante et que leur auteur avait procédé à une enquête sérieuse, et elle refuse le bénéfice de la bonne foi quand sont caractérisées des attaques personnelles excédant les limites de la liberté d'expression.

La chambre criminelle a rappelé cette exigence à plusieurs reprises ; en se limitant à la jurisprudence relative au traitement des affaires judiciaires ayant un retentissement national, comme c'est le cas dans la présente espèce, on peut citer :

- l'arrêt récent, rendu le 15 décembre 2015 (pourvoi n° 14-83.481), postérieurement à l'arrêt X... c/France de la CEDH, par lequel, à l'occasion des poursuites engagées par Mme Y... et M. Z... en raison d'un article paru dans le journal *Le Canard enchaîné* le 26 janvier 2005 au sujet précisément de l'affaire D..., la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel d'avoir accordé le bénéfice de la bonne foi en statuant « *par des motifs d'où il résult[ait] que le journaliste avait procédé à une enquête sérieuse, que 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* » ;

- l'arrêt rendu le 26 mai 2010 (pourvoi n° 09-87.083), à propos de la publication d'un article intitulé « *Le cas X... divise les juges* » qui mettait en cause le juge de l'application des peines, par lequel la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté la bonne foi, « *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 et constituaient une attaque personnelle excédant les limites de la liberté d'expression* ».

³⁵ Crim., 11 mars 2008, pourvoi n° 06-84.712, *Bull. crim.* 2008, n° 59.

³⁶ Crim., 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-81.990, *Bull. crim.* 2013 n° 176.

³⁷ Cf., par ex., Crim., 7 juin 2016, pourvoi n° 15-83.746 ; 17 mars 2015, pourvoi n° 13-86.811 ; 12 novembre 2014, pourvoi n° 13-84.144 ; 2 septembre 2014, pourvoi n° 12-87.322 ; 6 mai 2014, pourvoi n° 12-87.789, *Bull. crim.* 2014, n° 121 ; 8 avril 2014, pourvoi n° 12-88.095, *Bull. crim.* 2014, n° 103 ; 28 mai 2013, pourvoi n° 12-83.225 ; 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-83.188 ; 29 mars 2011, pourvoi n° 10-85.887, *Bull. crim.* 2011, n° 61 ; 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.408, *Bull. crim.* 2010, n° 12.

³⁸ Crim., 17 novembre 2015, pourvoi n° 14-81.410, *Bull. crim.* 2015, n° 258 ; 11 mars 2014, pourvoi n° 13-80.440.

³⁹ Crim., 8 avril 2014, pourvoi n° 12-88.412.

⁴⁰ Crim., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-85.666.

⁴¹ Crim., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-87.296 (et trois autres arrêts - Rwanda) ; 27 avril 2011, pourvoi n° 10-83.771, *Bull. crim.* 2011, n° 77 (Cambodge).

⁴² Crim., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-87.631.

⁴³ Crim., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-88.715 - condamnation de l'auteur des propos relatifs à l'affaire Rhodia, lesquels, « *même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général relatif au traitement, par une autorité publique, d'une affaire financière ayant eu un retentissement important, étaient dépourvus de base factuelle suffisante et constituaient, à l'égard d'un membre de l'institution, une attaque personnelle excédant les limites de la liberté d'expression* » ; voir aussi, dans le même sens, les arrêts rendus le 3 février 2011 par la première chambre civile (pourvoi n° 09-10.301, *Bull.* 2011, I, n° 21, et pourvois n° 09-10.302 et n° 09-10.303) portant sur un documentaire diffusé et un ouvrage publié qui traitaient des mécanismes de la finance internationale et leur implication dans la circulation mondiale de l'argent sale mettant en cause la société Clearstream banking, par lesquels la première chambre civile a censuré une cour d'appel pour avoir refusé le bénéfice de la bonne foi « *quand l'intérêt général du sujet traité et le sérieux constaté de l'enquête, conduite par un journaliste d'investigation, autorisaient les propos et les imputations* ».

⁴⁴ Pourvoi n° 08-85.732, *Bull. crim.* 2009, n° 88.

La chambre criminelle a également affirmé que des éléments postérieurs aux propos incriminés ne pouvaient pas être pris en considération pour établir une base factuelle suffisante justificative de la bonne foi⁴⁵.

L'arrêt attaqué

En l'espèce, l'arrêt attaqué, pour écarter la bonne foi de M. X..., relève « *qu'à la date des faits poursuivis, le 7 septembre 2000, d'une part, Olivier X... avait obtenu par l'arrêt de la chambre de l'instruction en date du 21 juin 2000 le dessaisissement des deux magistrats instructeurs auxquels, avec maître Laurent C..., il s'était opposé et, d'autre part, que le juge E..., désormais en charge du dossier D..., était depuis le 1^{er} août 2000 en possession de la cassette vidéo que lui avait remise Marie-Paule Y... à son retour de vacances. À supposer que le mot manuscrit du procureur de la république de Djibouti, évoquant la poursuite d'une entreprise de manipulation imputable à madame D... et ses avocats, ait pu interpellé ces derniers ainsi que le soutient d'Olivier X..., il n'en demeure pas moins constant qu'à la date du 7 septembre 2000, la mise en cause professionnelle et morale très virulente de ces deux magistrats instructeurs, en particulier de Marie-Paule Y..., par Olivier X..., au travers de propos mettant gravement en cause leur impartialité et leur honnêteté intellectuelle et dépassant largement le libre droit de critique, n'avait plus le moindre intérêt procédural et que les profondes divergences, qui ont surgi entre les avocats de Mme D... et les magistrats instructeurs au cours de l'information, antérieurement au dessaisissement intervenu le 21 juin 2000, ne pouvaient plus justifier cette mise en cause a posteriori par média interposé. Les propos particulièrement diffamatoires tenus par voie de presse à l'encontre des deux magistrats par Olivier X..., dont le non-lieu prononcé en sa faveur dans la procédure diligentée du chef de dénonciation calomnieuse n'est nullement incompatible avec la présomption de mauvaise foi qui frappe l'auteur d'imputations diffamatoires et n'implique pas qu'il ait été de bonne foi à l'occasion de celles-ci, par leur caractère excessif, sont révélateurs de l'intensité du conflit l'ayant opposé à ces derniers, en particulier à Marie-Paule Y..., et s'analysent comme un règlement de compte a posteriori, ainsi qu'en témoigne leur publication, voulue par Olivier X..., dans un article paru, sous la signature de Franck B..., dans Le Monde daté du 7 septembre 2000, une date où ce dernier, qui ne l'a pas contesté à l'audience, ne pouvait pas ne pas savoir que la chambre de l'instruction de Paris, sur sa demande, venait d'être saisie (le 5 septembre 2000) du dossier de la Scientologie, dans lequel Marie-Paule Y... était déjà soupçonnée d'être à l'origine d'une disparition de pièces, ainsi que l'indique dans ses écrits l'avocat de cette partie civile et comme le rappelle le journaliste en conclusion de son article, soit un moment, exclusif de toute coïncidence, ne pouvant que traduire de la part d'Olivier X... une animosité personnelle et une volonté de discréditer ces magistrats ayant eu en charge l'affaire D..., en particulier Marie-Paule Y..., avec laquelle il était en conflit dans plusieurs procédures, excluant de la part de ce dernier toute bonne foi » (p. 28, in fine, et 29, in limine).*

L'arrêt X... c/France de la Grande Chambre de la CEDH

La CEDH a énoncé des extraits :

- de la Recommandation R (2000) du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat, adoptée le 25 octobre 2000, qui indique que « *toutes les mesures nécessaires devraient être prises pour respecter, protéger et promouvoir la liberté d'exercice de la profession d'avocat sans discrimination ni intervention injustifiée des autorités ou du public, notamment à la lumière des dispositions pertinentes de la Convention européenne des droits de l'homme [...]* » (§ 56) ;
- de la Charte des principes essentiels de l'avocat européen, adoptée le 24 novembre 2006, laquelle énonce dix principes essentiels régissant la profession, parmi lesquels, « (i) le respect de l'État de droit et la contribution à une bonne administration de la justice » (§ 58) ;
- de l'Avis n° (2013)16 du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) sur les relations entre les juges et les avocats, adopté les 13-15 novembre 2013, qui, après avoir indiqué que « *les juges et les avocats disposent tous deux de la liberté d'expression conformément à l'article 10 de la Convention* », précise que « *la liberté d'expression des avocats connaît également ses limites afin de maintenir, conformément à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Le respect de la confraternité et le respect de l'État de droit ainsi que la contribution à une bonne administration de la justice - les principes (h) et (i) de la Charte des principes essentiels de l'avocat européen du CCBE - requièrent l'abstention de critiques abusives envers des collègues, des juges individuels et des procédures et décisions judiciaires* » (§ 60).

Tiers intervenus devant la Grande Chambre :

- le Conseil des barreaux européens (CCBE) avait souligné « *que lorsqu'une affaire est médiatisée, et de surcroît au regard de la raison d'État, les droits de la défense ne peuvent parfois être utilement sauvegardés que par une communication publique, même empreinte d'une certaine vivacité. Se fondant sur les constats de la Cour dans l'affaire Mor c/France (n° 28198/09, § 42, 15 décembre 2011), il estime que l'absence de poursuites de l'autorité judiciaire et de l'autorité ordinaire permettrait de résoudre de manière prévisible les incertitudes liées à des poursuites intempestives d'un magistrat dont l'office se confond avec l'institution judiciaire* » (§ 117) ;
- l'ordre des avocats au barreau de Paris, le Conseil national des barreaux et la Conférence des bâtonniers avaient, d'une part, observé que « *lorsque l'affaire est portée devant l'opinion publique, il lui [l'avocat, célèbre ou non] appartient de continuer à la défendre, qu'il s'agisse d'engager les procédures ad hoc ou d'apporter lui-même sa voix au concert médiatique, ce qui est devenu usuel. Il ne s'agit plus d'un droit de l'avocat, mais d'un devoir de sa charge, et ce, que l'affaire éclate soit bien avant l'audience publique, ce qui est souvent le cas, soit après celle-ci* », d'autre part, souligné que « *la césure entre l'expression judiciaire et extrajudiciaire est donc aujourd'hui dépassée. La parole de l'avocat procède en outre d'un devoir d'information, les avocats étant, comme les journalistes, des "chiens de garde de la démocratie", et, enfin, considéré que « toute atteinte à son droit d'expression ne devrait qu'être exceptionnelle, le critère étant celui des propos détachables ou non de*

⁴⁵ Crim., 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-81.681, *Bull. crim.* 2015, n° 194 ; 6 mai 2008, pourvoi n° 07-82.251, *Bull. crim.* 2008, n° 103 ; 13 janvier 1987, pourvoi n° 85-93.987, *Bull. crim.* 1987, n° 16.

l'activité de défense du client. La marge de la liberté d'expression, qui doit rester aussi importante que celle des journalistes, doit tenir compte des contraintes qui pèsent sur les avocats et de la médiatisation accrue, avec une presse toujours plus curieuse et investigatrice » (§§ 120, 122 et 123).

Applicant, au cas d'espèce, les principes généraux examinés ci-avant, particulièrement le fait que « *la question de la liberté d'expression est liée à l'indépendance de la profession d'avocat, cruciale pour un fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice* » (§ 135), la CEDH a d'abord estimé que, contrairement à ce que soutenait le CCBE, « *l'avocat ne saurait être assimilé à un journaliste. En effet, leurs places et leurs missions respectives dans le débat judiciaire sont intrinsèquement différentes. Il incombe au journaliste 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 se rapportent à l'administration de la justice. Pour sa part, l'avocat agit en qualité d'acteur de la justice directement impliqué dans le fonctionnement de celle-ci et dans la défense d'une partie. Il ne saurait donc être assimilé à un témoin extérieur chargé d'informer le public* » (§ 148).

Elle a ensuite constaté que les propos reprochés à M. X... s'inscrivaient dans le cadre d'une affaire dont elle avait déjà eu l'occasion de relever qu'elle avait « *connu, dès son commencement, un retentissement médiatique très important (July et SARL Libération, précité, § 67), ce qui témoigne de la place significative qu'elle occupe dans l'opinion publique* » (§ 151), et au sujet de laquelle elle avait déjà conclu à deux reprises (Floquet et Esménard c/France⁴⁶ et July et SARL Libération c/France) à l'existence d'un débat public d'intérêt général, « *ce qui implique un niveau élevé de protection de la liberté d'expression allant de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte* » (§ 153).

Estimant que les déclarations incriminées constituaient davantage des jugements de valeur que de pures déclarations de fait, elle a ensuite recherché si la base factuelle était suffisante et retenu « *que cette condition [était] remplie en l'espèce* » (§§ 156 à 158).

Sur ce point, elle a pris en considération les éléments de fait suivants :

- le défaut de transmission de la cassette vidéo par les magistrats dessaisis au magistrat désigné et le caractère sérieux de ce fait qui a conduit le juge désigné à le consigner dans un procès-verbal, puis la remise de cette cassette dans une enveloppe adressée au nom de Mme Y..., ne portant pas de traces de scellés et contenant également une carte manuscrite adressée à celle-ci (§ 158) ;

- le fait que ladite carte attestait d'une certaine familiarité du procureur de la République de Djibouti à l'égard de Mme Y... (§ 159, *in limine*) ;

- et qu'« *elle accusait les avocats des parties civiles de se livrer à une "entreprise de manipulation". Or, la Cour souligne à ce titre que non seulement les autorités de Djibouti soutiennent depuis l'origine la thèse d'un suicide, mais que plusieurs représentants de cet État ont été nommément mis en cause ultérieurement dans le cadre de l'information diligentée en France, ce dont atteste en particulier l'arrêt de la Cour internationale de justice (paragraphe 63-64 ci-dessus), ainsi que la procédure diligentée pour subornation de témoin (paragraphe 18 ci-dessus)* » (§ 159) ;

- l'intervention avérée de M. X... en qualité d'avocat dans deux affaires médiatiques instruites par Mme Y... dans lesquelles des dysfonctionnements avaient été identifiés, ayant entraîné le dessaisissement de celle-ci ainsi que, dans celle dite de la Scientologie, la condamnation de l'État français (§ 160).

Elle a, de plus, retenu que « *les expressions utilisées par le requérant présentaient un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce, outre le fait que les propos ne pouvaient passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite* » et rappelé que « *l'emploi d'un "ton acerbe" dans l'expression visant des magistrats n'est pas contraire aux dispositions de l'article 10 de la Convention* » (§ 161).

Enfin, en ce qui concerne les circonstances particulières de l'espèce :

sur la prise en compte de l'ensemble du contexte, la CEDH a d'abord relevé :

- que « *le contexte de l'affaire se caractérisait non seulement par le comportement des juges d'instruction et par les relations du requérant avec l'un d'eux, mais également par l'historique très spécifique de l'affaire, la dimension interétatique qui en découle, ainsi que par son important retentissement médiatique* » ;

- que « *la cour d'appel a donné une portée très générale à l'expression « comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté », reprochée au requérant envers un magistrat instructeur* », qu'elle aurait dû replacer dans le contexte propre aux circonstances de l'espèce, « *d'autant plus qu'il s'agissait en réalité non pas d'une déclaration faite à l'auteur de l'article, mais d'un extrait du texte de la lettre adressée de concert avec son confrère L. C... à la garde des sceaux le 6 septembre 2000* », dont le journaliste avait déjà eu connaissance par ses propres sources lorsqu'il s'était entretenu avec M. X... ;

- que « *la référence aux poursuites disciplinaires exercées contre la juge M. dans le cadre de l'affaire de la Scientologie relevait de la seule responsabilité de l'auteur de l'article* », la Cour rappelant « *que les avocats ne peuvent être tenus pour responsables de tout ce qui figure dans une « interview » publiée par la presse ou des agissements des organes de presse* » ;

- qu'il ne pouvait être considéré que, dans son contexte, « *l'emploi du terme de "connivence" portait "à lui seul" gravement atteinte à l'honneur et à la considération de la juge M. et du procureur de Djibouti* » (§ 162 et 164).

Elle a ensuite retenu, quant au motif tiré d'une animosité personnelle de M. X... à l'égard de Mme Y... :

- qu'« *un tel reproche d'animosité personnelle pouvait indifféremment être adressé au requérant et à la juge M.* » et observé, sur ce point, qu'avant de déposer plainte pour complicité du délit de diffamation, Mme Y... « *avait déjà vainement déposé plainte contre [M. X...] pour dénonciation calomnieuse* » ;

⁴⁶ 10 janvier 2002, requête n° 29064/08.

- que les propos ayant trait au « *comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté* » ne visaient pas uniquement Mme Y..., mais également M. Z... ;

- que M. X... avait été poursuivi pour cet extrait de la lettre adressée au garde des sceaux, cependant que « *ladite lettre avait en réalité été signée et envoyée par deux avocats, le requérant et son confrère, M^e C... Or, non seulement ce dernier n'a pas été poursuivi pour les propos qui lui étaient pourtant imputables autant qu'au requérant, mais il ne s'est en outre pas vu reprocher une quelconque animosité à l'égard des juges M. et L. L.* » (§ 165).

Elle a ainsi considéré que « *les déclarations du requérant ne pouvaient être réduites à la simple expression d'une animosité personnelle, c'est-à-dire à une relation conflictuelle entre deux personnes, le requérant et la juge M. Les propos litigieux s'inscrivaient en réalité dans un cadre plus large, impliquant également un autre avocat et un autre juge. De l'avis de la Cour, ce fait est de nature à soutenir la thèse selon laquelle ils ne relevaient pas d'une démarche personnelle du requérant, qui aurait été animé par un désir de vengeance, mais d'une démarche commune et professionnelle de deux avocats, en raison de faits nouveaux, établis et susceptibles de révéler un dysfonctionnement grave du service de la justice, impliquant les deux anciens juges chargés d'instruire l'affaire dans laquelle leurs clients étaient parties civiles* » (§ 166).

Et retenu qu'en dépit de la connotation négative, de l'hostilité et de la gravité des propos, ces derniers, concernant le fonctionnement d'une information judiciaire, relevaient d'un sujet d'intérêt général et ne laissaient guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression, la Cour européenne affirmant, en outre, qu'« *un avocat doit pouvoir attirer l'attention du public sur d'éventuels dysfonctionnements judiciaires, l'autorité judiciaire pouvant tirer un bénéfice d'une critique constructive* » (§ 167).

Sur la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire, la CEDH a retenu :

- que, Mme Y... et M. Z... étant des magistrats et appartenant tous deux aux institutions fondamentales de l'État, « *les limites de la critique admissible étaient donc plus larges à leur égard que pour les simples particuliers et ils pouvaient donc faire, en tant que tels, l'objet des commentaires litigieux* » (§ 168) ;

- que les propos de M. X... « *n'étaient pas de nature à perturber la sérénité des débats judiciaires, compte tenu du dessaisissement, par la juridiction supérieure, des deux juges d'instruction visés par les critiques* » (§ 169) ;

- que la condamnation de M. X... ne pouvait être de nature à préserver l'autorité du pouvoir judiciaire (§ 170).

Sur l'exercice des voies de droit disponibles, la CEDH a relevé :

- que la saisine de la chambre d'accusation « *témoign[ait] manifestement d'une volonté première du requérant et de son confrère de régler la question par les voies de droit disponibles* », que le dysfonctionnement n'était apparu qu'après leur exercice et qu'« *à ce stade, la chambre d'accusation ne pouvait plus être saisie de ces faits, puisqu'elle avait précisément déjà dessaisi les juges M. et L. L. du dossier* » (§ 171) ;

- que « *la demande d'enquête adressée à la garde des sceaux pour se plaindre de ces faits nouveaux n'était pas un recours juridictionnel, ce qui aurait éventuellement justifié de ne pas intervenir dans la presse, mais une simple demande d'enquête administrative soumise à la décision discrétionnaire de la ministre de la justice* » (§ 172) ;

- que « *ni le procureur général ni le bâtonnier ou le conseil de l'ordre des avocats compétents n'ont estimé nécessaire d'engager des poursuites disciplinaires contre le requérant en raison de ses déclarations dans la presse, alors qu'ils en avaient la possibilité* » (§ 173).

Ainsi, la Cour européenne a estimé que les propos reprochés à M. 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 M. et L. L., 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 certes passer pour virulents, ils n'en constituaient pas moins des jugements de valeurs reposant sur une "base factuelle" suffisante* » (§ 174).

Par ailleurs, la CEDH a constaté que les juges avaient expressément tenu compte de la qualité d'avocat de M. X... pour justifier une plus grande sévérité, le sanctionner « *par une amende d'un montant suffisamment significatif* » et, outre sa condamnation sur le plan civil avec le journaliste et le directeur de la publication, le condamner seul à verser à Mme Y... une somme au titre de ses frais (§§ 175 et 176).

Le réexamen du moyen après l'arrêt de la CEDH X... c/France

Jean-François Burgelin, s'interrogeant sur le « *devenir de la Cour de cassation dans les domaines qui touchent aux droits de l'homme* », observait que, « *juridiction du droit, elle se trouve désormais coincée entre deux organes juridictionnels, la cour d'appel, d'une part, la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part, qui apprécient le fait comme le droit. La belle organisation judiciaire de Napoléon est désormais boiteuse et sera bientôt illisible... On ne voit plus très bien, dès lors, le rôle qu'est destiné à jouer une juridiction de pur droit qui n'est plus ni suprême ni régulatrice* »⁴⁷.

La question des effets d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sur une procédure interne

Les arrêts de la CEDH sont principalement déclaratoires : la Cour de Strasbourg a ainsi été amenée, dans l'arrêt Pakelli c/Allemagne⁴⁸, à préciser que « *la Convention ne lui attribue compétence ni pour annuler l'arrêt de la Cour fédérale ni pour ordonner au gouvernement de désavouer les extraits incriminés (voir, mutatis mutandis, les arrêts Marckx du 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 25, § 58, et Dudgeon du 24 février 1983, série A, n° 59, p. 8, § 15)* ».

⁴⁷ La loi de 1881 et l'Europe - Colloque Presse-Liberté 2000, PUF, p. 10, cité in E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, Lexis-Nexis, 3^e édition, n° 62.

⁴⁸ 25 avril 1983, requête n° 8398/78, § 45.

Le constat d'une violation de la Convention et l'octroi, prévu par l'article 41 de celle-ci, d'une « *satisfaction équitable* », lorsque le droit interne « *ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation* », pouvant ne pas suffire, pour le requérant, à rétablir les droits lésés, qu'en est-il lorsqu'il veut obtenir un réexamen de l'affaire par les juridictions internes ?

Sans l'intervention du législateur, une décision juridictionnelle définitive ne peut pas être remise en cause du seul fait d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne.

C'est ainsi que l'article 46, § 1, de la Convention, disposant que « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* », la France a introduit la procédure « *du réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme* » par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

Mais, en matière civile, la Cour de cassation a jugé que « *la décision du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ou l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dont il résulte qu'un jugement rendu en matière civile et devenu définitif a été prononcé en violation des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'ouvre aucun droit à réexamen de la cause* »⁴⁹ : dans cette affaire, le demandeur avait, après la résolution interimaire du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ayant retenu une méconnaissance de l'article 6, § 1, formé une nouvelle demande d'annulation de la décision prononçant sa mise à la réforme pour invalidité.

Cependant, le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, adopté en dernière lecture par l'Assemblée nationale le 12 octobre 2016, comporte un article 15 septies, prévoyant une procédure de réexamen en matière civile par la création d'un article L. 452-1 du code de l'organisation judiciaire, rédigé en ces termes : « *Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même Convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions* ».

En matière administrative, le Conseil d'État a jugé « *qu'il ne résulte d'aucune stipulation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment de son article 46, non plus que d'aucune disposition de droit interne, que la décision du 13 février 2003 par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France puisse avoir pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle qui a été close par la décision du Conseil d'État du 9 avril 1999 et à l'issue de laquelle Mme X... a saisi la Cour européenne des droits de l'homme ; que dès lors la requête de Mme X... ne peut qu'être rejetée* »⁵⁰.

Dans cette affaire dans laquelle le Conseil d'État avait rejeté le recours pour excès de pouvoir formé par la requérante, titulaire du diplôme d'État algérien de docteur en médecine, contre une décision du Conseil national de l'ordre des médecins ayant rejeté sa demande d'inscription au tableau du conseil départemental de l'ordre des médecins des Bouches-du-Rhône, la CEDH avait retenu une « *violation de l'article 6, § 1, de la Convention en ce que la cause de la requérante n'a[vait] pas été entendue par un "tribunal" de pleine juridiction* »⁵¹.

À l'occasion de la procédure de recouvrement des sommes dues en exécution d'arrêts de la Cour des comptes ayant définitivement déclaré un ancien président de conseil général comptable de fait de plusieurs associations et sanctionné cet élu pour immixtion dans les fonctions de comptable public, le Conseil d'État a écarté le moyen soulevé par le débiteur qui, au soutien de sa demande d'annulation du commandement de payer émis à son encontre et des titres de recette correspondants, se prévalait de l'arrêt de la CEDH qui avait estimé qu'il y avait eu violation de l'article 6, § 1, en raison de l'iniquité de la procédure devant la Cour des comptes⁵², en ces termes :

« *Considérant qu'il résulte des stipulations de l'article 46 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la complète exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant un État partie à la convention implique, en principe, que cet État prenne toutes les mesures qu'appellent, d'une part, la réparation des conséquences que la violation de la Convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation ; qu'eu égard à la nature essentiellement déclaratoire des arrêts de la Cour, il appartient à l'État condamné de déterminer les moyens de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe ainsi ;*

Considérant que l'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour implique en conséquence non seulement que l'État verse à l'intéressé les sommes que la Cour lui a allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41 de la Convention, mais aussi qu'il adopte les mesures individuelles et, le cas échéant, générales nécessaires pour mettre un terme à la violation constatée ; que l'exécution de l'arrêt de la Cour ne peut toutefois, en l'absence de procédures organisées pour prévoir le réexamen d'une affaire définitivement jugée, avoir pour effet de priver les décisions juridictionnelles de leur caractère exécutoire »⁵³.

⁴⁹ Soc., 30 septembre 2005, pourvoi n° 04-47.130, *Bull.* 2005, V, n° 279.

⁵⁰ CE, 11 février 2004, n° 257682, publié au *Recueil Lebon*.

⁵¹ CEDH, 13 février 2003, Chevrol c/France, requête n° 49636/99.

⁵² CEDH, 24 juillet 2007, Baومت c/France, requête n° 56802/00.

⁵³ CE, 4 octobre 2012, n° 328502, publié au *Recueil Lebon*.

Enfin, par un arrêt récent, rendu en assemblée, le Conseil d'État a annulé une décision du président de l'Autorité des marchés financiers, lequel, saisi après un arrêt de condamnation de la CEDH qui avait retenu trois violations de l'article 6, § 1, de la Convention⁵⁴, avait rejeté la demande tendant au réexamen ou au relèvement d'une sanction définitivement prononcée⁵⁵.

Après avoir réaffirmé les principes énoncés dans son arrêt du 4 octobre 2012 précité, il a précisé « *que, lorsque la violation constatée par la Cour dans son arrêt concerne une sanction administrative devenue définitive, l'exécution de cet arrêt n'implique pas, en l'absence de procédure organisée à cette fin, que l'autorité administrative compétente réexamine la sanction ; qu'elle ne peut davantage avoir pour effet de priver les décisions juridictionnelles, au nombre desquelles figurent notamment celles qui réforment en tout ou en partie une sanction administrative dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, de leur caractère exécutoire ; qu'en revanche, le constat par la Cour d'une méconnaissance des droits garantis par la Convention constitue un élément nouveau qui doit être pris en considération par l'autorité investie du pouvoir de sanction ; qu'il incombe en conséquence à cette autorité, lorsqu'elle est saisie d'une demande en ce sens et que la sanction prononcée continue de produire des effets, d'apprécier si la poursuite de l'exécution de cette sanction méconnaît les exigences de la Convention et, dans ce cas, d'y mettre fin, en tout ou en partie, eu égard aux intérêts dont elle a la charge, aux motifs de la sanction et à la gravité de ses effets ainsi qu'à la nature et à la gravité des manquements constatés par la Cour ;*

Considérant qu'il appartenait en conséquence à la commission des sanctions de l'AMF d'examiner si la poursuite de l'exécution de la sanction infligée à M. X... méconnaissait les exigences de la Convention et, le cas échéant, d'y mettre fin, en tout ou en partie, eu égard aux intérêts dont elle a la charge, aux motifs de cette sanction et à la gravité de ses effets ainsi qu'à la nature et à la gravité des manquements retenus à l'encontre de l'intéressé ; qu'en rejetant la demande présentée par M. X... le 30 juin 2011 au seul motif que les textes applicables n'organisaient ni procédure de réexamen ni procédure de relèvement des sanctions prononcées par la COB ou la commission des sanctions de l'AMF, sans la transmettre à la commission des sanctions, le président de l'AMF a à la fois excédé sa compétence et commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, sa décision doit être annulée ».

Commentant cet arrêt, Didier Girard souligne néanmoins que l'arrêt initial étant un arrêt qui avait rejeté le recours exercé, « *la sanction appliquée à M. X... ne résultait pas ici d'une décision juridictionnelle mais bien d'une décision administrative. Il n'y avait donc pas d'obstacle de principe à un réexamen dans l'espèce soumise à l'assemblée du contentieux* ». Et il ajoute, relevant que la procédure de réexamen des décisions pénales n'est pas transposable en matière civile et administrative, que « *cela n'est pas sans soulever des difficultés dans les hypothèses où une juridiction prononce des sanctions de nature non pénale [...], à titre disciplinaire [...] car en ce cas, le droit interne n'offre nulle solution correctrice hormis l'exercice du droit de grâce par le président de la République [...] ou l'intervention ponctuelle du législateur [...]* »⁵⁶.

En matière pénale

Sur les trente-deux décisions recensées de la commission de réexamen, saisie après condamnation de la France par la CEDH, rendues sous l'empire des anciens textes, il a été relevé douze décisions de renvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, une décision de renvoi devant la chambre criminelle de la Cour de cassation (pourvoi n° 07-81.826), pour désignation de la cour d'assises d'appel, et dix-neuf décisions de renvoi devant des juridictions de fond.

Depuis le 1^{er} octobre 2014, la Cour de révision et de réexamen a renvoyé une affaire devant une juridiction de fond.

Aucune résistance de la Cour de cassation à la jurisprudence de la Cour européenne n'a été relevée.

En effet, seule la violation de l'article 6, § 1, de la Convention ayant été constatée par la CEDH dans onze des douze affaires renvoyées devant l'assemblée plénière, celle-ci a procédé à un réexamen régulier des pourvois qui fut suivi, en fonction des cas, soit d'un rejet du pourvoi, soit d'un arrêt de cassation, avec ou sans renvoi, soit encore d'une annulation partielle sans renvoi ou par voie de retranchement⁵⁷.

Une seule affaire mérite donc l'attention, dans laquelle la CEDH avait dit qu'il y avait eu violation de l'article 7 de la Convention ; dans cette affaire (pourvoi n° 01-85.826, *Bull.* 2009, Ass. plén., n° 1), l'assemblée plénière, par un arrêt du 13 février 2009, a prononcé une cassation sans renvoi et dit que les faits n'étaient susceptibles d'aucune qualification pénale. Elle a ainsi suivi l'arrêt de la CEDH du 10 octobre 2006 (*Pessino c/France*, requête n° 40403/02) qui, pour condamner la France pour violation de l'article 7 de la Convention, avait considéré que, « *même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale* » (§ 36).

⁵⁴ Vernes c/France, 20 juillet 2011, requête n° 30183/06.

⁵⁵ CE, 30 juillet 2014, n° 358564, publié au *Recueil Lebon*.

⁵⁶ D. Girard, « Remettre en cause une sanction administrative définitive après une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas chose naturelle pour le Conseil d'État », *Revue générale du droit* 2014, n° 18219.

⁵⁷ 22 novembre 2002, pourvoi n° 92-82.460, *Bull.* 2002, Ass. plén., n° 2 ; 4 octobre 2002, pourvoi n° 93-81.533, *Bull. crim.* 2002, Ass. plén., n° 1 ; 14 février 2003, pourvoi n° 96-80.088, *Bull. crim.* 2003, Ass. plén., n° 1 ; 2 décembre 2005, pourvoi n° 96-81.553, *Bull. crim.* 2005, Ass. plén., n° 3 ; 8 juillet 2005, pourvoi n° 97-83.023, *Bull. crim.* 2005, Ass. plén., n° 2 ; 24 octobre 2003, pourvoi n° 97-85.763, *Bull. crim.* 2003, Ass. plén., n° 3 ; 11 juin 2004, pourvoi n° 98-82.323, *Bull. crim.* 2004, Ass. plén., n° 1 ; 16 novembre 2007, pourvoi n° 99-82.117, *Bull. crim.* 2007, Ass. plén., n° 4 ; 8 juillet 2005, pourvoi n° 99-83.846, *Bull. crim.* 2005, Ass. plén., n° 1 ; 4 juillet 2008, pourvoi n° 00-87.102, *Bull. crim.* 2008, Ass. plén., n° 2 ; 18 janvier 2006, pourvoi n° 02-80.787, *Bull. crim.* 2006, Ass. plén., n° 1.

De même, aucune résistance aux arrêts de la CEDH d'une juridiction de fond devant laquelle une affaire était renvoyée n'a été relevée⁵⁸, observation faite que trois dossiers sont encore en attente de jugement⁵⁹.

Il y a lieu de citer, en particulier, les affaires dans lesquelles la France a été condamnée pour violation de l'article 10 de la Convention :

- Mamère c/France, 7 novembre 2006, requête n° 12697/03 : la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi contre l'arrêt ayant condamné M. Mamère pour complicité du délit de diffamation publique envers un fonctionnaire public, après avoir notamment approuvé la cour d'appel d'avoir écarté la bonne foi (Crim., 22 octobre 2002, pourvoi n° 01-86.908) ; par arrêt du 10 juin 2009 de la cour d'appel de Paris, M. Mamère a été renvoyé des fins de la poursuite ;

- Mor c/France, 15 décembre 2011, requête n° 28198/09, préc. : la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi contre l'arrêt ayant déclaré Mme Mor, avocate, coupable de violation de secret professionnel pour avoir accordé des entretiens à plusieurs organes de presse sur le contenu d'un rapport d'expertise judiciaire remis au juge d'instruction (Crim., 28 octobre 2008, pourvoi n° 08-81.432, *Bull. crim.* 2008, n° 215) ; par arrêt du 3 juillet 2013, la cour d'appel de Paris l'a relaxée ;

- Morel c/France, 10 octobre 2013, requête n° 25689/10 : la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi contre l'arrêt ayant condamné M. Morel pour diffamation publique envers un particulier après avoir retenu que « *les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général, étaient dépourvus de base factuelle suffisante et constituaient des attaques personnelles excédant les limites de la liberté d'expression et de la polémique politique* » ; par arrêt du 26 mars 2015, la cour d'appel de Saint-Denis l'a relaxé.

Enfin, en ce qui concerne le droit comparé dans les systèmes des États du Conseil de l'Europe, les recherches entreprises n'ont pas permis de déterminer les suites réservées par les juridictions nationales aux arrêts de condamnation de leur État par la CEDH, notamment pour violation de l'article 10 de la Convention mettant en cause la liberté d'expression des avocats.

Il convient toutefois d'observer que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg étant uniforme dans un contexte de diversité des législations des États parties, l'essentiel, en définitive, dans le cadre du réexamen d'un pourvoi, est l'appréciation que cette Cour porte sur notre droit.

Dans la présente espèce :

le réexamen nous invite, liminairement, à nous interroger sur le point de savoir si, en jugeant à nouveau l'affaire, la Cour de cassation, juridiction de l'État condamné pour violation de l'article 10 de la Convention, doit s'incliner, ou si une résistance à l'arrêt de la CEDH est envisageable.

Il est à noter qu'à l'occasion du séminaire « Dialogue entre juges » du 27 janvier 2012 sur la question « *Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ?* », Gertrude Lübbecke-Wolff, juge à la Cour constitutionnelle d'Allemagne, soulignait que la Cour européenne « *est là pour protéger les droits tirés de la Convention. Or, l'exercice de cette tâche l'expose forcément à certaines critiques. Les tribunaux internes tout comme les parlements nationaux doivent être conscients que, dans un système international de protection des droits de l'homme, leurs vues respectives sur la portée à donner ou non à certains droits de l'homme ne pourront pas toujours l'emporter. Adhérer à la Convention, c'est accepter cette réalité. Dans certains cas, la Cour peut rendre des décisions difficiles à accepter pour les États parties concernés. Les tribunaux, parlements et autres instances du pays doivent alors normalement s'y conformer, qu'ils soient convaincus ou non* »⁶⁰.

Selon Mathias Guyomar, le Conseil d'État « *s'attache à connaître précisément la jurisprudence européenne afin de l'appliquer correctement, de raisonnablement l'anticiper ou même, [s'il] estime cela nécessaire, de s'en écarter en toute connaissance de cause* »⁶¹.

Dans son ouvrage *Responsabilités civile et pénale des médias*, précité, Emmanuel Dreyer relève que « *la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme joue un rôle de premier ordre, le droit de la presse, d'origine nationale, ne peut plus être envisagé en dehors de cette perspective européenne* »⁶².

⁵⁸ Hakkar, rapport du conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 27 juin 1995, commission de réexamen, 30 novembre 2000, et cour d'assises des Hauts-de-Seine, 26 février 2003, et des Yvelines, 14 janvier 2005 ; Remil, 23 avril 1996, requête n° 16839/90, CR, 6 décembre 2001, et cour d'assises de Saône-et-Loire, 4 décembre 2002 ; Van Pelt, 23 mai 2000, requête n° 34070/96, CR, 24 janvier 2002, et CA Versailles, 5 février 2004 ; Bourisse, 2 octobre 2001, CR, 27 juin 2002, et cour d'assises d'Ille-et-Vilaine, 14 février 2003 ; Makhfi, 19 octobre 2004, requête n° 59335/00, CR, 24 novembre 2005, et cour d'assises d'Ille-et-Vilaine, 10 octobre 2007 ; Vigroux, 19 mai 2005, requête n° 62034/00, CR, 28 septembre 2006, et TC Montpellier, 1^{er} avril 2008 ; Mayali, 14 juin 2005, requête n° 69116/01, CR, 24 novembre 2005, et CA Rennes, 14 février 2007 ; Vaturi, 13 avril 2006, requête n° 75699/01, CR, 7 décembre 2006, et CA Paris, 12 mai 2010 ; Mamère, 7 novembre 2006, requête n° 12697/03, CR, 28 février 2008, et CA Paris, 10 juin 2009 ; Mattei, 19 décembre 2006, requête n° 34043/02, CR, 11 octobre 2007, et CA Paris, 2 avril 2009 ; Farhi, 16 janvier 2007, requête n° 17070/05, CR, 22 novembre 2007 et cour d'assises de Paris, 30 janvier 2009 ; Brusco, 14 octobre 2010, requête n° 1466/07, CR, 14 mars 2012, CA Paris, 17 avril 2013 et Crim., 13 mai 2014, pourvoi n° 13-83.196 ; Katritsch, 4 novembre 2010, requête n° 22575/08, CR, 3 mars 2011 et CA Paris, 29 octobre 2012 ; Mor, 15 décembre 2011, requête n° 28198/09, préc., CR, 5 juillet 2012 et CA Paris, 3 juillet 2013 ; Agnelet, 10 janvier 2013, requête n° 61198/08, CR, 31 janvier 2013, et cour d'assises d'Ille-et-Vilaine, 11 avril 2014 ; Fraumens, 10 janvier 2013, requête n° 30010/10, CR, 25 avril 2013 et cour d'assises de La Réunion, 29 novembre 2014 ; Morel, 10 octobre 2013, requête n° 25689/10, CR, 25 septembre 2014, et CA de Saint-Denis, 26 mars 2015.

⁵⁹ Gacon, 22 mai 2008, requête n° 1092/04, et CR, 27 novembre 2008 ; Klouvi, 30 juin 2011, requête n° 30754/03, et CR, 20 décembre 2012 ; Peduzzi, 21 mai 2015, requête n° 23487/12, et CR, 16 juin 2016.

⁶⁰ « Dialogue entre juges », Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, p. 15.

⁶¹ M. Guyomar, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, cité par Françoise Tulkens, vice-présidente de la CEDH, *ibid.*, p. 7.

⁶² *Ibid.*, p. 26, *in fine*.

Même si ces observations concernent la question, distincte, de l'application par les juges nationaux des principes dégagés par la Cour de Strasbourg dans l'interprétation de la Convention⁶³, elles doivent nourrir la réflexion du juge du réexamen.

D'une façon générale, la doctrine a souligné l'intérêt de l'arrêt de la CEDH du 23 avril 2015, qu'elle a accueilli favorablement. Ainsi Christophe Bigot, qui indique que « *cette décision est particulièrement importante s'agissant de la liberté d'expression des avocats, qui est essentielle aux droits de la défense. [...] Cette décision constitue en quelque sorte un vade mecum de la liberté d'expression des avocats [...]* »⁶⁴, Cédric Porteron, qui, de même, retient que « *cette décision est donc importante en ce qu'elle reconnaît l'usage d'un jugement de valeur par un avocat au titre de sa liberté d'expression destinée à informer le public sur des dysfonctionnements de la justice. Elle présente l'intérêt de fixer un cadre qui doit ensuite être appliqué à chaque cas d'espèce* »⁶⁵, Joël Andriantsimbazovina, qui observe que « *dans un monde où les interventions des avocats comme des magistrats dans les médias font partie du paysage de la justice, les précisions apportées par la Grande Chambre sont les bienvenues. [...] ce régime paraît raisonnable et équilibré en exigeant des avocats de tenir des propos soulevant des débats d'intérêt général et portant des jugements de valeurs fondés sur une base factuelle suffisante dans le cadre de la recherche du bon fonctionnement de la justice* »⁶⁶, ou Jean Villacèque, pour qui « *il faut se féliciter que la Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de parole du barreau. Même si c'est au prix d'une nouvelle condamnation de la France, où un avocat fut sanctionné pour avoir dénoncé des faits de dysfonctionnement de la justice* »⁶⁷, ou encore Emmanuel Dreyer, qui estime que « *la décision, en tous points, doit être saluée. Elle pose avec précision les termes du débat. L'avocat ne peut être considéré comme un journaliste. Il est susceptible pour autant d'exprimer un jugement de valeur qui ne peut recevoir de sanction s'il repose sur une base factuelle. Il y a dans cette manière d'envisager cette liberté de parole quelque chose qui nous ramène à la notion de bonne foi* »⁶⁸.

Analysant la jurisprudence de la CEDH à l'égard des avocats, en ce compris cet arrêt, Yannick Lécuyer observe que, « *quel que soit le fondement mobilisé, articles 4, 6, 8, 10 et 11 de la Convention ou même article 1 du Protocole n° 1, l'avocat dispose de prérogatives renforcées dès que les droits des justiciables sont à l'horizon. [...] Les prérogatives et les droits de l'avocat sont, en transparence, ceux des justiciables dont il porte la parole et les intérêts. Cette idée de légitimité fonctionnelle transparait nettement dans l'arrêt Nikula c/Finlande du 21 mars 2002 : le devoir d'un avocat consiste "à défendre avec zèle les intérêts de ses clients".*

[...] *En marge, la Cour a développé une jurisprudence sur les prérogatives de l'avocat que l'on peut qualifier de "périphériques" à la défense. En effet, lorsqu'il s'agit des avocats, la question de la défense se prolonge bien au-delà du prétoire. Elle interroge le statut de l'avocat, l'organisation et le cadre d'exercice de la profession, sa place et son rôle dans la société démocratique.*

[...] *En second lieu, indépendamment de l'expression commerciale, la Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur la participation des avocats au débat public. Sans surprise, la rencontre entre une des libertés les plus exaltées du contentieux européen et les champions de la défense s'est traduite en un degré de protection accru. Les ingérences dans la liberté d'expression des avocats doivent rester exceptionnelles. [...] L'avocat n'en reste pas moins soumis à une déontologie et des normes de conduite spécifiques. Partant, la critique, même virulente, ne doit pas dépasser certaines limites. L'injure et la diffamation ne sont pas admises. Ses propos et ses prises de positions publiques ne doivent pas inutilement saper la confiance du public à l'égard de l'institution judiciaire. L'étalon de contrôle de la Cour est bien connu des avocats français puisqu'il figure en toutes lettres à l'article 1 du règlement intérieur national. Il s'agit de la "mesure et de la dignité requises des représentants de cette profession" »⁶⁹.*

Quelques éléments de réflexion peuvent être dégagés :

il sera, d'abord, rappelé que, dans son arrêt du 11 juillet 2013, la cinquième section de la CEDH avait, par six voix contre une, dit qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention, prenant en compte notamment le fait que les propos étaient postérieurs de plusieurs mois au dessaisissement des juges visés et considérant, au terme de son analyse des circonstances de l'espèce, « *qu'en s'exprimant comme il l'a[vait] fait, le requérant a[vait] adopté un comportement dépassant les limites que les avocats doivent respecter dans la critique publique de la*

⁶³ Ainsi ont été renvoyées en assemblée plénière, avant une éventuelle intervention du législateur, des affaires nouvelles touchant à une question ayant préalablement donné lieu à un arrêt de condamnation de la CEDH ; cf., par exemple :

- en matière pénale, les arrêts du 15 avril 2011 relatifs à l'intervention de l'avocat en garde à vue (pouvoirs n° 10-17.049, n° 10-30.242, n° 10-30.313 et n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 1, 2, 3 et 4 : « *Attendu que les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation [...]* » ;

- en matière civile, les arrêts du 3 juillet 2015 relatifs à la transcription à l'état civil des enfants nés à l'étranger à la suite d'une convention de gestation pour autrui (pouvoirs n° 14-21.323 et n° 15-50.002, encours de publication).

⁶⁴ « *Jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression, juillet 2014 - juillet 2015* », *Légipresse*, n° 330, septembre 2015, p. 501.

⁶⁵ *AJ Pénal* 2015, p. 428.

⁶⁶ « *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* » (chronique avril à juin 2015), *Gaz. Pal.*, 12 septembre 2015, n° 255, p. 21.

⁶⁷ « *Chronique de jurisprudence de droit et de déontologie de la profession d'avocat* », *Gaz. Pal.*, 11 juillet 2015, n° 192, p. 20.

⁶⁸ « *Droit de la presse et des médias* », *JCP* 2015, éd. G, I, 1191.

⁶⁹ « *Les paradoxes du contentieux européen des droits de l'homme à l'égard des avocats* », in *Cahiers de droit européen*, volume 2015, n° 2, éd. Bruylant, p. 441, 446, 447 *in fine* à 448 *in limine* et 448 *in fine* à 449 *in limine*.

justice » et que « cette conclusion se trouv[ait] renforcée par la gravité des accusations lancées dans l'article et notamment le fait que la juge aurait eu « un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté » et aurait été « de connivence avec le procureur de Djibouti » (§§ 101 et s.)⁷⁰.

Jean Marguénaud, après avoir relevé que les limites particulières qui sont assignées aux auxiliaires de justice « sont assez facilement dépassées grâce au principe de proportionnalité, que la Cour européenne des droits de l'homme fait assez largement jouer en leur faveur, que les propos leur ayant valu une condamnation par les juridictions nationales aient été tenus à l'audience ou à l'extérieur du prétoire », approuvait l'arrêt en ces termes : « La Cour de Strasbourg vient d'ailleurs de ressentir la nécessité d'encadrer la liberté d'expression médiatique de l'avocat dans l'hypothèse particulière, mais très concrète, où il utilise les médias non pas pour combattre l'adversaire mais pour tenter de déstabiliser le juge. Il ne faut pas s'y tromper : ce comportement, qui tend à se banaliser lorsque le client de l'avocat exerce ou a exercé des responsabilités politiques, constitue une menace gravissime pour l'État de droit et la société démocratique. Aussi faut-il accorder une attention particulière à l'arrêt X... c/France du 11 juillet 2013 qui a eu le courage de commencer à le conjurer. [...] Il n'en reste pas moins que, au nom de la dignité de la profession d'avocat et de la bonne réputation des magistrats, elle a eu le courage de dire aux avocats que, s'ils ont le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, leur critique sur l'attitude personnelle des juges, et, plus généralement, des magistrats, ne doit pas franchir certaines limites dont on peut d'ailleurs se demander si elles ne devraient pas être placées différemment selon le degré d'indépendance du magistrat médiatiquement mis en cause »⁷¹.

En revanche, commentant cet arrêt, Cédric Porteron soulignait que « la rigueur de la décision rendue contraste alors fortement avec la clémence constatable envers la liberté d'expression journalistique (not. CEDH 14 février 2008, July et SARL Libération c/France ; 21 juin 2012, Schweizerische Radio c/Suisse) et alors même que certaines critiques d'avocat formulées dans les médias ont été jugées dignes de protection, en dépit de leur ton acerbe, voire sarcastique (not. Cour européenne des droits de l'homme 15 juillet 2010, Dumas c/France) » et s'interrogeait sur le point de « savoir si la Grande Chambre, qui pourrait être saisie de cette appréciation, procéderait à la même analyse »⁷².

Il y a donc lieu de se reporter à l'explication sur la divergence de solutions et à l'analyse de son raisonnement données par le service presse de la CEDH⁷³ :

« 1. Comment se fait-il que la Grande Chambre trouve une violation de l'article 10 là où la chambre avait conclu que les limites que les avocats doivent respecter dans la critique de la justice avaient été dépassées ?

Nature de l'examen devant la Grande Chambre

La Grande Chambre (ci-après « GC ») a pour mission de se prononcer **à nouveau, entièrement et librement**, sur les griefs soulevés dans les affaires dont elle est saisie. Lorsqu'une affaire est renvoyée à la GC après le prononcé d'un arrêt de chambre, le travail de la chambre et de la GC sont par définition différents ; la première a travaillé à partir d'une page blanche, tandis que la seconde doit nécessairement se positionner par rapport à un arrêt déjà adopté.

Les questions soulevées font donc l'objet d'un examen approfondi par la Grande Chambre, au sein de laquelle le débat évolue par rapport à celui qui s'est déroulé devant la chambre, compte tenu notamment des observations des parties, écrites ou orales au cours de l'audience, et de la composition de la GC (17 juges au lieu de 7 en chambre).

Par conséquent, il est naturel que la GC puisse être appelée à se prononcer différemment, qu'il s'agisse de la démarche suivie, du raisonnement et/ou de ses conclusions. *Lautsi c/Italie* est un exemple parmi d'autres d'une affaire dans laquelle la chambre et la Grande Chambre ont adopté des conclusions différentes.

Éléments clés dans l'arrêt de GC X...

La GC se concentre sur les éléments de sa jurisprudence devant cohabiter dans cette affaire mais entre lesquels des tensions sont susceptibles d'apparaître, notamment : qualité d'avocat du requérant, débat d'intérêt général, autorité du pouvoir judiciaire. Elle doit se prononcer en tenant compte de l'ensemble du contexte de l'affaire dans la mise en balance des différents intérêts en jeu.

(1) La GC regarde en premier lieu à quelle hypothèse (et donc à quelle jurisprudence de la Cour) l'affaire X... renvoie : l'exercice par un avocat de la défense de ses clients ? La communication d'une information sur un sujet d'intérêt général ? Ces questions sont importantes pour connaître le cadre juridique et l'étendue de la protection offerte par l'article 10.

Après avoir écarté l'idée selon laquelle M^e X... serait intervenu en sa qualité d'avocat dans le cadre de la mission de la défense de sa cliente (§ 149), la GC relève que ses propos s'inscrivaient dans le cadre d'un débat d'intérêt général (car relatif au fonctionnement - en l'espèce de possibles dysfonctionnements - du pouvoir judiciaire ; § 150 et suivants).

⁷⁰ Voir, toutefois, l'opinion en partie dissidente de la juge Yudkivska, qui observe : « Il est évident que toute critique de la part d'un avocat doit être évaluée d'une manière très rigoureuse, car le public a plus confiance en la parole de l'avocat qui connaît la situation de l'intérieur que, par exemple, en la parole des journalistes qui couvrent le procès dans les médias. Mais il n'est pas rationnel de laisser la possibilité de critiquer uniquement aux personnes "de l'extérieur", car le mur du silence des professionnels, bâti autour d'un procès important pour l'opinion publique, discrédite le tribunal à ses yeux plus que les critiques émanant des professionnels. C'est justement de la part des juristes qui représentent l'affaire au tribunal et possèdent une qualification indispensable pour voir les fautes et les défauts du procès que le public attend de recevoir des informations. Faire de la procédure judiciaire un espace clos où on n'a pas l'habitude de "laver son linge sale" affecte, à mon avis, l'image de la justice plus que la critique exprimée d'une manière expressive, à condition, bien sûr, qu'elle ne devienne pas vexante ou ne se transforme pas en conjectures. De ce point de vue, je ne crois pas que l'on puisse considérer les expressions utilisées par le requérant comme des "attaques dénuées de fondement". »

⁷¹ RSC 2013, p. 673.

⁷² AJ Pénal 2013, p. 675.

⁷³ Les soulignements et surlignements en caractères gras sont du service de presse.

Or, l'existence d'un « débat d'intérêt général » en l'espèce a pour conséquence un niveau élevé de protection de la liberté d'expression (et donc une marge d'appréciation des autorités plus restreinte pour être en mesure de limiter cette liberté).

(2) Passant ensuite à l'appréciation des propos eux-mêmes, la Cour doit définir leur nature : sa jurisprudence considère traditionnellement qu'en cas de **jugements de valeur**, contrairement aux déclarations de fait, l'auteur des propos n'a pas à démontrer leur exactitude ; mais en revanche, ses propos doivent alors reposer sur une « base factuelle » suffisante (c'est-à-dire ne pas être gratuits, inventés...).

En l'espèce, les propos du requérant relevaient bien d'un jugement de valeur, compte tenu de la tonalité générale des propos comme du contexte dans lequel ils ont été tenus, dès lors qu'ils renvoyaient principalement à une évaluation globale du comportement des juges d'instruction durant l'information. La GC établit qu'ils n'étaient pas gratuitement offensants mais avaient une base factuelle suffisante (voir communiqué de presse). Et étant donné qu'il s'agissait de jugements de valeur intervenant dans le cadre d'un débat d'intérêt général – le fonctionnement de la justice – le requérant devait, conformément à la jurisprudence de la Cour, bénéficier d'une protection renforcée de sa liberté d'expression.

(3) La GC procède ensuite à un **examen approfondi de l'ensemble du contexte** de l'affaire et à une mise en balance des différents intérêts en jeu pour savoir si la condamnation pénale du requérant était ou non compatible avec la Convention.

2. *Cet arrêt marque-t-il une avancée dans le positionnement de la Cour sur la liberté de parole des avocats ?*

Non. La Cour relève dans son arrêt qu'il est ici question de la **liberté d'expression de l'avocat en dehors du prétoire, hors du cadre de la défense de son client**.

La Cour se contente de réaffirmer que, dans une telle hypothèse, un avocat doit pouvoir attirer l'attention du public sur d'éventuels dysfonctionnements judiciaires (§ 167).

L'arrêt de GC **ne consacre ainsi aucun droit nouveau pour l'avocat** ; il ne fait que rappeler que l'avocat a une position particulière dans l'administration de la justice et qu'il doit pouvoir dénoncer les éventuels dysfonctionnements de la justice dont il peut être le témoin privilégié.

3. *Cet arrêt ne risque-t-il pas d'entraîner une libération excessive de la parole critique des avocats sur le fonctionnement de la justice ? Comment préserver le respect de l'institution judiciaire et des magistrats qui ont, eux, un devoir de réserve ?*

La Grande Chambre tient expressément compte de ces différents points.

L'arrêt confirme la jurisprudence de la Cour sans y ajouter. L'arrêt de GC **ne consacre aucun droit nouveau pour l'avocat**.

La jurisprudence de la Cour est déjà protectrice de l'exercice de la liberté d'expression, en particulier quand il s'agit d'un débat d'intérêt général comme en l'espèce. La GC rappelle d'ailleurs sa jurisprudence ancienne et constante selon laquelle la liberté d'expression « 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 » (§ 124).

La critique de l'autorité judiciaire est donc possible dans une certaine mesure (§§ 168 à 170). En l'espèce, la GC constate d'ailleurs que la condamnation du requérant ne contribuait en rien à la protection de cette autorité (§§ 169 et 170).

En l'espèce, ses constats, en particulier quant au contexte particulier de cette affaire et au fait que les propos de M^e X... étaient des jugements de valeur qui reposaient bien sur une « base factuelle » suffisante, conduisent la GC à écarter tout risque à cet égard.

La GC souligne cependant **l'importance de préserver l'autorité du pouvoir judiciaire et de veiller à des relations fondées sur la considération et le respect mutuels entre les différents acteurs de la justice**.

4. [...] ».

Ainsi, dans son commentaire de l'arrêt du 23 avril 2015, Damien Roets écrit que son « apport [...] doit cependant être relativisé (relativisation à laquelle s'emploie d'ailleurs la Cour dans ses « Questions-réponses sur l'arrêt de Grande Chambre X... c/France » destinées à la presse). Outre les incertitudes inhérentes à deux des trois critères de conventionnalité de critiques visant un ou des magistrats - leur caractère non injurieux et leur base factuelle suffisante - , force est de constater que, en plus d'envoyer des signaux contradictoires en cherchant à concilier le droit de critiquer la justice et la nécessité d'en préserver l'autorité et l'impartialité, la Cour tend à polluer sa démonstration en insistant trop lourdement sur les « circonstances particulières de l'espèce » . Au fil des ans, la jurisprudence strasbourgeoise relative à l'article 10 de la Convention prend décidément la forme d'une étrange auberge espagnole... »⁷⁴.

Il convient, en outre, de rappeler qu'en ce qui concerne le reproche tenant à la dénonciation de « l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français », faite par M. X... à la lecture du contenu de la carte manuscrite jointe à la cassette, la CEDH a, pour l'appréciation du caractère suffisant de la base factuelle, pris en considération le fait que ladite carte « accusait les avocats des parties civiles de se livrer à une “entreprise de manipulation” et elle « souligne à ce titre que non seulement les autorités de Djibouti soutiennent depuis l'origine la thèse d'un suicide, mais que plusieurs représentants de cet État ont été

⁷⁴ RSC 2015, p. 740.

nommément mis en cause ultérieurement dans le cadre de l'information diligentée en France, ce dont atteste en particulier l'arrêt de la Cour internationale de justice (paragraphe 63-64 ci-dessus), ainsi que la procédure diligentée pour subornation de témoin (paragraphe 18 ci-dessus). » (§ 159).

L'arrêt de la Cour internationale de justice ayant été rendu le 4 juin 2008 et la procédure pour subornation de témoins ayant abouti à un jugement de condamnation du 27 mars 2008 puis à un arrêt de relaxe du 28 mai 2009, les deux observations ajoutées par la CEDH font référence à des documents postérieurs aux propos litigieux. Or, ainsi qu'il a été indiqué ci-avant, selon sa jurisprudence, reprise par la Cour de cassation, la base factuelle ne peut être établie par des documents postérieurs aux propos litigieux⁷⁵.

Peut-on considérer que, sans ces deux éléments, le caractère suffisant de la base factuelle pourrait être autrement apprécié ?

Il convient enfin, à l'instar de certains auteurs⁷⁶, d'établir un parallèle entre les arrêts X... c/France du 23 avril 2015 et Peruzzi c/Italie du 30 juin 2015⁷⁷, dans lesquels, à deux mois d'intervalle, la CEDH a adopté des solutions différentes.

Rappelons que, dans cette dernière affaire, M. Peruzzi, avocat, avait envoyé au CSM un courrier dans lequel il se plaignait du comportement d'un juge, puis avait communiqué à plusieurs juges du même tribunal, par une lettre circulaire, le contenu de ce courrier, sans révéler le nom du magistrat concerné.

Après avoir résumé les principes spécifiques applicables aux avocats dégagés dans ses arrêts antérieurs (§ 50) ainsi que ceux qu'elle avait rappelés dans l'arrêt X... (§ 51) et tenu compte du fait que le diffamé était un magistrat en service, la Cour européenne a indiqué que, selon sa jurisprudence, si « *les limites de la critique admissible peuvent dans certains cas être plus larges pour les magistrats agissant dans l'exercice de leurs pouvoirs que pour les simples particuliers (X..., précité, § 131)* », cependant, « *les fonctionnaires doivent, pour s'acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public sans être indûment perturbés et il peut dès lors s'avérer nécessaire de les protéger contre des attaques verbales offensantes lorsqu'ils sont en service* » (§ 52).

Puis, distinguant deux sortes de reproches faits par l'avocat au juge - lequel, non dénommé, était cependant facilement identifiable -, à savoir, d'une part, d'avoir adopté des décisions injustes et arbitraires et, d'autre part, d'être un juge « *ayant parti pris* » et s'étant trompé « *volontairement, avec dol ou faute grave ou par manque d'engagement* », elle a d'abord retenu que le premier reproche constituait un jugement de valeur, ne se prêtant pas à une démonstration de son exactitude et reposant sur une base factuelle suffisante, de sorte que, par référence à l'arrêt X..., elle ne l'a pas considéré comme une critique excessive (§§ 58 et 59).

Elle a ensuite estimé que le second 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* ». Elle a, sur ce point, retenu qu'« *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* » (§ 60). Elle a en outre pris en considération le contexte de l'envoi de la lettre circulaire, en dehors de tout acte procédural, et approuvé la juridiction nationale d'avoir retenu 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* » (§ 63). Elle a enfin tenu compte de la remise de peine accordée à l'avocat en seconde instance et considéré que « *le montant du dédommagement accordé à X... (15 000 euros) ne saurait passer pour excessif* » (§ 64).

Elle a « *rappel[é] également que dans des affaires comme la présente, qui nécessitent une mise en balance du droit au respect de la vie privée et du droit à la liberté d'expression, elle considère que l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet des critiques ou, sous l'angle de l'article 10, par leur auteur. En effet, ces droits méritent a priori un égal respect [...]. Dès lors, la marge d'appréciation devrait en principe être la même dans les deux cas. Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes [...]. Aux yeux de la Cour, de telles raisons font défaut en l'espèce* » (§ 63). Elle en a donc déduit qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

Aussi la question mérite-t-elle d'être posée de savoir s'il existe entre ces deux affaires une différence de situation telle qu'elle puisse justifier l'adoption de solutions contraires.

Il est intéressant de se reporter à l'opinion concordante du juge Loucaides, émise à l'occasion de l'affaire Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/France, dans laquelle la Cour européenne avait conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10⁷⁸ : « [...] *On ne saurait contester l'importance de la liberté d'expression, surtout des médias : il s'agit là d'un élément essentiel de toute société démocratique. Encore faut-il savoir si la protection accordée à cette liberté peut en toutes circonstances aller jusqu'à priver les victimes de déclarations diffamatoires de tout recours effectif.*

Pendant de nombreuses années, la jurisprudence de la Cour s'est développée à partir de la prémisse selon laquelle si la liberté d'expression constitue un droit explicitement garanti par la Convention, le souci de protection de la réputation constitue simplement un motif admissible de restriction du droit en question, pareille restriction ne pouvant passer pour une atteinte légitime à la liberté d'expression que si elle est "nécessaire dans une société

⁷⁵ Backes c/Luxembourg, 8 juillet 2008, requête n° 24261/05, § 46, précité, et Crim., 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-81.681, Bull. crim. 2015, n° 194 ; 6 mai 2008, pourvoi n° 07-82.251, Bull. crim. 2008, n° 103, et 13 janvier 1987, pourvoi n° 85-93.987, Bull. crim. 1987, n° 16, précités.

⁷⁶ J.-F. Renucci, « Les avocats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », D. 2016, p. 225 ; C. Porteron, *ibid.* ; P. Guerdier, « Les infractions de presse janvier 2015 - janvier 2016 », Légipresse, n° 336, mars 2016, p. 183 ; C. Bigot, *ibid.*

⁷⁷ Requête n° 39294/09, préc.

⁷⁸ 22 octobre 2007, requêtes n° 21279/02 et n° 36448/02.

démocratique”, en d'autres termes, si elle correspond à un “besoin social impérieux”, si elle est “proportionnée au but légitime poursuivi” et si “les motifs invoqués pour la justifier sont pertinents et suffisants”. De surcroît, comme dans le cas des autres droits garantis par la Convention, toute exception à la liberté d'expression doit être interprétée de manière stricte et étroite. Il incombe à l'État de démontrer qu'il existait des motifs “pertinents et suffisants” de porter atteinte à cette liberté.

Le principe établi par la jurisprudence selon lequel l'exercice de la liberté d'expression doit se voir reconnaître une plus grande latitude dans les domaines du discours ou du débat politiques, de la discussion de questions d'intérêt général ou, comme en l'espèce, de la formulation de critiques adressées à des hommes politiques ne doit pas être interprété comme autorisant la publication de n'importe quelle déclaration non vérifiée. Ce principe signifie simplement selon moi que dans les domaines susmentionnés et pour ce qui est du personnel politique, il y a lieu de tolérer une certaine exagération dans les allégations de fait, voire un certain effet offensant. Mais il ne signifie pas que la réputation des hommes politiques se trouve à la merci des mass médias ou des commentateurs politiques, ou que cette réputation ne mérite pas la même protection juridique que celle de tout autre individu. La réputation est une valeur sacrée pour tous, y compris les hommes politiques, et elle est protégée en tant que droit fondamental de l'être humain par la Convention, au profit de tous les justiciables sans exception. C'est sous cet angle que j'ai analysé les faits de la présente espèce.

[...] Dès lors qu'il doit se voir reconnaître, comme je l'ai expliqué ci-dessus, le même statut juridique que le droit à la liberté d'expression, le droit à la protection de la réputation doit bénéficier d'une protection effective, de manière qu'en aucune circonstance des déclarations diffamatoires, qu'elles aient ou non été faites dans l'intention de nuire et qu'on les considère ou non comme inévitables pour la libre discussion des questions d'intérêt général ou pour la fonction essentielle que remplit la presse, ne puissent rester à l'abri de tout contrôle ».

La CEDH n'a-t-elle pas tendance à se substituer aux juridictions internes en imposant sa propre appréciation de la situation ?

Certes, comme elle le précise à propos du contrôle de conventionnalité, « elle n'a pas pour tâche, lorsqu'elle exerce ce contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation »⁷⁹.

Pour autant, il est permis de s'interroger sur le point de savoir si la Cour européenne respecte les limites qu'elle se fixe.

C'est ainsi que, s'exprimant sur l'exercice de ce contrôle dans son opinion dissidente, à laquelle se sont ralliés les juges Jungwiert, Jaeger, Villiger et Poalelungi, émise dans l'affaire Axel Springer AG c/Allemagne⁸⁰, dans laquelle la CEDH a conclu à une violation de l'article 10 de la Convention, le juge López Guerra précise : « Ma divergence d'opinion avec l'arrêt de la Grande Chambre découle du raisonnement développé ensuite.

[...]

Pour exercer ses pouvoirs de contrôle sans devenir une quatrième instance, dans sa tâche consistant à garantir le respect des droits protégés par la Convention, la Cour doit, dans ce type d'affaires, essentiellement vérifier si les juridictions internes ont dûment mis en balance les droits opposés et ont tenu compte des critères pertinents qui se dégagent de notre jurisprudence sans commettre une erreur manifeste ou négliger un facteur important. Lorsque ces conditions préalables sont réunies, c'est-à-dire que les juridictions internes ont expressément mis en balance les droits et intérêts concurrents et appliqué les critères pertinents qui se dégagent de la jurisprudence susmentionnée, une autre appréciation des intérêts concurrents par la Cour, qui examine une nouvelle fois les faits et les circonstances de l'affaire, revient pour la Cour à s'ériger en quatrième instance (ou, comme en l'espèce, en cinquième instance).

[...]

Analysant les mêmes faits, appliquant les mêmes critères et se livrant au même exercice de mise en balance que les juridictions nationales, la Grande Chambre est parvenue à une conclusion différente, accordant plus de poids à la protection du droit à la liberté d'expression qu'à la protection du droit au respect de la vie privée. Toutefois, c'est là précisément ce qui n'est pas la tâche de la Cour d'après sa jurisprudence, c'est-à-dire qu'il ne lui appartient pas de s'ériger en quatrième instance pour renouveler un examen dûment effectué par les juridictions nationales ».

Poursuivant, dans l'intervention précitée faite à l'occasion du dialogue entre juges, son propos sur la subsidiarité matérielle, Gertrude Lübbecke-Wolff relève, quant à elle, que dans les cas où les droits de la Convention sont en conflit, « la Cour contreviendrait manifestement à l'interdiction faite à l'article 53 de restreindre les droits accordés au niveau national si, au lieu d'appliquer des standards minimums pour chacun des droits concernés et de laisser aux tribunaux et législateurs nationaux une latitude dans les équilibres à opérer, elle entreprend de procéder elle-même à l'ensemble de cette mise en balance »⁸¹.

Ajoutons, pour conclure, que, dans un arrêt postérieur à l'arrêt X... c/France⁸², la CEDH, pour dire qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention du fait de la condamnation de M. Prompt, qui fut l'avocat de Bernard X... dans l'affaire Grégory, pour diffamation à l'égard des époux Y... en raison de passages de son ouvrage intitulé « l'affaire Grégory, la justice a-t-elle dit son dernier mot ? », a notamment constaté que « l'arrêt de

⁷⁹ Jurisprudence constante rappelée dans l'arrêt X... c/France, préc., § 124.

⁸⁰ 7 février 2012, requête n° 39954/08.

⁸¹ *Ibid.*, p. 16.

⁸² Prompt c/France, 3 décembre 2015, requête n° 30936/12.

la cour d'appel de Paris du 7 avril 2010 [était] *méticuleusement motivé* » et retenu que, « *plus largement, plusieurs éléments montr[ai]ent que les juridictions internes [avaient] examiné avec minutie la cause du requérant et [avaient] dûment mis en balance les intérêts en présence* » (§§ 45 et 46).

Peut-on envisager, dans ces conditions, qu'une décision autrement motivée sur la mise en balance des droits et intérêts concurrents, d'un côté, de la liberté de l'avocat de s'exprimer en dehors du prétoire sur les dysfonctionnements de la justice à l'occasion d'une affaire médiatisée dans laquelle il défend une partie et, de l'autre, de la réputation des magistrats mis en cause, ayant été chargés d'instruire ladite affaire, mais dessaisis du dossier avant la tenue des propos litigieux, pourrait justifier la condamnation prononcée contre M. X... par l'arrêt attaqué ?

Selon Alain Lacabarats et Françoise Calvez, « *c'est le rôle de la jurisprudence d'apprécier les droits et libertés en conflit, et l'intérêt essentiel des décisions prises par la Cour de Strasbourg au regard de la CEDH est de proscrire les applications mécaniques ou dogmatiques du droit de la presse, d'inviter à un approfondissement des analyses des situations propres à chaque espèce et de favoriser une plus grande rigueur dans la motivation des jugements nationaux*.

La CEDH étant devenue un texte de droit positif comme les autres, le rôle du juge ne peut qu'y gagner en richesse et lisibilité »⁸³.

Il y aura lieu d'apprécier la pertinence du second moyen au vu de l'ensemble de ces éléments.

Deux projets, avec variantes, ont été préparés.

Au terme du mémoire ampliatif, M. X... demande que l'arrêt de la cour d'appel de Rouen soit cassé et annulé « *au besoin sans renvoi* ».

Il sera à cet égard relevé que, lorsqu'après avoir retenu que les propos incriminés s'inscrivaient dans le cadre d'un débat d'intérêt général et ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention, elle censure une cour d'appel pour avoir refusé aux prévenus le bénéfice de la bonne foi, la chambre criminelle, constatant que la cassation encourue n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, prononce une cassation sans renvoi, ainsi que le permet l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire⁸⁴.

Ainsi, au cas où une cassation de l'arrêt attaqué serait envisagée, la question d'une cassation sans renvoi est déjà dans le débat.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Cf.*, par ex., Crim., 1^{er} mars 2016, deux arrêts, pourvois n° 14-87.524 et 14-87.525 ; 1^{er} décembre 2015, pourvoi n° 13-80.108 ; 8 avril 2014, pourvoi n° 12-88.095, *Bull. crim.* 2014, n° 103, préc. ; 29 mars 2011, pourvoi n° 10-85.887, *Bull. crim.* 2011, n° 61, préc. ; 12 mai 2009, n° 08-85.732, *Bull. crim.* 2009, n° 88, préc., affaire dite des « *disparues d'Auxerre* » ; 11 mars 2008, n° 06-84.712, préc., affaire dite « *Executive Life* ».

Avis de M. 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, alinéa 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. 1.2.1.4. 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. 1.1. L'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 L. 411-3 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 B... et intitulé : « *Affaire D... : 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 SCP Thomas-Raquin et Bénabent a produit un mémoire en défense, le 17 février 2009, au soutien des intérêts de M. Roger Z... et de Mme Y...

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 A... était le directeur de publication, a publié un article, dans son édition du 7 septembre 2000, en page 34, rédigé par Franck B..., journaliste, et intitulé : « *Affaire D... : remise en cause de l'impartialité de la juge Y...* ».

¹ Par 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.

Cet article était ainsi rédigé :

« Les avocats de la veuve du juge Bernard D..., 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 M^{es} Olivier X... et Laurent C... d'avoir "un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté" et semble avoir omis de coter 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 1^{er} août à consulter la cassette vidéo tournée sur place. Le juge Jean-Baptiste E..., 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 M^e Olivier X..., qu'ils avaient omis de placer sous scellé, plus d'un mois après leur dessaisissement."

Pire, dans l'enveloppe, le juge E... 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 D... 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. F... [procureur adjoint à Paris], À très bientôt, je t'embrasse, Djama."

Les avocats de Mme D... sont évidemment furieux. "Cette pièce démontre l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français, assure M^e 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 D..., 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 D... 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 Mme D..., sur la base des conclusions de l'autopsie, indiquait que la mort de Bernard D... 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 Mme D... 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 D... 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 codésigné 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 H..., 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 I..., qui était en 1995 le chef de cabinet du président djiboutien en exercice ;

- le 2 février 2000, M^e Cambier du barreau de Bruxelles, avocat de M. H..., 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. H... 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. H... que son témoignage déplaisait fortement au président djiboutien. Ensuite, et compte tenu des révélations faites par M. H... 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 Mme le garde des sceaux, daté du 13 mars 2000, les avocats de Mme D... et des enfants D..., M^{es} X... et C..., 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 H... 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 M. E..., 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 1^{er} août 2000, M^e 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 E... la possibilité de visionner celui-ci ;

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

- indiqué à M^e 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 1^{er} : exp : Djama Souleiman, 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'en-tête du procureur de la République de Djibouti, écrite à la main recto-verso ;

- sur ce mot manuscrit de Djama Souleiman 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 D... 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 J.-C. F... À très bientôt.

Je t'embrasse. Djama ».

C'est dans ce contexte que, le 6 septembre 2000, M^{es} Olivier X... et Laurent C... adressaient à Mme le 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 C... et moi-même, dans l'intérêt de Mme Elisabeth D..., du comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté des magistrats Mme Marie-Paule Y... et M. Roger Z... [...]. Le 1^{er} août 2000, constatant que cette cassette vidéo n'était pas au dossier communiqué à monsieur le juge E..., 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.

M. le juge E..., en ouvrant la jaquette de la cassette, y a découvert un pli cacheté adressé à Mme 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 Djibouti, M. Djama Souleiman ; (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 Djibouti, autorité judiciaire se trouvant sous la dépendance directe du gouvernement dont le chef, Ismaël Omar Guelleh, est soupçonné très ouvertement et très sérieusement d'être l'instigateur de l'assassinat de Bernard D... » ;

- 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. E... 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 lorsqu'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 D... 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 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 tel 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 et Alain Bénabent fait valoir en défense, dans l'intérêt de Mme Marie-Paule Y... et de 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 M^{es} X... et C... 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, alinéa 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* » (Crim., 14 novembre 2006, pourvoi n° 06-83.120, *Bull. crim.* 2006, 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 contrôle expressément le respect de cette exigence

² L'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 Crim., 21 juillet 1838, *Bull. crim.* 1838, n° 249 ; 4 mai 1865, *Bull. crim.* 1865, n° 103 ; 4 décembre 1896, *Bull. crim.* 1896, n° 351 ; 15 février 1962, *Bull. Crim.* 1962, n° 100 ; 4 mai 1972, pourvoi n° 70-90.336, *Bull. crim.* 1972, n° 157 ; 23 juillet 1984, pourvoi n° 84-90.183, *Bull. crim.* 1984, n° 265.

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 personnes 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 - et 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 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.

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*

⁴ 2^e Civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 01-12.638, *Bull.* 2004, II, n° 183 ; 1^{er} Civ., 28 mars 2008, pourvoi n° 06-12.996, *Bull.* 2008, I, n° 92 ; Crim., 23 juillet 1984, pourvoi n° 84-90.183, *Bull. crim.* 1984, n° 265.

⁵ Pourvoi n° 05-80.545, *Bull. crim.* 2005, n° 255.

⁶ Crim., 4 février 1980, pourvoi n° 77-92.290, *Bull. crim.* 1980, n° 44 ; 14 novembre 2006, pourvoi n° 06-83.120, *Bull. crim.* 2006, n° 283.

⁷ Crim., 28 mai 1991, pourvoi n° 90-83.984, *Bull. crim.* 1991, n° 225.

⁸ Voir sur ce point entre autres 1^{er} Civ., 10 septembre 2015, pourvoi n° 14-24.208, en cours de publication : « *attendu qu'ayant constaté qu'étaient démontrés, d'une part, la véhémence de M. X..., 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. X... 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* ».

⁹ Crim., 13 mai 1933, *Bull. crim.* 1933, n° 111 ; 23 décembre 1986, pourvoi n° 86-96.046, *Bull. crim.* 1986, n° 391.

¹⁰ 1^{er} Civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.150, en cours de publication.

¹¹ 2^e Civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 95-15.502, *Bull.* 1998, II, n° 168.

¹² Crim., 9 octobre 1978, pourvoi n° 77-93.161, *Bull. crim.* 1978, n° 262.

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

¹⁴ 1^{er} Civ., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-17.514, *Bull.* 2005, I, n° 227 ; voir aussi 1^{er} Civ., 16 décembre 2003, pourvois n° 03-13.353 et 03-14.649, *Bull.* 2003, I, n° 256.

¹⁵ Crim., 15 mai 1972, pourvoi n° 69-92.239, *Bull. crim.* 1972, n° 168.

¹⁶ Voir Crim., 11 juin 1979, pourvoi n° 78-93.237, *Bull. crim.* 1979, 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. 2^e Civ., 14 février 1968, *Bull.* 1968, II, n° 50, à propos d'une sommation interpellative.

¹⁷ Pourvoi n° 86-92.314, *Bull. crim.* 1987, n° 440.

¹⁸ Crim., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-86.406, *Bull. crim.* 2008, n° 79.

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.

On se reportera également à l'arrêt de la chambre criminelle du 27 février 2001, pourvoi n° 00-82.557, qui dénie toute immunité à un avocat des parties civiles au procès ouvert devant la cour d'assises de Bordeaux contre Maurice X..., 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 Amouroux, 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 dix-septième 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 B... 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 M^e X... et M^e C..., qui sollicitaient l'ouverture d'une enquête par l'inspection générale des services judiciaires. Ce courrier n'était pas parvenu à son destinataire et M^e C... a toujours soutenu n'avoir eu aucun contact avec le journaliste. Il n'est pas discuté que le journaliste s'est entretenu avec M^e 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 :

« 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 Mme D... 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

¹⁹ Crim. 3 décembre 2002, pourvoi n° 01-85.466, *Bull. crim.* 2002, n° 217.

²⁰ Éditions Victoires, 2013, page 233.

²¹ Crim., 28 novembre 2006, pourvois n° 05-85.085 et 01-87.169, *Bull. crim.* 2006, n° 298.

²² 1^{er} Civ. 5 avril 2012, pourvoi n° 11-11.044, *Bull.* 2012, I, n° 82.

²³ Crim., 6 mai 2003, pourvoi n° 02-82.037.

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

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 D... 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 cinquième 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 [M^e 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.*

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 de 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 29 et 31, alinéa 1, 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 M^e 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 D...

La quatrième branche du moyen fait valoir que les propos de M^e 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 été « *réparé* ».

La cinquième branche du moyen rappelle que la critique du fonctionnement des institutions de l'État, 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 M^e 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.

²⁵ Arrêt du 11 juin 2013.

²⁶ Paragraphe 15 de l'arrêt.

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 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 possibles. 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 précis* »²⁷ ou « *suffisamment précis* »²⁸, « *un fait déterminé* »²⁹ 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'infraction* »³².

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 poursuivie* »³³.

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, corrélative 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 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

²⁷ Assemblée plénière, 25 février 2000, pourvoi n° 94-15.486 ; Crim., 30 septembre 2003, pourvoi n° 02-87.578, *Bull. crim.* 2003, n° 172 ; Crim., 11 février 2003, pourvoi n° 01-86.041.

²⁸ 1^{re} Civ., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-19.897, *Bull.* 2007, I, n° 167 ; Crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 05-85.885.

²⁹ Crim., 5 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.328 ; Crim., 19 mars 1991, pourvoi n° 90-81.621, *Bull. crim.* 1991, n° 132.

³⁰ Crim., 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-85.113, *Bull. crim.* 2003, n° 161.

³¹ Crim., 28 mars 2006, pourvoi n° 05-80.634, *Bull. crim.* 2006, n° 90 ; 14 février 2006, pourvoi n° 05-82.475, *Bull. crim.* 2006, n° 40 ; 16 mars 2004, pourvoi n° 03-82.828, *Bull. crim.* 2004, n° 67 ; 29 janvier 1998, pourvoi n° 95-83763.

³² Crim., 11 mars 2008, pourvoi n° 06-84.712, *Bull. crim.* 2008, n° 59.

³³ Crim., 18 octobre 1994, pourvoi n° 92-84.994.

³⁴ Crim. 14 juin 2000, pourvoi n° 99-85.528, *Bull. crim.* 2000, n° 225.

³⁵ 2^e Civ., 14 mars 2002, pourvoi n° 99-19.238, *Bull.* 2002, II, n° 46 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-11.834, *Bull.* 2005, I, n° 294.

³⁶ Crim., 5 octobre 1993, pourvoi n° 92-81.749, *Bull. crim.* 1993, n° 276.

³⁷ F. Goyet, *Droit pénal spécial*, p. 606, n° 875, cité par Emmanuel Dreyer, *Responsabilités civiles et pénale des médias*, Litec, 2^e édition, n° 203.

³⁸ Sur la flexibilité et l'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* ».

propos incriminés, débat politique, lutte syndicale, satire ou propos humoristiques, controverse scientifique ou littéraire... mais aussi aux supports ou formes employés : 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* ».

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'État 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 M^e 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'État, 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 D... 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'État 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.

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, M^e 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. E... et la cassette litigieuse versée au dossier, le 1^{er} août. La démarche ne se concevait que par sa concomitance avec la saisine de la chambre de l'instruction par M^e 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 »

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

⁴⁰ Un arrêt de la première chambre civile, du 24 octobre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 346, ainsi qu'un arrêt de la chambre criminelle du 11 mars 2008, pourvoi n° 06-84.712, *Bull. crim.* 2008, 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.

⁴¹ *Crim.*, 23 mars 1978, pourvoi n° 77-90.339, *Bull. crim.* 1978, n° 115, jurisprudence dite « Foyer ».

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 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 États 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 manœuvre 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 à 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. » 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 pertinents »⁴⁹.

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 judiciaire »⁵⁰.

Cette notion de question d'intérêt général apparaît dès 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 c/Danemark*⁵¹, *Goodwin c/Royaume-Uni*⁵², *de Haes et Gisels c/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.

⁴² In « 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.

⁴³ *Idem*, note 15.

⁴⁴ Arrêt *Handyside c/Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, requête n° 5439/72, § 49.

⁴⁵ Voir, entre autres, *Piermont c/France* du 27 avril 1995, série A, n° 314, § 76 ; ou, plus récemment, *Paturel c/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 ».

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

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

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

⁴⁹ X... c/France, arrêt de la 5^e section du 11 juillet 2013, requête n° 29369, § 97.

⁵⁰ Arrêt de *Haes et Gisels c/Belgique*, 24 février 1997.

⁵¹ 23 septembre 1994, série A, n° 298, § 31.

⁵² 27 mars 1996, § 39.

⁵³ 24 février 1997, § 39.

Dans l'arrêt *Lingens c/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.

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 c/France*⁵⁶, la Cour européenne rappelle que « *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/Turquie*⁵⁷, ou encore *Lindon Otchakovsky-Laurens et July contre France*⁵⁸.

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 *Paturel*⁶³, 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 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 Limoges⁶⁷, 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/Autriche*⁶⁸, avaient souligné qu'il « *ne devrait pas être loisible aux autorités de l'État 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" du juge, même s'il se fonde sur des éléments récurrents qui permettent d'en délimiter, mais à la marge, les limites de la notion* »⁷¹.

⁵⁴ Arrêt *Lingens c/Autriche*, § 41.

⁵⁵ *Idem*, note 8, § 42.

⁵⁶ Arrêt du 6 octobre 2011, requête n° 32820/09, § 37.

⁵⁷ *Sürek c/Turquie* [n° 1], 8 juillet 1999, requête n° 26682/95, § 61.

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

⁵⁹ *Thoma c/Luxembourg*, requête n° 38432/97, § 47 ; voir aussi *Janowski c/Pologne*, requête n° 25716/94, § 33.

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

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

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

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

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

⁶⁵ *Feret c/Belgique*, 16 juillet 2009, requête n° 15615/07.

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

⁶⁷ *Légipresse*, n° 317, juin 2014, « *Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de Strasbourg - 1^{re} partie : l'identification de la notion européenne de débat d'intérêt général* ».

⁶⁸ Arrêt du 20 septembre 1994, requête n° 13470/87.

⁶⁹ *AJ 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 donnés par la Cour européenne elle-même dans le paragraphe 75 de l'arrêt *Margareta et Roger Andersson* du 20 janvier 1992, requête n° 12963/87 : « *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.

Bertrand de Lamy, professeur à l'université de Toulouse, I Capitoile, 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 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 de 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 inadaptés* »⁷⁴.

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 c/Autriche*, la Cour européenne, dès 1986, avait relevé 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/France*⁷⁵), la justice (*July et SARL Libération*, ou encore *Roland Dumas c/France*, *Tourancheau et July c/France*⁷⁶, *Du Roy et Malaurie c/France*⁷⁷), une « *affaire d'État* » (*Dupuis et autres c/France*⁷⁸), l'histoire (*Orban et autres c/France*⁷⁹, *Lehideux et Isorni c/France*, *Chauvy et autres c/France*⁸⁰), la transparence des hommes politiques et leur aptitude à diriger (éditions *Plon/France*⁸¹), les agissements d'un élu, ou encore, la responsabilité d'un parti dans le développement du racisme (*Brunet-Lecomte c/France*⁸² ; *Lindon Otchakovsky-Laurens c/France*⁸³), les controverses sur des associations qualifiées de sectes (*Patrel c/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 c/France*⁸⁴).

⁷² *Légipresse*, n° 323, janvier 2015, « Droit de la presse et informations d'intérêt général », pages 17 et s.

⁷³ Même article que note ci-dessus.

⁷⁴ *In* « 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.

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

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

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

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

⁷⁹ Arrêt du 15 janvier 2009, requête n° 20985/05 - Publication de l'ouvrage « *Services spéciaux Algérie 1955-1957* », témoignage du général Aussaresses, 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.

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

⁸¹ Arrêt du 18 mai 2004, requête n° 58148.

⁸² Arrêt du 8 octobre 2009, requête n° 12662/06.

⁸³ Arrêt du 22 octobre 2007 requêtes n° 21279/02 et n° 36448/02, § 48.

⁸⁴ Arrêt 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 (Brasillier c/France⁸⁶), un débat sur les finances locales (de Lesquen du Plessis-Casso c/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'acquiescer 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 peut s'en trouver affectée : 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 c/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 ».

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 c/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 c/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 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 désertir le combat et de se livrer à une tentative de récupération politique.

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

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

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

⁸⁸ Dalloz 2007, page 2506.

⁸⁹ Arrêt du 8 juillet 1986, § 46, précité.

⁹⁰ Arrêt du 23 juillet 1991, § 63, précité.

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

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

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 c/Lettonie⁹⁴. Le Journal *Diena* avait publié cinquante-trois 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 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 c/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^{er} et 4^e passages incriminés),*

⁹³ Mme la juge Power-Forde.

⁹⁴ Arrêt du 12 juillet 2007, requête n° 16657/03.

⁹⁵ Voir notamment Paturel c/France, précité, § 35.

⁹⁶ Paturel c/France, précité, § 36 ; Alfantakis c/Grèce, 11 février 2010 ; et, plus ancien, Jerusalem c/Autriche, requête n° 26958/95, § 42 ; Feldek c/Slovaquie, n° 29032/95, §§ 75-76, CEDH 2001-VIII.

à la récupération de la détresse humaine et au recrutement de membres au travers d'émissions médiatisées (2^e passage), à l'accusation de parti pris et de manipulation du public (3^e 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 sectes »⁹⁷.

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.

IV. - 2.1.2.3. 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 État 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 D... et ses avocats, M^e X... et M^e C..., 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.

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 État 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 c/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 État 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, n° 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.

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. À 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 D..., partie civile,

⁹⁷ Christian Paturel c/France, 22 décembre 2005, requête n° 54968/00, § 37.

⁹⁸ Requête n° 20893/03.

⁹⁹ Arrêt *July et SARL Libération* du 14 février 2008, précité, §§ 66 et 67.

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

¹⁰¹ *Worm c/Autriche*, 29 août 1997, requête n° 22714/93, § 40 ; voir aussi Arrêt *Sunday Times c/Royaume-Uni*, n° 1, 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 c/Grèce*, du 30 janvier 2013, requête n° 6086/10, § 68.

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

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 Djibouti, Elisabeth D... 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 D... 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'État ; [...] 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'État", 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 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 c/Grèce, 30 octobre 2012, requête n° 6086/10, §§ 77, 78, 79). De même, dans l'arrêt Sgarbi c/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 c/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 D... 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 Y... se déplace à Bruxelles pour entendre ce témoin. Une audition que l'ex-officier n'oubliera jamais : "Après ma déposition, la juge Y... 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 D..., pieds nus sur les rochers.*

¹⁰⁵ Crim., 14 janvier 2003, pourvoi n° 01-88.595.

¹⁰⁶ 21 octobre 2008, requête n° 37115/06.

¹⁰⁷ Arrêt Skalka c/Pologne, 27 mai 2003, requête n° 43425/98.

¹⁰⁸ Requêtes n° 29064/08 et 29979/08.

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

Les magistrats parisiens ont tout fait pour imposer la version du suicide de Bernard D... 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 accrédiiter, 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'État, 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 la 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'État 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 Ronchin pour faux en écriture publique, prise illégale d'intérêt et favoritisme.

¹⁰⁹ Voir paragraphe 60 de l'arrêt, requête 29369/10.

¹¹⁰ Voir paragraphe 131 de l'arrêt.

¹¹¹ Pourvoi n° 04-16.706, Bull. 2006, I, n° 437.

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

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 2008¹¹². 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 Marland, 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 Hénin, 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 Marland 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 prononce 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'État 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 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 « privilégié ».

La cassation est prononcée sans renvoi, en application de l'article L. 411-3 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 la 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'État :

« 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 textes et principes susvisés ;

¹¹² Pourvoi n° 06-84.712, *Bull. crim.* 2008, n° 59.

¹¹³ *Crim.*, 12 mai 2009, pourvoi n° 08-85.732, *Bull. crim.* 2009, n° 88.

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 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 querelés 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 œuvre 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 abordé, avec une base factuelle suffisante, un sujet d'intérêt général¹¹⁶.

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 ;

¹¹⁴ Crim., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-85.887, *Bull. crim.* 2001, n° 61 ; 27 avril 2011, pourvoi n° 10-83771, *Bull. crim.* 2011, n° 77 ; 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-81.990, *Bull. crim.* 2013, n° 176 ; 1^{er} mars 2016, pourvois n° 14-87.524 et 14-87.525.

¹¹⁵ Crim., 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-80.818, au rapport de M. le conseiller Jean-Yves Monfort.

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

¹¹⁷ Crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.408, *Bull. crim.* 2010, n° 12.

¹¹⁸ Crim., 15 mars 2016, pourvoi n° 14-88.072.

¹¹⁹ Crim., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-85.179 ; voir aussi 20 septembre 2016, pourvoi n° 15-83.070, en cours de publication.

- le fonctionnement des services secrets, le financement d'une campagne présidentielle¹²⁰ ;
- le financement d'un parti politique et la fortune de son dirigeant¹²¹, le financement d'une campagne présidentielle¹²² ;
- un conflit syndical médiatique¹²³ (solution implicite), le financement d'un syndicat, son rôle dans la gestion du CE d'une entreprise¹²⁴ ;
- le transfert de charges entre l'État et les collectivités locales¹²⁵ ;
- l'action de la justice ou des procédures judiciaires médiatisées¹²⁶ (*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'avocats¹²⁷ ;
- l'intégration des Roms¹²⁸ ;
- les témoins de Jéhovah¹²⁹ (implicite) ;
- l'histoire du groupe terroriste Action directe¹³⁰ ;
- un scandale financier : affaires « *Executive Life* » ou l'affaire dite « *Rhodia* »¹³¹ ;
- la santé publique : dangerosité alléguée de biberons¹³² ;
- l'usage des fonds par une association luttant contre la myopathie¹³³ ;
- les moyens employés pour lutter contre l'immigration clandestine¹³⁴ ;
- le fonctionnement du conseil de l'ordre des chirurgiens-dentistes¹³⁵ ;
- la sécurité dans les transports aériens¹³⁶ ;
- des thèmes à résonance internationale :
 - sur l'histoire du Cambodge et la période des Khmers rouges¹³⁷ ;
 - sur le conflit israélo-palestinien¹³⁸ ;
 - sur le rôle des forces françaises au Rwanda¹³⁹, les reportages en Afghanistan sur les talibans¹⁴⁰ ;
- des thèmes à résonance locale :
 - concernant la gestion de la commune¹⁴¹, les nuisances sonores dans une localité touristique¹⁴², 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 car il recouvre souvent un sujet d'intérêt général.

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.

¹²⁰ Crim., 2 septembre 2014, pourvoi n° 12-87.322.

¹²¹ Crim., 17 mars 2015, pourvoi n° 13-86.811.

¹²² Crim., 12 avril 2016, pourvoi n° 14-87.606.

¹²³ Crim., 1^{er} février 2011, pourvoi n° 10-81.667.

¹²⁴ Crim., 15 mars 2016 pourvoi n° 14-88.072 ; voir aussi 21 juin 2016, pourvoi n° 14-88.470.

¹²⁵ Crim., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-85.887, *Bull. crim.* 2011, n° 61.

¹²⁶ Crim., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-85.732, *Bull. crim.* 2009, n° 88 ; 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-86.295 ; 26 mai 2010, pourvoi n° 09-87.083 ; 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-83.481.

¹²⁷ Crim., 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-87.527.

¹²⁸ *Idem*, note 22.

¹²⁹ Crim., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-85.666.

¹³⁰ Crim., 17 novembre 2015, pourvoi n° 14-81.410, *Bull. crim.* 2015, n° 258.

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

¹³² Crim., 8 avril 2014, pourvoi n° 12-88.412.

¹³³ Crim., 10 novembre 2009, pourvoi n° 09-80.856.

¹³⁴ Crim., 28 mai 2013, pourvoi n° 12-83.225.

¹³⁵ Crim., 3 novembre 2015, pourvoi n° 14-83.420.

¹³⁶ Crim., 9 février 2016, pourvois n° 14-86.726 et 14-86.727.

¹³⁷ Crim., 27 avril 2011, pourvoi n° 10-83.771, *Bull. crim.* 2011, n° 77.

¹³⁸ Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 13-80.440 ; 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-81.990, *Bull. crim.* 2013, n° 176.

¹³⁹ Crim., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-85.582.

¹⁴⁰ Crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-83.487, *Bull. crim.* 2013, n° 136.

¹⁴¹ Crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.408, *Bull. crim.* 2010, n° 12 ; 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-81.080, accusation d'électoratisme, fraude électorale ; 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-83.188 ; 7 avril 2016, pourvoi n° 15-83.746.

¹⁴² Crim., 8 avril 2014, pourvoi n° 12-88.095, *Bull. crim.* 2014, n° 103.

¹⁴³ Crim., 6 mai 2014, pourvoi n° 12-87.789, *Bull. crim.* 2014, n° 121.

¹⁴⁴ Crim., 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-85.142.

¹⁴⁵ Crim., 12 novembre 2014, pourvoi n° 13-81.144.

¹⁴⁶ Crim., 9 décembre 2014, pourvoi n° 13-87.477.

¹⁴⁷ Crim., 27 mai 2015, pourvoi n° 14-83.196.

¹⁴⁸ Crim., 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-83.913.

¹⁴⁹ Crim., 1^{er} décembre 2015, pourvoi n° 13-80.108.

¹⁵⁰ Pourvoi n° 13-85.138 ; voir l'avis contraire de l'avocat général Frédéric Desportes.

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 permettraient 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 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 Bruno X... 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 Y..., 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 décision*¹⁵³ ».

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 X... 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 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, étaient dépourvus de base factuelle suffisante, [...] a justifié sa décision ».

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*

¹⁵¹ Cf. *supra*, note n° 64 ; voir aussi Crim., 27 avril 2011, pourvoi n° 10-83.771, *Bull. crim.* 2011, n° 77, qui, s'il concerne un sujet d'intérêt général, est aussi relatif à un discours politique.

¹⁵² Pourvoi n° 09-84.408, *Bull. crim.* 2010, n° 12, précité.

¹⁵³ Crim., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-87.083.

¹⁵⁴ Arrêt précité, note 77.

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 délaissier 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. Myard, 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 étrangères 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 (Crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-83.487, *Bull. crim.* 2013, n° 136).

La chambre criminelle a également admis la bonne foi de M. Weill X..., qui, sur le seul témoignage du médecin militaire qui avait opéré M. Y... (père d'un enfant mort, selon le reportage de M. Charles Z... 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 (Crim., 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-81.990, *Bull. crim.* 2013, 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 fameux 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 ».

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

À 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

¹⁵⁵ Crim., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-88.102.

¹⁵⁶ Crim., 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-82.529, *Bull. crim.* 2015, n° 298.

¹⁵⁷ Crim., 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-83.913.

¹⁵⁸ Crim., 28 mars 2009, pourvoi n° 08-84.161.

¹⁵⁹ Crim., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-81.078 ; 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-83.188.

¹⁶⁰ Pourvoi n° 12-83.225.

¹⁶¹ Pourvoi n° 00-83.315.

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, « 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.

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 » (1^{re} Civ., 10 septembre 2015, pourvoi n° 14-24.208, en cours de publication¹⁶⁷).

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^o 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^o 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 n° 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 [...] ».

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 :

¹⁶² Pourvoi n° 05-80.545, *Bull. crim.* 2005, n° 255.

¹⁶³ *Dalloz* 2006, jurisprudence, page 1273.

¹⁶⁴ Pourvoi n° 97-84.547.

¹⁶⁵ Pourvoi n° 14-84.380, *Bull. crim.* 2015, n° 195.

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

¹⁶⁷ Voir aussi 1^{re} Civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.266.

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

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 : « 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 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 » (1^{re} Civ., 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 que 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. X... 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. X... 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 fondé »¹⁷¹.

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.

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.

¹⁶⁹ 1^{re} Civ., 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 ».

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

¹⁷¹ Pourvoi n° 13-19.284, Bull. 2014, I, n° 137.

¹⁷² 1^{re} Civ., 4 mai 2012, pourvoi n° 11-30.193, Bull. 2012, I, n° 96.

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 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 c/France*¹⁷⁵, 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 État de droit* ».

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 États 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 M^e 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 c/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* ».

C'est au cours de l'audience que les objections doivent être soulevées et 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.

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

¹⁷⁴ Voir, 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.

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

¹⁷⁶ *Nikula c/Finlande*, 21 mars 2002, requête n° 31611/96, § 45 ; *Amihalachioaie c/Moldova*, requête n° 60115/00, § 27.

¹⁷⁷ *Kyprianou c/Chypre*, 15 décembre 2005, requête n° 73797/01, § 59 ; *Nikula c/Finlande*, n° 31611/96, §§ 27-28.

¹⁷⁸ *Kyprianou c/Chypre*, Grande Chambre, 15 décembre 2005, requête n° 73797/01, § 174.

¹⁷⁹ *Kyprianou c/Chypre*, Grande Chambre, 15 décembre 2015, requête n° 73797/01, § 151 ; *Steuer c/Pays-Bas*, 28 octobre 2003, requête n° 39657/98, §§ 37-38.

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

¹⁸¹ *Nikula c/Finlande*, § 49.

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 c/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.

C'est ainsi que dans l'affaire *Nikula c/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 État 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).

À 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 c/France*, la Cour européenne a souligné que les écrits de l'ancien ministre¹⁸⁶ donnaient des informations intéressantes sur l'opinion publique 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.

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 c/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 c/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.

¹⁸² Qualifier l'avis d'un juge de « ridicule », *Commission, W.R. c/Autriche*, requête 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*, requête n° 29045/95). Voir en particulier le paragraphe 66 de l'arrêt *Radobuhjac c/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).

¹⁸³ *Nikula c/Finlande*, § 49.

¹⁸⁴ 28 octobre 2003, requête n° 39657, § 44.

¹⁸⁵ *Kyprianou c/Chypre*, Grande Chambre, 15 décembre 2015, requête n° 73797/01.

¹⁸⁶ A la suite du procès, il avait écrit un livre intitulé, *« L'épreuve, les preuves »*.

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

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 M^e 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 d'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.

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 l'a souligné 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

¹⁸⁸ Arrêt du 11 février 2010, requête n° 49330.

¹⁸⁹ *Militiadis Karpetas c/Grèce*, 30 octobre 2012, requête n° 6086/10, § 78.

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 c/Italie¹⁹¹, dont les circonstances de fait présentent certains points communs avec celles du pourvoi soumis à l'examen de 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.

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.

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 unique, 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

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

¹⁹¹ Arrêt du 30 juin 2015, requête n° 39294.

¹⁹² Peruzzi c/Italie, précité, § § 62 et 63.

¹⁹³ *Idem*, ci-dessus, § 60.

¹⁹⁴ *Idem*, ci-dessus, § 63.

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

¹⁹⁶ *Idem*, note 35 ci-dessus, § 35.

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 c/Suisse¹⁹⁸, laissent transparaître assez nettement la réticence initiale de la Cour face à la médiatisation de procès judiciaires.

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, établi 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 c/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.

« *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 d'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 affaire* »²⁰². 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

¹⁹⁷ Gouveia Gomes Fernandes et Joao Manuel Pereira de Lima de Freitas e Costa c/Portugal, 29 mars 2011, requête n° 1529/08.

¹⁹⁸ Schöpfer c/Suisse, 20 mai 1998, requête n° 56/1997/840/1046.

¹⁹⁹ À la même époque, dans l'arrêt Zihlmann c/Suisse du 28 juin 1995, requête 21861/93, la Cour européenne des droits de l'homme avait énoncé que « *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* ».

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

²⁰¹ Arrêt Mor c/France, précité, § 53.

²⁰² Arrêt Mor c/France, précité, §§ 54 et 56.

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 public »²⁰³.

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.

À 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 ses 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.

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... c/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).

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. 1.1. L'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.

²⁰³ Affaire Mor c/France, § 59.

²⁰⁴ Anne-Sophie Chavent Leclère, « La France condamnée à protéger la liberté d'expression de l'avocat », *Procédures*, 2 février 2012, com. n° 46.

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

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 M^e 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 D... 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, M^e 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 la protection, dans une société démocratique, de 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.

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).

À 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* » (paragraphe 49 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* » (paragraphe 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 M^e 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 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

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

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

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* » (paragraphe 167).

Si le magistrat est tenu à un devoir de réserve, s'il peut être nécessaire de 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 (paragraphe 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 D... 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 M^e 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.

69

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 États 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 États 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 :

« 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. À 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

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

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

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 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 par 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.

Toutefois, l'arrêt n'a qu'une portée déclaratoire et il appartient à l'État 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, retravaillé lors de la procédure parlementaire, présenté par Jack Lang lors de la discussion de la 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

V. 2.2. Les modalités de la cassation : l'application de l'article L. 411-3 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 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 lesquelles les propos poursuivis ont été tenus. On notera, toutefois, que la Cour européenne a pris en compte des

²¹⁰ Arrêt 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 États 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 Dayanan c/Turquie rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009, cités au sein même de la motivation de l'arrêt.

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'inscrivent 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 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

²¹² Crim., 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-81.681, *Bull. crim.* 2015, n° 194. Voir sur cette question Christophe Bigot, *Pratique du droit de la presse*, éd. Victoires, et références citées.

²¹³ Crim., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-82.389, *Bull. crim.* 2010, n° 70 ; 7 décembre 2010, pourvoi n° 10-81.984, *Bull. crim.* 2010, n° 197.

²¹⁴ Crim., 1^{er} septembre 2010, pourvoi n° 09-88.465.

²¹⁵ Crim., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-85.887, *Bull. crim.* 2011, n° 61 ; 27 avril 2011, pourvoi n° 10-83.771, *Bull. crim.* 2011, n° 77 ; 1^{er} mars 2016, pourvoi n° 14-87.525.

²¹⁶ Arrêt du 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-84.270, *Bull. crim.* 2015, n° 288.

acceptation 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 parti 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 ?

À cet égard, il ne peut qu'être observé que les avocats de Mme D... pouvaient s'interroger :

- malgré certains éléments ressortant tant de la première autopsie que de l'analyse du docteur 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'État de Djibouti, qui a toujours soutenu celle du suicide, pouvaient surprendre.

De ces éléments, les deux avocats de Mme D... 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. D... 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 Djibouti 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,

²¹⁷ Crim., 1^{er} septembre 2010, pourvoi n° 09-88.465.

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 apparaître 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. D... 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. À 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. D..., 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 Djibouti, 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 antérieures 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.

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N^o 481

Question prioritaire de constitutionnalité

Licenciement. - Loi des 16-24 août 1790. - Interprétation jurisprudentielle constante. - Condition de précision et de motivation du mémoire spécial. - Défaut. - Irrecevabilité.

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

« La constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle du principe de la séparation des pouvoirs, ensemble de la loi du 16-24 août 1790, qui est issue notamment de l'arrêt n^o 12-20.301 rendu le 27 novembre 2013 par la chambre sociale de la Cour de cassation, en ce qu'elle interdit à un salarié protégé de poursuivre son action en résiliation judiciaire dès lors que, postérieurement à la saisine de la juridiction prud'homale mais avant que cette dernière statue, l'administration du travail a, y compris pour un tout autre motif, autorisé le licenciement ».

Mais attendu que la question, en ce qu'elle ne détermine pas les droits et libertés garantis par la Constitution auxquels les dispositions législatives critiquées porteraient atteinte et vise une interprétation jurisprudentielle inapplicable au litige, lequel concerne des salariés qui n'ont pas été licenciés mais ont signé un accord de rupture amiable de leur contrat de travail, ne répond pas aux exigences des articles 23-4 et suivants de l'ordonnance n^o 58-1067 du 7 novembre 1958 et est dès lors irrecevable ;

Par ces motifs :

DÉCLARE IRRECEVABLE la question prioritaire de constitutionnalité.

Soc. - 14 décembre 2016.
IRRECEVABILITÉ

N^o 16-40.241. - CPH Lyon, 22 septembre 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén.

N^o 482

Question prioritaire de constitutionnalité

Relations collectives de travail. - Code du travail. - Articles L. 3121-38 à L. 3121-41 et L. 3121-43 à L. 3121-48. - Interprétation jurisprudentielle constante. - Liberté d'entreprendre. - Liberté contractuelle. - Droit au maintien des conventions légalement conclues. - Droit de propriété. - Principe de garantie des droits. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'article L. 212-15-3 du code du travail, devenu articles L. 3121-38 et suivants du code du travail et plus spécialement les articles L. 3121-38 à L. 3121-41, relatifs à la mise en place des conventions de forfait, et les articles L. 3121-43 à L. 3121-48, relatifs aux conventions de forfait en jours sur l'année, dans leur rédaction applicable au litige et dans la portée qu'en retient la Cour de cassation, au regard d'une jurisprudence constante, en ce qu'elles sanctionnent par la nullité rétroactive les conventions de forfait en jours conclues en application d'un accord collectif qui ne serait pas de nature à garantir une amplitude et une charge de travail raisonnables et une bonne répartition dans le temps du travail du salarié ne sont-elles pas contraires au bloc de constitutionnalité et notamment à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et notamment :

- à la liberté d'entreprendre, découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

- à la liberté contractuelle et le droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues, découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

- au droit de propriété, découlant des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?

Au surplus, ces dispositions, dans leur rédaction applicable au litige et dans la portée qu'en retient la Cour de cassation, au regard d'une jurisprudence constante, sont rétroactives et dès lors ne sont-elles pas contraires :

- à la garantie des droits imposés par l'article 16 de la Déclaration de 1789, en ce qu'elles s'appliquent à des contrats antérieurement conclus, sans qu'un intérêt général suffisant ne le justifie et mettent en cause les effets qui pouvaient en être légitimement attendus ;

- pour les mêmes raisons, au principe de liberté contractuelle, en tant qu'il implique le maintien de l'économie des conventions en cours légalement conclues, ce caractère s'appréciant à la date de leur conclusion (articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789) ? » ;

Mais attendu, d'une part, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu, d'autre part, que les dispositions de l'article L. 212-15-3, devenu L. 3121-38, du code du travail, telles qu'interprétées par la Cour de cassation à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui ne permettent de déroger aux règles relatives à la durée du travail que dans le

respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur, mettent en œuvre l'exigence constitutionnelle du droit à la santé et au repos, qui découle du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ; que la nullité vient sanctionner une convention individuelle de forfait en jours qui ne répond pas aux exigences légales ; que la portée donnée par la jurisprudence constante de la Cour de cassation aux dispositions législatives critiquées ne porte pas atteinte à une situation légalement acquise et ne méconnaît aucun des principes constitutionnels applicables invoqués ; que ces dispositions législatives, ainsi interprétées, ne mettant en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, il n'y a pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

Soc. - 14 décembre 2016.

NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 16-40.242. - CPH Lyon, 22 septembre 2016.

M. Frouin, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Liffran, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, chron., 65, spéc. n° 21, note Bertrand Mathieu. Voir également la Rev. dr. tr., janvier 2017, Act., p. 11, note Magali Roussel.

N° 483

Question prioritaire de constitutionnalité

Sécurité sociale. - Code de la sécurité sociale. - Article L. 323-6, 4°. - Objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. - Principe de légalité des délits et des peines. - Droit à un recours effectif. - Principe de réparation intégrale du préjudice. - Principe général de liberté. - Principe d'égalité. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la question est ainsi rédigée :

« L'article L. 323-6, 4°, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction applicable à la cause, méconnaît-il les articles 34 de la Constitution et des [lire "les"] articles 4, 5, 6, 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en sanctionnant de manière vague et imprécise "toute activité non autorisée" et en laissant ainsi une trop large marge d'appréciation à l'autorité judiciaire ? » ;

Attendu que la disposition législative contestée, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010, est applicable au litige ;

Qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu, d'abord, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu, ensuite, que si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ;

Et attendu, enfin, que l'attribution et le service des indemnités journalières à l'assuré ou à la victime d'un accident du travail se trouvant dans l'incapacité physique constatée par le médecin traitant de poursuivre ou de reprendre le travail sont subordonnés au respect par l'intéressé des obligations limitativement énumérées à l'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale, parmi lesquelles celle de s'abstenir de toute activité non autorisée, le bénéficiaire des indemnités journalières étant tenu, en cas d'inobservation volontaire de ces obligations, de restituer à l'organisme le montant des indemnités versées correspondantes, sous le contrôle de la juridiction du contentieux général, qui doit s'assurer notamment de l'adéquation de la mesure prononcée par l'organisme à l'importance de l'infraction commise par l'assuré ou la victime ; qu'il ne saurait être sérieusement soutenu, dès lors, que la disposition critiquée, suffisamment claire et précise pour que son interprétation, qui entre dans l'office du juge, échappe à tout arbitraire, méconnaît les principes de légalité des délits et des peines, énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, et du droit à un recours effectif, qui découle de l'article 16 du même texte, non plus que les exigences des autres dispositions de valeur constitutionnelle invoquées à l'appui de la question ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

2^e Civ. - 8 décembre 2016.

NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 16-17.567. - CA Orléans, 23 mars 2016.

M. Prétot, Pt (f.f.). - Mme Palle, Rap. - Mme Lapasset, Av. Gén. - SCP Zribi et Texier, SCP Foussard et Froger, Av.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N^o 484

Action civile

Préjudice. - Réparation. - Réparation intégrale. - Réparation sans profit pour la victime. - Portée.

En application des articles 2 et 3 du code de procédure pénale et de l'article 1382 du code civil, le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties.

Méconnaît ces textes et ce principe la cour d'appel qui, après avoir déclaré le prévenu coupable d'abus de biens sociaux pour avoir perçu, en sa qualité de directeur administratif et financier d'une société, des salaires exorbitants au regard des possibilités financières de l'entreprise, l'a condamné à payer au mandataire liquidateur de celle-ci une somme correspondant à l'intégralité des salaires perçus, alors que le préjudice subi ne pouvait être supérieur à l'excès de rémunération versée.

Crim. - 7 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N^o 15-86.731. - CA Aix-en-Provence, 13 octobre 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme de la Lance, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, Av.

N^o 485

Appel civil

Effet dévolutif. - Portée. - Jugement sur le fond. - Annulation. - Effet.

Le moyen tiré du refus d'annuler un jugement pour manquement à l'obligation d'impartialité est irrecevable devant la Cour de cassation dès lors que les parties ont conclu au fond devant la cour d'appel et que celle-ci, saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif, devait donc statuer au fond.

3^e Civ. - 15 décembre 2016.

REJET

N^o 15-22.416. - CA Saint-Denis de la Réunion, 20 mars 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Barbieri, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, M^e Haas, Av.

N^o 486

Appel correctionnel ou de police

Action civile. - Effet dévolutif. - Étendue. - Examen des dispositions civiles. - Appel d'un jugement ayant renvoyé

l'affaire sur les intérêts civils à une audience ultérieure. - Condamnation du prévenu au paiement de sommes en réparation du préjudice. - Possibilité (non).

Il résulte de l'article 520 du code de procédure pénale que la cour d'appel ne peut évoquer les points du litige relatif à l'action civile qui n'ont pas été tranchés par les premiers juges que lorsque le renvoi devant ces derniers les exposerait à se contredire sur ce qu'ils avaient décidé.

Méconnaît cette disposition la cour d'appel qui, saisie de l'appel d'un jugement ayant déclaré un prévenu coupable des faits qui lui étaient reprochés et responsable du préjudice subi par la partie civile, renvoyant l'affaire sur les intérêts civils à une audience ultérieure, confirme le jugement en ses dispositions relatives à la culpabilité et, évoquant sur l'action civile, condamne le prévenu à payer à la partie civile diverses sommes en réparation de son préjudice.

Crim. - 2 novembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N^o 15-83.473. - CA Montpellier, 12 mai 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Ricard, Rap. - M. Cordier, P. Av. Gén. - SCP Boullez, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

N^o 487

Assurance de personnes

Assurance de groupe. - Souscripteur. - Obligations. - Obligation de conseil. - Étendue. - Vérification de l'adéquation des produits proposés avec la situation personnelle et les attentes du client.

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des dispositions de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, une cour d'appel qui rejette l'action en responsabilité de l'adhérent à un contrat collectif d'assurance sur la vie sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'établissement de crédit, souscripteur de ce contrat d'assurance de groupe et prestataire de services d'investissement, avait, lors de l'adhésion au contrat en cause, satisfait à son obligation de s'assurer de l'adéquation des produits proposés avec la situation personnelle et les attentes de son client.

2^e Civ. - 8 décembre 2016.

CASSATION

N^o 14-29.729. - CA Poitiers, 3 octobre 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Gelbard-Le Dauphin, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Matuchansky, Poupot et Valdélièvre, SCP Lévis, Av.

N^o 488

Assurance de personnes

Assurance-vie. - Souscripteur. - Information du souscripteur. - Note d'information sur les dispositions essentielles du contrat. - Contenu. - Détermination. - Portée.

N'est pas conforme aux prescriptions de l'article L. 132-5-2 du code des assurances la note d'information qui reprend l'intégralité des conditions générales, à l'exception d'une annexe, dès lors qu'elle ne se borne pas à énoncer les informations essentielles du contrat.

Doit en conséquence être censuré l'arrêt de la cour d'appel qui considère qu'il importe peu que le document intitulé « conditions générales » contienne les mêmes informations que celles figurant dans la note d'information, dès lors que cette dernière contient toutes les informations requises.

2^e Civ. - 8 décembre 2016.

CASSATION

N^o 15-26.086. - CA Versailles, 8 octobre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Isola, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Rousseau et Tapie, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RGDA 2017, p. 135, note Luc Mayaux.

N^o 489

Atteinte à l'autorité de l'État

Atteinte à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique. - Manquement au devoir de probité. - Corruption passive. - Éléments constitutifs. - Éléments matériels. - Acte relevant de sa fonction ou facilité par elle. - Définition.

La cession des parts qu'il détient dans la société civile professionnelle au sein de laquelle il exerce son activité ne constitue pas, pour un notaire, un acte relevant de ses fonctions ou facilitées par elles au sens de l'article 432-11, 1^o, du code pénal.

Crim. - 7 décembre 2016.

REJET

N^o 16-81.698. - CA Nîmes, 15 janvier 2016.

M. Guérin, Pt. - Mme Planchon, Rap. - M. Lagauche, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N^o 490

Atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne

Atteinte volontaire à l'intégrité de la personne. - Harcèlement moral. - Éléments constitutifs. - Condition préalable. - Relation de travail. - Détermination.

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à suivre du chef de harcèlement moral au travail, régi par l'article 222-33-2 du code pénal, relève que la partie civile exerçait son activité de manière indépendante par rapport au mis en cause et qu'ainsi, les faits allégués ne s'inscrivaient pas dans une relation de travail entre eux.

Crim. - 13 décembre 2016.

REJET

N^o 16-81.253. - CA Paris, 12 janvier 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Ascensi, Rap. - M. Lagauche, Av. Gén.

N^o 491

Atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne

Atteinte volontaire à l'intégrité de la personne. - Harcèlement moral. - Éléments constitutifs. - Éléments intentionnel. - Faute intentionnelle de l'employeur. - Distinction. - Portée.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, après avoir déclaré le prévenu coupable de harcèlement moral dans le cadre du travail, déboute la caisse primaire d'assurance maladie, partie civile, de ses demandes indemnitaires, dès lors que l'élément intentionnel de ce délit ne se confond pas avec la faute intentionnelle, au sens de l'article L. 452-5 du code de la sécurité sociale, fondement des demandes, qui suppose qu'il soit établi que l'auteur a voulu le dommage survenu à la victime du fait de ses agissements.

Crim. - 13 décembre 2016.

REJET

N^o 15-81.853. - CA Chambéry, 19 novembre 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Larmanjat, Rap. - M. Lagauche, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Le Bret-Desaché, Av.

N^o 492

Avocat

Barreau. - Inscription au tableau. - Conditions particulières. - Article 98 du décret du 27 novembre 1991. - Activité juridique exercée sur le territoire national. - Nécessité. - Article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. - Libre circulation des travailleurs. - Compatibilité.

L'exigence d'une activité juridique exercée sur le territoire national pour bénéficier de la dispense de formation et de diplôme prévue à l'article 98 du décret du 27 novembre 1991 n'est pas contraire à l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dès lors que cette réglementation se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général de protection des justiciables, qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'exigeant des connaissances et qualifications de nature à protéger les droits de la défense et la bonne administration de la justice, elle n'excède pas ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

1^{re} Civ. - 14 décembre 2016.

REJET

N^o 14-25.800. - CA Aix-en-Provence, 26 juin 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Wallon, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, SCP Zribi et Texier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1435, et II, 167, note Jacques Pertek.

N^o 493

Avocat

Barreau. - Inscription au tableau. - Conditions particulières. - Article 98, 4^o, du décret du 27 novembre 1991. - Fonctionnaires de catégorie A. - Acquisition des connaissances nécessaires à l'exercice de la profession d'avocat. - Connaissances en droit national. - Nécessité. - Article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. - Libre circulation des travailleurs. - Compatibilité.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, l'ensemble des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives à la libre circulation des personnes vise à faciliter l'exercice des

activités professionnelles de toute nature sur le territoire de l'Union et s'oppose aux mesures qui pourraient défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre État membre.

Il résulte de la même jurisprudence qu'une mesure qui entrave la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement ne peut être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le Traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition que l'application d'une telle mesure soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (arrêt du 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard ; arrêt du 10 mars 2011, C-379/09, Casteels, points 21 et 22 ; arrêt du 8 novembre 2011, C-461/11, Radziejewski, point 33).

En conséquence, la cour d'appel, qui :

- rappelle que les dispositions de l'article 98, 4^o, du décret du 27 novembre 1991, qui présentent un caractère dérogatoire aux règles d'accès à la profession d'avocat, telles qu'elles sont fixées par la loi, sont d'interprétation stricte ;

- considère que la dispense de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat implique que le candidat ait acquis les connaissances nécessaires à l'exercice d'une pratique professionnelle donnée, qui incluent nécessairement l'application du droit national, lequel, s'il comprend un grand nombre de règles du droit de l'Union européenne, conserve néanmoins une spécificité et ne se limite pas à ces seules règles ;

- retient qu'une telle restriction, qui ne constitue pas une discrimination, est justifiée par la nécessité de garantir au justiciable une défense pertinente et efficace et que les personnes originaires d'autres États membres de l'Union européenne ou de pays tiers peuvent accéder à la profession d'avocat en France, dès lors qu'elles justifient de leur aptitude à exercer celle-ci conformément aux conditions générales fixées par l'article 11 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ;

- et qui fait ainsi ressortir que la mesure en cause se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général de protection des justiciables contre le préjudice qu'ils pourraient subir du fait de services fournis par des personnes qui n'auraient pas les qualifications professionnelles nécessaires et que cette mesure, exigeant des connaissances et qualifications de nature à protéger les droits de la défense et la bonne administration de la justice, est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre,

décide à bon droit qu'une demande d'admission au barreau, sous le bénéfice de la dispense de formation et de diplôme prévue à l'article 98, 4^o, du décret du 27 novembre 1991, doit être rejetée.

1^{re} Civ. - 14 décembre 2016.

REJET

N° 15-26.635. - CA Paris, 10 septembre 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Truchot, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1434, et II, 167, note Jacques Pertek. Voir également le D. 2016, somm., p. 2579.

N° 494

Avocat

Responsabilité. - Dommage. - Réparation. - Caractères du préjudice. - Perte d'une chance. - Chance réelle et sérieuse. - Évaluation des préjudices. - Limitation du préjudice aux seuls honoraires (non).

Toute perte de chance ouvre droit à réparation.

Viola ce principe l'arrêt qui, retenant que le client échoue à démontrer que les fautes commises par l'avocat lui ont fait perdre une chance réelle et sérieuse d'avoir pu obtenir, ne serait-ce que partiellement, le remboursement de sa créance, limite l'indemnité allouée au montant des seuls honoraires versés.

1^{re} Civ. - 14 décembre 2016.

CASSATION

N° 16-12.686. - CA Paris, 15 décembre 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Teiller, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, somm., p. 6.

N° 495

Avocat

Secret professionnel. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Lettre produite en justice par le client. - Applications diverses.

Le secret des correspondances adressées par un avocat à ses clients ne s'impose pas à ces derniers, chacun d'eux pouvant décider de produire en justice les lettres échangées, dès lors qu'elles se rapportent à un seul et même dossier, dans lequel l'avocat intervenait au soutien de leurs intérêts convergents, ceux-ci participant à une opération commune dont ils connaissaient l'un et l'autre l'ensemble des éléments.

1^{re} Civ. - 14 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-27.349. - CA Nancy, 7 septembre 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Wallon, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 496

Bail commercial

Prix. - Révision. - Clause d'échelle mobile. - Calcul de la variation de plus d'un quart. - Modalités. - Détermination.

Pour vérifier les conditions d'application de l'article L. 145-39 du code de commerce, il faut comparer au prix précédemment fixé par l'accord des parties, hors indexation, le loyer obtenu par le jeu de la clause d'indexation, et non le loyer effectivement payé.

3^e Civ. - 15 décembre 2016.

REJET

N° 15-27.148. - CA Versailles, 29 octobre 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Provost-Lopin, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. E, Act., n° 5, et II, 1059, note Bastien Brignon. Voir également la Rev. loyers 2017, p. 66, note Christine Quément.

N° 497

Bail commercial

Renouvellement. - Nouveau bail. - Clauses et conditions. - Prix. - Révision. - Clause d'échelle mobile. - Calcul de la variation de plus d'un quart. - Loyer. - Définition.

Après le renouvellement d'un bail commercial, le loyer permettant d'apprécier l'existence d'une variation d'un quart ouvrant l'action en révision de l'article L. 145-39 du code de commerce est le loyer tel qu'arrêté lors du renouvellement qui a fait naître un nouveau bail.

3^e Civ. - 15 décembre 2016.

REJET

N° 15-23.069. - CA Paris, 20 mai 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Andrich, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Delaporte et Briard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. E, II, 1059, note Bastien Brignon. Voir également la Rev. loyers 2017, p. 63, note Hanan Chaoui.

N° 498

Bail commercial

Renouvellement. - Refus. - Droit de repentir. - Exercice. - Délai. - Point de départ. - Arrêt rectificatif. - Absence d'influence.

Un arrêt rectificatif, qui rectifie une erreur purement matérielle affectant le dispositif d'un précédent arrêt sur le montant de l'indemnité d'éviction, n'ouvre pas un nouveau délai pour l'exercice du droit de repentir.

3^e Civ. - 15 décembre 2016.

REJET

N° 15-28.786. - CA Paris, 30 septembre 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Corbel, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Delaporte et Briard, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

N° 499

Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Congé. - Validité. - Conditions. - Motif. - Contrôle par le juge. - Loi du 24 mars 2014 modifiant l'article 15. - Application dans le temps.

Les dispositions de l'article 15 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, telles que modifiées par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, promulguée le 27 mars 2014, ne s'appliquent pas à un congé ayant produit ses effets légaux avant leur entrée en vigueur.

3^e Civ. - 1^{er} décembre 2016.

REJET

N° 15-19.915. - CA Paris, 16 avril 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Andrich, Rap. - SCP Le Bret-Desaché, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 500

Bourse

Prestataire de services d'investissement. - Marché réglementé. - Règles du marché Euronext. - Instrument financier. - Radiation. - Conditions. - Détermination.

L'article L. 421-15, II, du code monétaire et financier s'applique non seulement aux radiations prononcées à l'initiative de l'entreprise de marché mais également aux demandes de radiation émanant d'un émetteur, et il résulte de l'application combinée de ces dispositions et de celles de l'article 6905/1 (i) du livre I des règles harmonisées du marché d'Euronext, dans leur rédaction applicable, que la société Euronext Paris ne peut prononcer la radiation d'un instrument financier précédemment admis à la négociation que si, tout à la fois, cet instrument ne remplit plus les conditions d'admission fixées par les règles de marché et sa radiation n'est pas susceptible de léser de manière significative les intérêts des investisseurs ni de compromettre le fonctionnement ordonné du marché.

Les critères prévues par l'article 6905/1 (ii) des règles de marché Euronext ne sont applicables que dans le cas d'une radiation à l'initiative de l'entreprise de marché.

Com. - 6 décembre 2016.

REJET

N° 15-10.275. - CA Paris, 16 septembre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - M. Contamine, Rap. - M. Mollard, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Ohl et Vexliard, SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. E, II, 1075, note Patrick Brignon.

N° 501

Cassation

Arrêt. - Rabat. - Condition.

Doit être rejetée une requête en rabat d'une décision de la Cour de cassation rendue au visa de l'article 1014 du code de procédure civile, fondée sur une omission de statuer résultant d'une absence, dans un rapport écrit du conseiller rapporteur, de réponse à un des moyens du pourvoi, dès lors que l'omission de statuer ne peut résulter du rapport mais seulement de la décision, prononcée après débats à l'audience.

3^e Civ. - 15 décembre 2015.

REJET DE LA REQUÊTE

N° 14-17.665. - CA Basse-Terre, 24 mars 2014.

M. Chauvin, Pt. - Mme Andrich, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Bénabent et Jéhannin, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, Av.

N° 502

Cassation

Jurisdiction de renvoi. - Saisine. - Déclaration de saisine. - Procédure avec représentation obligatoire. - Remise par voie électronique. - Obligation. - Portée.

Il résulte des articles 631 et 1032 du code de procédure civile qu'en cas de renvoi après cassation, l'instance se poursuit devant la juridiction de renvoi, qui est saisie par une déclaration à son secrétariat.

En application de l'article 930-1 du même code, régissant la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de la procédure sont remis à la juridiction par voie électronique. L'obligation, découlant sans ambiguïté de ces textes, de remettre par voie électronique la déclaration de saisine à la juridiction de renvoi ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir exactement retenu que la communication électronique était devenue obligatoire pour tous les actes de la procédure d'appel avec représentation obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2013, sans aucune distinction selon la date de la déclaration d'appel initiale, décide que la déclaration de saisine de la cour de renvoi après cassation faite par un courrier adressé à son greffe après cette date était irrecevable.

2^e Civ. - 1^{er} décembre 2016.

REJET

N° 15-25.972. - CA Rennes, 18 juin 2015.

Mme Flise, Pt. - M. de Leiris, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1409, note Hervé Croze.

N° 503

Cassation

Pourvoi. - Mémoire. - Mémoire personnel. - Production. - Demandeur non condamné pénalement. - Transmission directe au greffe de la Cour de cassation. - Recevabilité.

Il résulte des articles préliminaire du code de procédure pénale, 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et 58, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse que le prévenu non condamné pénalement peut, comme la partie civile, quand il est demandeur au pourvoi, user du bénéfice de l'article 585 du code de procédure pénale et transmettre directement son mémoire au greffe de la Cour de cassation sans le ministère d'un avocat à ladite Cour.

Crim. - 13 décembre 2016.

REJET

N° 16-80.812. - CA Basse-Terre, 8 décembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Bonnal, Rap. - M. Desportes, Av. Gén.

N° 504

Circulation routière

Conduite sous l'empire d'un état alcoolique. - État alcoolique. - Preuve. - Éthylomètre. - Mesures du taux d'alcoolémie. - Second contrôle. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour écarter une exception de nullité tirée de l'absence d'un second contrôle de l'alcoolémie d'un conducteur en état d'ébriété, retient d'une part que les vérifications d'alcoolémie ont été effectuées conformément aux articles L. 234-4, L. 234-5 et R. 234-4 du code de la route et d'autre part que le second contrôle prévu par l'article R. 234-4, 2°, dudit code n'a pas été sollicité et n'avait pas à être opéré d'office par l'officier ou l'agent de police judiciaire.

Crim. - 6 décembre 2016.

REJET

N° 15-86.619. - CA Angers, 6 octobre 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Schneider, Rap. - Mme Le Dimna, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 505

Chose jugée

Maxime *non bis in idem*. - Identité de faits. - Condamnation pour abus de biens sociaux. - Poursuite ultérieure du chef de blanchiment (non).

Les faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes.

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour condamner un prévenu du chef de blanchiment, énonce que ce dernier a fait effectuer, par une société et au profit d'une autre, des virements correspondant à des prestations inexistantes, alors qu'elle juge, par le même arrêt, que ces virements sont constitutifs du délit d'abus de biens sociaux, dont elle déclare le même prévenu coupable.

Crim. - 7 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-87.335. - CA Bordeaux, 19 novembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Germain, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2572.

N° 506

Conflit collectif du travail

Grève. - Grève dans les entreprises de transport aérien de passagers. - Droit de grève. - Exercice. - Déclaration

individuelle d'intention de grève. - Forme. - Liste collective de déclaration d'intention de grève. - Licéité. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Si, en application de l'article L. 1114-3 du code des transports, en cas de grève et pendant toute la durée du mouvement, les salariés dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols doivent informer, au plus tard quarante-huit heures avant de participer à la grève, le chef d'entreprise ou la personne désignée par lui de leur intention d'y participer, cette formalité d'information n'est soumise à aucune règle de forme dès lors qu'elle permet à l'exploitant des transports aériens d'être informé des absences des salariés souhaitant s'associer au mouvement de grève.

Doit être approuvé l'arrêt qui, ayant constaté que la liste collective des déclarations d'intention de grève était signée par chaque salarié souhaitant cesser le travail et mentionnait pour chacun d'eux l'heure du début de sa participation au mouvement de grève, a dit que cette déclaration collective était licite et que les communiqués diffusés par les employeurs constituaient un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser.

Soc. - 8 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-16.999. - CA Paris, 23 février 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Duvallet, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - M^e Carbonnier, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1024, note François Duquesne.

N° 507

Conflit collectif du travail

Grève. - Grève des services publics. - Fin. - Date. - Détermination. - Autorité habilitée. - Portée.

Si, dans les services publics, la grève doit être précédée d'un préavis donné par un syndicat représentatif et si ce préavis, pour être régulier, doit mentionner l'heure du début et de la fin de l'arrêt de travail, les salariés, qui sont seuls titulaires du droit de grève, ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée indiquée par le préavis.

Il en résulte que la seule constatation de l'absence de salariés grévistes ne permet pas à l'employeur, même en cas de préavis de durée illimitée, de déduire que la grève est terminée, cette décision ne pouvant être prise que par le ou les syndicats représentatifs ayant déposé le préavis de grève.

Soc. - 8 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-16.078. - CA Riom, 3 février 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Duvallet, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1024, note François Duquesne.

N° 508

Conflit de juridictions

Effets internationaux des jugements. - *Exequatur*. - Pouvoirs du juge de l'*exequatur*. - Révision au fond. - Impossibilité. - Applications diverses.

Il est interdit au juge de l'*exequatur* de procéder à la révision au fond de la décision étrangère.

Viola l'article 36 de l'Accord de coopération en matière de justice signé entre la France et la Côte d'Ivoire le 24 avril 1961 et l'article 370-3 du code civil la cour d'appel qui, pour refuser

N° 511

l'*exequatur* à une décision ivoirienne d'adoption plénière, retient l'irrégularité du consentement donné par les parents biologiques, alors que la violation de l'article 370-3 du code civil ne peut être opposée à l'*exequatur* d'un jugement d'adoption.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.

CASSATION

N° 16-23.471. - TGI Nanterre, 7 juillet 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Hascher, Rap. - SCP Foussard et Froger, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1408, note François Mailhé. Voir également le JCP 2017, éd. G, chron. 186, spéc. n° 14, note Michel Farge.

N° 509

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Entreprise en difficulté. - Sauvegarde. - Organes de la procédure. - Représentant des salariés. - Désignation. - Carence. - Procès-verbal de carence. - Contestation. - Délai. - Point de départ. - Détermination.

Le délai de forclusion de deux jours prévu par l'article R. 621-15 du code de commerce pour contester le procès-verbal de carence, établi conformément à l'article R. 621-14 du code de commerce, lorsqu'aucun représentant des salariés dans la procédure collective ne peut être désigné ou élu, ne court qu'à compter de l'accomplissement de la formalité de dépôt de ce procès-verbal au greffe du tribunal de commerce.

Soc. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 16-10.826. - TI Sedan, 14 janvier 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Slove, Rap. - Mme Berriat, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 466. Voir également le JCP 2017, éd. S, II, 1031, note Laurence Fin-Langer.

N° 510

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Modification dans la situation juridique de l'employeur. - Continuation du contrat de travail. - Action en justice. - Exercice. - Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS). - Qualité pour agir. - Exclusion. - Fondement. - Portée.

En l'absence de fraude du salarié, l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS) ne dispose d'aucun droit propre en reconnaissance d'un transfert des contrats de travail, qui constitue un droit exclusivement attaché à la personne du salarié, et elle est irrecevable en ses demandes à ce titre.

Soc. - 8 décembre 2016.

REJET

N° 14-28.401. - CA Saint-Denis de la Réunion, 30 juin 2014.

M. Frouin, Pt. - M. Chauvet, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, M^e Balat, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Didier et Pinet, SCP Foussard et Froger, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Ghestin, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Monod, Colin et Stoclet, M^e Occhipinti, M^e Rémy-Corlay, SCP Rousseau et Tapie, SCP Capron, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1032, note Laurence Fin-Langer.

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Modification dans la situation juridique de l'employeur. - Définition. - Transfert d'une entité économique autonome conservant son identité. - Entité économique. - Reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif. - Proposition aux salariés repris d'un contrat de droit public. - Refus du salarié. - Portée.

Il résulte de l'article L. 1224-3 du code du travail que lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires, et qu'en cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit, la personne publique appliquant les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat.

Il s'ensuit que, si la personne publique doit notifier au salarié la rupture du contrat de travail, le défaut de cette notification constitue seulement une irrégularité donnant droit à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi par le salarié.

Soc. - 8 décembre 2016.

REJET

N° 15-17.176. - CA Basse-Terre, 26 janvier 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Duvallet, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 469. Voir également la revue Dr. soc. 2017, p. 79, note Jean Mouly.

N° 512

Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Nullité. - Cas. - Dénonciation d'un harcèlement moral antérieurement au licenciement. - Portée.

Le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé.

Ayant retenu que le licenciement était nul comme prononcé en raison de la dénonciation de bonne foi par le salarié de faits de harcèlement moral, la cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait demandé sa réintégration, a exactement retenu qu'elle devait tenir compte du revenu de remplacement servi à celui-ci pendant la période s'étant écoulée entre le licenciement et la réintégration.

Soc. - 14 décembre 2016.

REJET

N° 14-21.325. - CA Paris, 21 mai 2014.

M. Frouin, Pt. - M. Rinuy, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 479. Voir également le JCP 2017, éd. E, Act., n° 22.

N° 513

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Applications diverses. - Loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011. - Suppression de l'emploi de clerc d'avoué. - Détermination. - Portée.

Dès lors qu'à la suite de la suppression des offices d'avoués, les tâches d'une salariée clerc collaborateur d'une société exerçant la profession d'avoué ont été reprises au titre du poste d'avocat collaborateur libéral nouvellement créée, il en résulte que l'emploi de la salariée a été supprimé et que son licenciement, survenu en conséquence directe de loi du 25 janvier 2011, est fondé sur une cause réelle et sérieuse.

Soc. - 8 décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 14-29.492. - CA Grenoble, 21 octobre 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Depelley, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 514

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Mesures d'accompagnement. - Contrat de sécurisation professionnelle. - Adhésion du salarié. - Protection en matière d'accident du travail ou maladie professionnelle. - Maintien. - Détermination. - Portée.

Bénéficie de la protection prévue par les articles L. 1226-9 et L. 1226-13 du code du travail le salarié qui est en arrêt de travail d'origine professionnelle à la date d'expiration du délai dont il dispose pour prendre parti sur la proposition d'un contrat de sécurisation professionnelle.

Ne caractérise pas l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à la maladie et à l'accident l'adhésion du salarié à un tel contrat, laquelle constitue une modalité du licenciement pour motif économique.

Soc. - 14 décembre 2016.
REJET

N° 15-25.981. - CA Paris, 30 septembre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Goasguen, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 478.

N° 515

Contrat de travail, rupture

Rupture conventionnelle. - Forme. - Convention signée par les parties. - Objet. - Indemnité spécifique. - Montant minimal. - Calcul. - Assiette. - Étendue. - Applications diverses. - Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972.

Selon l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972, l'indemnité de licenciement est calculée sur la moyenne mensuelle des appointements ainsi que des avantages et gratifications contractuels dont l'ingénieur ou cadre a bénéficié au cours de ses douze derniers mois précédant la notification du licenciement.

La cour d'appel, qui a constaté que l'avenant au contrat de travail signé par les parties stipulait, d'une part, le remboursement de frais professionnels, d'autre part, sous un V intitulé « Rémunération », divers éléments de rémunération, au nombre

desquels figuraient, outre un salaire fixe et un variable, des primes ainsi que l'obligation, pour le salarié, de s'acquitter à ses frais du montant de l'impôt sur le revenu exigible au regard de la législation française et, pour l'employeur, de payer dans le pays d'accueil l'intégralité de l'impôt relatif aux revenus salariaux, en a exactement déduit que cette dernière obligation constituait, non pas un remboursement de frais, mais un avantage contractuel qui devait entrer dans l'assiette de calcul de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle devant être au moins égale à l'indemnité de licenciement prévue par cet article 29.

Soc. - 1^{er} décembre 2016.
REJET

N° 15-15.100. - CA Paris, 11 février 2015.

M. Frouin, Pt. - M. Belfanti, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 516

Contrat de travail, rupture

Rupture conventionnelle. - Forme. - Convention signée par les parties. - Validité. - Conditions. - Entretien préalable. - Tenue. - Nécessité. - Portée.

Si le défaut du ou des entretiens prévus par l'article L. 1237-12 du code du travail, relatif à la conclusion d'une convention de rupture, entraîne la nullité de la convention, c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence.

Soc. - 1^{er} décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 15-21.609. - CA Toulouse, 22 mai 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Ducloz, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1352, note Emeric Jeansen. Voir également le JCP 2017, éd. S, II, 1005, note Grégoire Loiseau, la revue Dr. soc. 2017, p. 82, note Jean Mouly, et le D. 2017, chron. p. 235, note Fanélie Ducloz.

Note sous Soc., 1^{er} décembre 2016, n° 516 ci-dessus

Par la présente décision, la chambre sociale de la Cour de cassation poursuit sa construction jurisprudentielle relative à la rupture conventionnelle, mode de rupture bilatérale du contrat de travail voulu par les partenaires sociaux dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et consacré par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

En application des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail, les parties conviennent du principe d'une rupture conventionnelle du contrat de travail « *lors d'un ou plusieurs entretiens* ».

Elles signent, pour ce faire, une convention de rupture et disposent, à compter de la date de la signature de cette convention, d'un délai de rétractation de quinze jours calendaires.

En l'absence de rétractation, la partie la plus diligente sollicite, à l'issue de ce délai, l'homologation de la convention de rupture auprès de l'administration, la rupture du contrat de travail ne pouvant intervenir avant le lendemain de l'autorisation donnée par l'administration.

Dans la présente espèce, le salarié et l'employeur avaient signé une convention de rupture qui avait été homologuée par l'administration, aucune des parties n'ayant usé de sa faculté de rétractation.

La convention de rupture mentionnait la tenue de deux entretiens.

Le salarié, soutenant qu'aucun entretien n'avait eu lieu, avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande en nullité de la convention de rupture.

La cour d'appel a fait droit à la demande du salarié au motif que les pièces produites par l'employeur pour attester de la réalité des entretiens mentionnés sur la convention de rupture n'étaient pas probantes.

La question de droit posée par le pourvoi était double :

- le défaut d'entretien relatif à la conclusion d'une convention de rupture est-il une cause de nullité de la convention de rupture ?
- qui supporte la charge de la preuve de la tenue de cet entretien ?

La chambre sociale de la Cour de cassation y répond en jugeant que « *si le défaut du ou des entretiens prévus par [l'article L. 1237-12] du code du travail, relatif à la conclusion d'une convention de rupture, entraîne la nullité de la convention, c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence* ».

Il résulte des termes de l'article L. 1237-12 du code du travail que les parties au contrat conviennent du principe d'une rupture conventionnelle « *lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister* ».

Cette rédaction n'est source d'aucune ambiguïté en ce qu'il est clair qu'elle fait du ou des entretiens une condition substantielle de la rupture conventionnelle et prolonge d'ailleurs l'article qui précède, selon lequel la rupture conventionnelle « *est soumise aux dispositions de la [...] section ["Rupture conventionnelle"] destinées à garantir la liberté du consentement des parties* ». En d'autres termes, l'entretien (ou les entretiens) précédant la conclusion d'une convention de rupture est l'une des mesures voulues tant par les partenaires sociaux que par le législateur pour garantir la liberté du consentement des parties.

Cela se comprend bien compte tenu de la nature de ce mode de rupture, telle qu'elle découle du texte de l'article L. 1237-11, précité, qui l'introduit : l'employeur et le salarié peuvent « *convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie* ». La rupture conventionnelle, « *exclusive du licenciement et de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties* ». Il suit de ces dispositions que la rupture conventionnelle procède, non de la volonté unilatérale d'une partie, mais d'une volonté commune qui doit par là même être concertée, ce qui suppose une rencontre et une discussion, et donc un ou plusieurs entretiens. Au surplus, cette rencontre et cet entretien sont impliqués par la circonstance que les parties ne doivent pas seulement convenir du principe de la rupture (commune) mais également de ses conditions, et notamment de la détermination de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle.

Il suit de ces éléments que même si l'entretien prévu n'est soumis à aucun formalisme (Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.594, *Bull.* 2014, V, n° 39 ; Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.268, *Bull.* 2013, V, n° 178), il doit exister, et cela, à peine de nullité de la rupture conventionnelle.

En revanche, si l'une des parties à la convention argue de l'absence d'entretien, c'est à celle qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence.

La rupture conventionnelle étant une rupture bilatérale du contrat de travail, il n'y avait pas lieu, sauf à nier ce caractère bilatéral, de faire peser la preuve de l'entretien exclusivement sur l'employeur.

Cela se serait inéluctablement traduit, dans les faits, par l'envoi par l'employeur d'une convocation à un entretien aux fins de signer une convention de rupture, à l'instar de ce qui est prévu en matière de licenciement, ce qui aurait *de facto* imposé un formalisme ni voulu par les partenaires sociaux, ni prévu par le législateur.

Il sera en outre observé qu'en pratique, la tenue d'un ou de plusieurs entretiens figure sur le formulaire de la convention de rupture, puisqu'il s'agit de l'un des points de contrôle auquel se livre l'administration avant d'homologuer la convention.

La signature, comme en l'espèce, par le salarié et l'employeur d'une convention de rupture sur laquelle est mentionnée la tenue

d'au moins un entretien laisse ainsi présumer son existence, et c'est à la partie qui soutient qu'il n'a, en définitive, pas eu lieu de renverser cette présomption.

La présente décision de la chambre sociale de la Cour de cassation fait écho à ce que juge la première chambre civile en matière de droit de la consommation : la reconnaissance écrite, par l'emprunteur, dans le corps de l'offre préalable, de la remise d'un bordereau de rétractation détachable joint à cette offre laisse présumer la remise effective de celui-ci. Dès lors, la cour d'appel qui constate que l'emprunteur a souscrit une telle reconnaissance en déduit exactement que ce dernier, faute pour lui d'apporter la preuve de l'absence de remise du bordereau ou, à défaut, de son caractère irrégulier, ne peut se prévaloir de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur (1^{re} Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n° 12-14.122, *Bull.* 2013, I, n° 7).

N° 517

Contravention

Preuve. - Procès-verbal. - Force probante. - Preuve contraire. - Modes de preuve. - Article 537 du code de procédure pénale. - Preuve par écrit ou par témoins. - Écrit - Ticket horodateur (oui). - Éléments suffisants. - Appréciation. - Détermination.

Un ticket horodateur constitue un écrit au sens de l'article 537 du code de procédure pénale.

Est justifié le jugement de la juridiction de proximité qui, pour retenir le contrevenant dans les liens de la prévention et écarter son argumentation selon laquelle, en produisant l'original d'un ticket horodateur valable aux date et heure des contestations de l'agent municipal, il établissait la preuve de ce qu'il avait dûment payé la redevance, relève que le ticket produit, qui justifiait certes du paiement, a pu être acquis pour un autre véhicule, le numéro d'immatriculation de celui ayant donné lieu à la verbalisation n'y étant pas mentionné.

Crim. - 13 décembre 2016.

REJET

N° 15-86.915. - Juridiction de proximité de Villefranche-sur-Saône, 8 octobre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Barbier, Rap. - M. Desportes, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2017, comm. 29, note Albert Maron et Marion Haas.

N° 518

Contrôle judiciaire

Obligations. - Obligation de fournir un cautionnement. - Cautionnement. - Finalités. - Réparation des dommages causés par l'infraction. - Mise en examen du chef de blanchiment. - Garantie du paiement d'une dette alimentaire (non).

Il résulte de l'article 142 du code de procédure pénale que le juge d'instruction, lorsqu'il fixe le montant du cautionnement auquel il astreint une personne mise en examen, tient compte de l'emploi qui en sera fait, en cas de déclaration de culpabilité de celle-ci, en prévoyant qu'il sera notamment affecté, lorsque des poursuites sont engagées contre cette dernière pour défaut de paiement d'une dette alimentaire, à la garantie du paiement de cette dette.

L'article 800-1 du même code prévoit que les frais de justice correctionnelle sont à la charge de l'État et sans recours envers les condamnés.

Encourt en conséquence la censure l'arrêt qui affecte une partie du cautionnement à la garantie du paiement d'une dette alimentaire, alors que la personne qui en fait l'objet n'a pas été mise en

examen pour défaut de paiement d'une telle dette, et une autre partie à celle du règlement des frais de justice correctionnelle, alors que ces frais sont à charge de l'État.

Crim. - 7 décembre 2016.

CASSATION

N° 16-85.471. - CA Paris, 16 août 2016.

M. Guérin, Pt. - Mme Zerbib, Rap. - M. Valat, Av. Gén.

N° 519

Conventions internationales

Accords et conventions divers. - Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne. - Domaine d'application. - Echange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membre de l'Union. - Remise spontanée en dehors d'une demande officielle d'entraide. - Remise à un juge d'instruction français par un policier allemand. - Écoutes téléphoniques judiciaires réalisées en Allemagne.

La remise spontanée, en dehors d'une demande officielle d'entraide, par un policier allemand à un juge d'instruction français, d'écoutes téléphoniques judiciaires réalisées en Allemagne pouvant contribuer à l'identification de l'auteur d'un meurtre est conforme aux articles 7 de la Convention européenne du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, et de la décision-cadre du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union, transposé en droit interne à l'article 695-9-38 du code de procédure pénale, et ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense.

Crim. - 19 octobre 2016.

REJET

N° 16-81.920. - CA Aix-en-Provence, 7 mars 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Mondon, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Pénal 2016, p. 595, note Jean-Baptiste Thierry.

N° 520

Conventions internationales

Accords et conventions divers. - Convention de La Haye du 25 octobre 1980. - Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. - Article 13, b. - Non-retour de l'enfant. - Obligation d'ordonner le retour de l'enfant. - Exclusion. - Cas. - Exposition de l'enfant à un risque grave de danger physique ou psychique. - Caractérisation. - Défaut. - Applications diverses.

Il résulte de l'article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable. Selon l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dès lors, prive sa décision de base légale une cour d'appel qui, pour dire n'y avoir lieu à ordonner le retour au Canada d'un enfant illicitement déplacé, retient que, bien que les capacités éducatives du père ne soient pas sérieusement contestées, il est très pris par son activité professionnelle et que l'enfant, très jeune, n'a jamais quitté sa mère et ne connaît pas son père.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.

CASSATION

N° 16-20.858. - CA Besançon, 8 janvier 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - M. Bernard de La Gatinais, P. Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, chron. 186, spéc. n° 16, note Michel Farge.

N° 521

Copropriété

Règlement. - Services de soins ou d'aide et d'accompagnement exclusivement liés à la personne. - Incompatibilité avec le statut de la copropriété. - Dispositions d'ordre public. - Application immédiate.

Les dispositions, d'ordre public, de l'article 41-1 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, issues de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, déclarant incompatible le statut de la copropriété avec l'octroi de services de soins ou d'aide et d'accompagnement exclusivement liés à la personne, sont d'application immédiate.

3^e Civ. - 1^{er} décembre 2016.

REJET

N° 15-12.114. - CA Pau, 28 octobre 2014.

M. Chauvin, Pt. - Mme Dagneaux, Rap. - Mme Guilguet-Pauthé, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Rev. loyers 2017, p. 39, note Vivien Zalewski-Sicard. Voir également la revue Ann. loyers, janvier-février 2017, p. 67, note Jean-Marc Roux, et la revue Loyers et copr. 2017, comm. 57, note Agnès Lebatteux.

N° 522

Cour d'assises

Arrêts. - Arrêt d'acquiescement. - Acquiescement partiel. - Appel. - Appel du ministère public. - Recevabilité. - Détermination.

Est irrecevable l'appel incident du procureur général formé, à l'égard d'un accusé, contre l'arrêt de condamnation d'une cour d'assises comportant un acquiescement partiel.

Seul est recevable un appel principal du procureur général, lequel ne doit pas être cantonné à une partie de la décision.

Crim. - 14 décembre 2016.

IRRECEVABILITÉ ET DÉSIGNATION DE JURIDICTION

N° 16-87.086. - Cour d'assises de la Côte-d'Or, 17 septembre 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Béghin, Rap. - M. Wallon, Av. Gén.

N° 523

Cour d'assises

Débats. - Demande de donné-acte. - Défaut de réponse. - Absence. - Constatations nécessaires. - Portée.

L'accusé dont l'avocat, lors de sa plaidoirie finale, a demandé qu'il lui soit donné acte de l'absence des scellés dans la salle d'audience n'est pas fondé à invoquer un défaut de réponse dès lors que, d'une part, le procès-verbal des débats met la Cour de cassation en mesure de s'assurer que le président a fait droit à cette demande, d'autre part, aucun incident contentieux n'a été soulevé à la suite de l'accomplissement de cette formalité.

Crim. - 14 décembre 2016.

REJET

N° 15-86.303. - Cour d'assises de Mayotte, 18 septembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Raybaud, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, Av.

N° 524

Cour d'assises

Débats. - Expertise. - Expert. - Serment. - Prestation de serment. - Constatations ou examens techniques. - Personnes qualifiées. - Obligation.

Les personnes qualifiées procédant, au cours d'une enquête préliminaire, à la demande du procureur de la République ou d'un officier de police judiciaire, à des constatations ou des examens techniques et scientifiques, en application de l'article 77-1 du code de procédure pénale, sont soumises à la prestation de serment prévue par l'article 60 du même code et doivent prêter, devant la cour d'assises, le serment des experts, en application des articles 168 et 169-1.

Crim. - 19 octobre 2016.
REJET

N° 15-83.937. - Cour d'assises de la Vienne, 1^{er} juin 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

N° 525

Cour d'assises

Débats. - Témoins. - Témoin cité par l'accusé. - Opposition à son audition. - Irrecevabilité. - Audition d'un praticien. - Motifs. - Détermination.

Devant la cour d'assises, le ministère public et la partie civile ne peuvent s'opposer à l'audition d'un médecin, témoin acquis aux débats, corédacteur à la demande de l'accusé d'un rapport d'observations sur l'origine des hématomes constatés par le médecin légiste, dès lors que l'audition de ce praticien a pour objet de fournir à la cour un avis sur l'origine des blessures de la victime et que l'avis technique sollicité est soumis à la discussion contradictoire.

Crim. - 14 décembre 2016.
CASSATION

N° 16-81.656. - Cour d'assises du Finistère, 2 et 3 décembre 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Draï, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 526

Crimes et délits flagrants

Flagrance. - Définition. - Indice apparent d'un comportement délictueux révélant l'existence d'infractions répondant à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale. - Contrôle routier. - Motif. - Renseignements transmis par des officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction pour d'autres faits. - Procédure. - Régularité. - Cas.

Est régulière la procédure de flagrant délit de recel établie alors qu'une information pour vol était ouverte, dès lors que l'existence d'indices apparents d'un comportement délictueux a été révélée lors de vérifications régulièrement opérées, à l'occasion d'un contrôle routier effectué conformément aux articles L. 233-2 et R. 233-1 du code de la route, sur renseignement des officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction saisi des seuls faits de vol.

Crim. - 6 décembre 2016.
REJET

N° 16-84.451. - CA Bourges, 24 juin 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Bellenger, Rap. - Mme Caby, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 527

Dénonciation calomnieuse

Faits dénoncés. - Faits de nature à entraîner une sanction. - Sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires. - Sanctions susceptibles d'être prononcées. - Contenu. - Détermination. - Nécessité.

Ne peut être réprimée, au titre de l'article 226-10, alinéa 1, du code pénal, que la dénonciation de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires.

Encourt la cassation l'arrêt qui ne s'explique pas sur la teneur des sanctions pouvant être prononcées.

Crim. - 14 décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 15-85.517. - CA Chambéry, 1^{er} juillet 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Carbonaro, Rap. - Mme Moracchini, Av. Gén. - SCP Le Griel, Av.

N° 528

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Fixation. - Critères. - Ressources et besoins des époux. - Détermination. - Éléments à considérer. - Exclusion. - Cas. - Allocation compensatrice tierce personne perçue en raison d'un enfant majeur à charge.

Pour déterminer si un époux peut bénéficier d'une prestation compensant la disparité que crée la rupture du mariage dans les conditions de vie respectives des époux, il ne doit pas être tenu compte, au titre de ses ressources, de l'allocation compensatrice tierce personne qu'il perçoit en raison d'un enfant majeur à charge.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 15-28.990. - CA Nancy, 23 octobre 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Mansion, Rap. - SCP Didier et Pinet, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

N° 529

Divorce, séparation de corps

Règles spécifiques au divorce. - Prestation compensatoire. - Versement. - Capital. - Modalités de paiement. - Délai pour le versement de la première fraction.

Selon l'article 275 du code civil, lorsque le débiteur de la prestation compensatoire n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues à l'article 274 du même code, le juge en fixe les modalités de paiement dans la limite de huit années sous forme de versements périodiques.

Le juge qui fait application de ce texte ne peut accorder un délai pour verser la première fraction.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 15-27.900. - CA Paris, 5 mars 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Bozzi, Rap. - SCP Bouloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Famille 2017, p. 66, note Jérôme Casey. Voir également le JCP 2017, éd. G, chron. 186, spéc. n° 9, note Hubert Bosse-Platière.

N° 530

Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Régularité. - Défaut. - Atteinte aux principes généraux du droit électoral. - Portée.

Il résulte de l'article R. 67 du code électoral que le procès-verbal des opérations électorales est rédigé dans la salle de vote, immédiatement après la fin du dépouillement, et en présence des électeurs, en deux exemplaires signés de tous les membres du bureau.

Le non-respect de cette formalité est de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et, s'agissant d'un principe général du droit électoral, constitue une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections.

Soc. - 7 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-26.096. - TI Lille, 13 octobre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - Mme Berriat, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, chron. p. 243, note Isabelle Nathalie Sabotier.

N° 531

Énergie

Électricité. - Électricité de France. - Personnel. - Statut. - Bénéfice. - Conditions. - Activité principale de l'employeur. - Critères. - Activité définie par le statut du personnel des industries électriques et gazières. - Détermination. - Portée.

Ayant constaté que l'activité principale d'une société était d'assurer à distance la supervision des installations des parcs éoliens et des centrales photovoltaïques, ces installations de production appartenant à d'autres sociétés qui assuraient la commercialisation des énergies produites et en percevaient les revenus, en contrepartie des investissements consentis, une cour d'appel a pu en déduire que cette activité n'entraîne pas dans le périmètre d'application du statut du personnel des industries électriques et gazières tel que défini par l'article 47 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, modifié par l'article 25 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010.

Soc. - 8 décembre 2016.

REJET

N° 14-20.002. - CA Versailles, 30 avril 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Sevaux et Mathonnet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1021, note Krysz Pagani.

N° 532

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Liquidation judiciaire. - Jugement. - Effets. - Clôture du compte courant de la société. - Solde du compte. - Exigibilité à l'égard de la caution.

Le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de la liquidation judiciaire de cette dernière, il en résulte que le solde de ce compte est exigible de la caution.

Com. - 13 décembre 2016.

REJET

N° 14-16.037. - CA Montpellier, 18 février 2014.

Mme Mouillard, Pt. - M. Marcus, Rap. - Mme Guinamant, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Zribi et Texier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, somm., p. 5. Voir également la Gaz. Pal. 2017, n° 8, p. 32, note Marie-Pierre Dumont-Lefrand.

N° 533

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

Liquidation judiciaire. - Réalisation de l'actif. - Immeuble. - Cession par adjudication. - Autorisation. - Ordonnance du juge-commissaire. - Publication au livre foncier. - Défaut. - Sanction. - Détermination.

Il résulte de la combinaison des articles R. 624-23 et R. 670-5 du code commerce et de l'article L. 341-1 du code des procédures civiles d'exécution, qui réservent l'application des règles du droit local en matière de saisie immobilière, que, si l'ordonnance du juge-commissaire produisant les effets du commandement valant saisie immobilière doit, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, être publiée au livre foncier, l'absence de publication de l'ordonnance dans les deux mois de sa signification n'est pas sanctionnée par sa caducité.

Com. - 13 décembre 2016.

REJET

N° 14-29.732. - CA Colmar, 24 octobre 2014.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Barbot, Rap. - Mme Guinamant, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, Av.

N° 534

État d'urgence

Perquisition. - Ordre administratif de perquisition. - Légalité. - Appréciation par les juridictions pénales. - Condition.

Dès lors qu'aux termes de l'article préliminaire du code de procédure pénale, les mesures de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire, les juridictions pénales sont compétentes, conformément à l'article 111-5 du code pénal, pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. Il en va ainsi lorsque de la régularité de ces actes dépend celle de la procédure.

Encourt la cassation l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour rejeter le moyen tiré de l'illégalité de l'ordre administratif d'une perquisition pris sur le fondement de l'article 11, 1°, de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et la requête en annulation des pièces de la procédure, retient que le contrôle de l'acte administratif par le juge pénal ne s'exerce que lorsque l'illégalité prétendue aurait pour effet d'enlever aux faits leur caractère punissable, alors que la chambre de l'instruction était compétente pour apprécier la légalité d'ordres de perquisition, qui déterminent la régularité de la procédure.

Crim. - 13 décembre 2016.

CASSATION

N° 16-84.794. - CA Lyon, 1^{er} juillet 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Parlos, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

L'avis de l'avocat général est paru au JCP 2017, éd. G, II, 141. Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Pénal 2017, p. 30, note Thomas Herran et Marion Lacaze. Voir également le D. 2017, p. 275, note Jean Pradel, et le JCP 2017, éd. G, II, 206, note Jacques-Henri Robert.

Note sous Crim., 13 décembre 2016, n° 534 ci-dessus

L'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, qui pose le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, ainsi que le décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795), qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard, fondent la coexistence de deux ordres de juridictions (judiciaires et administratives) et interdisent, en principe, aux juridictions judiciaires de contrôler la validité des actes administratifs. Cependant, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rapidement estimé qu'une dérogation devait être admise au profit du juge pénal pour lui permettre de disposer d'une plénitude de juridiction sur tous les points dont dépend l'application ou la non-application des sanctions (Crim., 3 août 1810, Procureur général impérial, S., 1809-1811, I, p. 224).

À la différence du Tribunal des conflits, pour lequel ce contrôle devait être limité aux actes réglementaires, la chambre criminelle a maintenu une jurisprudence traditionnelle selon laquelle les juges répressifs ont le pouvoir d'apprécier la légalité des actes tant réglementaires qu'individuels (Crim., 21 décembre 1961, Dame X..., D., 1962, p. 102, rapp. Costa ; JCP 1962, II, 12680, note Lamarque). Mais le juge pénal a-t-il aussi le pouvoir de contrôler la légalité d'un acte administratif qui, sans constituer le fondement des poursuites, détermine la régularité de la procédure judiciaire ?

Dès avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, la chambre criminelle de la Cour de cassation lui a reconnu cette compétence, la fondant sur la mission de gardien de la liberté individuelle dévolue au juge judiciaire par l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 (Crim., 25 avril 1985, pourvoi n° 85-91.324, Bull. crim. 1985, n° 159). L'article 111-5 du nouveau code pénal, selon lequel les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal, a consacré l'étendue des pouvoirs du juge répressif en matière de contrôle de la légalité des actes administratifs.

La chambre criminelle a été appelée à préciser les conditions d'exercice de cette compétence lors de l'examen de la régularité d'une procédure pénale diligentée à la suite d'une perquisition administrative effectuée sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

Alors qu'avaient été découverts, lors d'une perquisition administrative, des armes et des munitions, une chambre de l'instruction s'est déclarée incompétente pour connaître de l'exception d'illégalité de la perquisition. Elle a considéré que, le contrôle de l'acte administratif par le juge pénal ne pouvant s'exercer que lorsque l'illégalité prétendue aurait pour effet d'enlever aux faits leur caractère punissable, le juge ne pouvait apprécier que la légalité de l'acte administratif pénalement sanctionné dans le cadre du litige qui lui était soumis. Elle a ensuite indiqué qu'il était acquis que l'irrégularité éventuelle des ordres de perquisition aurait été sans incidence sur l'existence des délits poursuivis.

Par son arrêt du 13 décembre 2016, ici commenté, la chambre criminelle censure cette décision.

D'une part, elle rappelle les termes de l'article préliminaire du code de procédure pénale, selon lesquels « les mesures de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire ».

D'autre part, la chambre criminelle de la Cour de cassation énonce que les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en

apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis, et qu'il en va ainsi lorsque de la régularité de ces actes dépend celle de la procédure judiciaire subséquente.

Si les perquisitions administratives ordonnées sont des mesures de police administrative placées sous le contrôle du juge administratif, comme en toute autre matière, cette compétence s'exerce sans préjudice de celle conférée au juge pénal.

N° 535

Étranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Placement en rétention. - Collecte et traitement d'empreintes digitales. - Irrégularité. - Atteinte aux droits de l'étranger placé en rétention. - Caractérisation. - Défaut. - Portée.

Lorsqu'il constate une irrégularité des actes de procédure préalables au placement en rétention, il incombe au juge de rechercher si celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger, au sens de l'article L. 552-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Ce juge peut considérer qu'aucune atteinte à la vie privée de l'étranger ne résulte de l'absence d'information du procureur de la République sur une prise d'empreintes digitales qui a eu pour seul effet de confirmer l'identité de l'intéressé et de raccourcir la durée de la mesure de retenue pour vérification du droit de circulation ou de séjour.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 15-19.990. - CA Metz, 18 mai 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Gargoulaud, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, pan., p. 267, note Karine Parrot.

N° 536

Faux témoignage

Matière correctionnelle. - Témoignage. - Témoin anonyme. - Plainte. - Irrecevabilité. - Portée.

C'est à bon droit qu'une chambre de l'instruction confirme une ordonnance de non-lieu du chef de faux témoignage sous serment, s'agissant d'une personne ayant témoigné sous couvert d'anonymat en application de la procédure prévue par les articles 706-58 et suivants du code de procédure pénale et dont l'article 706-59 interdit la révélation de l'identité ou de l'adresse.

Les dispositions précitées ne sont par contraires aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que l'impossibilité de déposer plainte pour faux témoignage contre le témoin anonyme est compensée par la portée limitée conférée à l'audition de celui-ci, aucune condamnation ne pouvant être prononcée sur le seul fondement de cette dernière, et par le droit de la personne mise en cause de solliciter l'annulation dudit témoignage dans les conditions prévues par l'article 706-60 du code de procédure pénale.

Crim. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 15-87.290. - CA Bastia, 10 novembre 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Planchon, Rap. - M. Valat, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 537

Fonds de garantie

Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages. - Indemnisation. - Remboursement. - Recours subrogatoire. - Recours contre le tiers ayant contribué au dommage postérieurement à l'accident. - Possibilité. - Portée.

Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages qui, tenu de réparer les conséquences d'un accident, indemnise une victime de l'intégralité du dommage est subrogé dans les droits de celle-ci et peut exercer son action subrogatoire, en application de l'article 1251, 3^o, du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, à l'encontre d'une clinique et de médecins ayant, selon lui, contribué au dommage postérieurement à l'accident en raison d'une infection nosocomiale.

2^e Civ. - 8 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-27.748. - CA Pau, 29 septembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Isola, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Delvolvé et Trichet, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Gaschignard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 6, p. 43, note Claudine Bernfeld.

N° 538

Formation professionnelle

Apprentissage. - Contrat. - Rupture. - Modalités. - Résiliation judiciaire. - Procédure. - Conseil de prud'hommes statuant en la forme des référés. - Compétence. - Détermination. - Portée.

En vertu de l'article L. 6222-18 du code du travail, passé le délai de deux mois suivant la conclusion du contrat d'apprentissage, sa rupture, pendant le cycle de formation, ne peut intervenir que sur accord écrit signé des deux parties.

À défaut, la rupture du contrat conclu pour une durée limitée, ou, pendant la période d'apprentissage, du contrat conclu pour une durée indéterminée, ne peut être prononcée que par le conseil de prud'hommes, statuant en la forme des référés, en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations ou en raison de l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier auquel il voulait se préparer.

Avant l'entrée en vigueur de l'article R. 1455-12 du code du travail, introduit par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, seul le bureau de jugement du conseil de prud'hommes statuant au fond en la forme des référés pouvait prononcer la rupture du contrat d'apprentissage sollicitée, pendant le cycle de formation, par l'une ou l'autre des parties sur le fondement de l'article L. 6222-18 du code du travail.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui déclare que la formation de référé du conseil de prud'hommes est compétente, en application de l'article 492-1 du code de procédure civile, pour prononcer, par ordonnance de référé, la résiliation judiciaire du contrat d'apprentissage.

Soc. - 8 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-19.439. - CA Toulouse, 3 avril 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Prache, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1026, note Thibazult Lahalle.

N° 539

Impôts et taxes

Enregistrement. - Droits de mutation. - Mutation à titre gratuit. - Donations. - Don manuel. - Révélation volontaire. - Cas. - Don révélé par une vérification (non).

La découverte d'un don manuel lors d'une vérification de comptabilité d'une association, résulterait-elle de la réponse apportée par le contribuable à une question de l'administration formée à cette occasion, ne peut constituer une révélation par le donataire au sens de l'article 757 du code général des impôts.

Com. - 6 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-19.966. - CA Limoges, 26 mars 2015.

Mme Mouillard, Pt. - M. Gauthier, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Delaporte et Briard, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 5, p. 12, note Philippe Goni. Voir également le JCP 2017, éd. E, II, 1086, note Corinne Boismain.

N° 540

Impôts et taxes

Redressement et vérifications (règles communes). - Redressement contradictoire. - Notification. - Election de domicile auprès du mandataire. - Mandat donné par le contribuable. - Actes de la procédure. - Notification à l'adresse du contribuable. - Régularité. - Conditions. - Pli de notification retiré par le contribuable ou par l'un de ses préposés.

Si, sauf stipulation contraire, le mandat donné par un contribuable à un conseil ou tout autre mandataire, pour recevoir l'ensemble des actes de la procédure et y répondre, emporte élection de domicile auprès de ce mandataire, ce qui impose au service en charge de la procédure de redressement, lorsque le mandat a été porté à sa connaissance, d'adresser au mandataire l'ensemble des actes de la procédure, l'expédition de tout ou partie de ces actes au domicile ou au siège du contribuable est réputée régulière s'il est établi que le pli de notification a été effectivement retiré par le contribuable ou par l'un de ses préposés.

Com. - 6 décembre 2016.

REJET

N° 15-18.718. - CA Versailles, 19 mars 2015.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Bregon, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

N° 541

1^o Impôts et taxes

Redressement et vérifications (règles communes). - Visites domiciliaires (article L. 16 B). - Déroulement des opérations. - Irrégularité. - Personne pouvant l'invoquer. - Destinataire d'une correspondance. - Qualité. - Personne non visée par l'ordonnance d'autorisation. - Absence d'influence. - Saisie dans les locaux d'un tiers.

2^o Avocat

Secret professionnel. - Domaine d'application. - Correspondances d'avocat. - Factures d'honoraires jointes aux correspondances.

1^o Le destinataire d'une correspondance saisie en application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, fût-ce dans les locaux d'un tiers, a qualité et intérêt pour contester

la régularité des opérations de saisie, même s'il n'est pas visé par l'ordonnance d'autorisation comme auteur présumé des agissements frauduleux.

2° Viole les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et L. 16 B du livre des procédures fiscales le premier président qui, saisi d'un recours formé contre le déroulement des opérations de visite, confirme la saisie de factures d'honoraires d'avocat au motif qu'il ne s'agit que de pièces comptables émises par tout prestataire de services, alors qu'il était soutenu que ces factures étaient jointes à une correspondance d'avocat, de sorte qu'elles étaient en conséquence couvertes par le secret professionnel, sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre la correspondance elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes.

Com. - 6 décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 15-14.554. - CA Versailles, 19 février 2015.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Foussard et Froger, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. E, chron. 1077, spéc. n° 19 et 21, note Renaud Salomon, également publiées dans la Rev. dr. fiscal 2017, chron. 149, n° 7 et 8.

N° 542

Instruction

Droits de la défense. - Confrontation. - Obligation de communiquer de l'identité des témoins au mis en examen (non).

Il ne résulte d'aucune disposition du code de procédure pénale ni d'aucune disposition conventionnelle l'obligation pour le juge d'instruction de communiquer au mis en examen les noms des personnes avec lesquelles il veut le confronter.

Crim. - 14 décembre 2016.
REJET

N° 16-84.043. - CA Rouen, 13 mai 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Delaporte et Briard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2017, comm. 28, note Albert Maron et Marion Haas.

N° 543

Instruction

Mandat. - Mandat d'arrêt. - Exécution. - Présentation au juge mandant. - Délai. - Arrestation à plus de deux cents kilomètres. - Impossibilité de conduire la personne devant le juge dans un délai de vingt-quatre heures. - Circonstances. - Mention. - Nécessité (non).

L'article 133 du code de procédure pénale n'exige pas que soient mentionnées en procédure les circonstances rendant impossible la conduite devant le juge mandant, dans les vingt-quatre heures, de la personne interpellée en vertu d'un mandat d'arrêt.

Crim. - 6 décembre 2016.
REJET

N° 16-86.021. - CA Paris, 29 juillet 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Lavielle, Rap. - Mme Caby, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 544

Instruction

Mise en examen. - Personne mise en examen. - Personne incarcérée. - Pouvoir du juge d'instruction. - Extraction. - Effets. - Mandat. - Nécessité (non).

Le juge d'instruction détient, en exécution de l'article 51, alinéa 3, du code de procédure pénale, le pouvoir de requérir l'extraction, par la force publique, d'une personne incarcérée aux fins de mise en examen dans les conditions prévues à l'article 116 du même code, sans que la délivrance d'un mandat ne soit légalement imposée.

Crim. - 13 décembre 2016.
REJET

N° 16-84.060. - CA Paris, 30 mai 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Parlos, Rap. - M. Lemoine, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 545

Lois et règlements

Application dans le temps. - Loi de forme ou de procédure. - Application immédiate. - État d'urgence. - Loi n° 55-385 du 3 avril 1955. - Article 11. - Application dans le temps.

Méconnaît l'article 11, 1°, de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960, seul applicable le 19 novembre 2015, date de l'ordre de perquisition, la chambre de l'instruction qui statue en application de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

Crim. - 13 décembre 2016.
CASSATION

N° 16-82.176. - CA Lyon, 15 mars 2016.

M. Guérin, Pt. - M. Parlos, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Didier et Pinet, Av.

L'avis de l'avocat général est paru au JCP 2017, éd. G, II, 141. Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Pénal 2017, p. 30, note Thomas Herran et Marion Lacaze. Voir également le JCP 2017, éd. G, II, 206, note Jacques-Henri Robert.

N° 546

Majeur protégé

Mesures de protection judiciaire. - Renouvellement. - Renouvellement pour une durée supérieure à cinq ans. - Conditions. - Avis conforme d'un médecin choisi sur la liste établie par le procureur de la République. - Contenu. - Constatation que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration, selon les données acquises de la science.

Si l'avis conforme du médecin inscrit, prévu par l'article 441 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, permettant au juge des tutelles de fixer la durée de la mesure de tutelle à plus de cinq ans, doit constater que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration, selon les données acquises de la science, la fixation de la durée de la mesure elle-même relève de l'office du juge, sans pouvoir excéder dix ans.

Dès lors, fait une exacte application du texte susvisé une cour d'appel qui, après avoir constaté que l'état de santé de la personne à protéger, décrit par le médecin inscrit, n'apparaissait

manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, fixe la durée de la mesure à plus de cinq années.

1^{re} Civ. - 8 décembre 2016.

REJET

N° 16-20.298. - CA Reims, 8 juillet 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Odent et Poulet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2569, note François Vialla, et p. 332, note Maïté Saulier. Voir également le JCP 2017, éd. G, II, 79, note Jean Hauser, et la revue AJ Famille 2017, p. 68, note Gilles Raoul-Cormeil.

Note sous 1^{re} Civ., 8 décembre 2016, n° 546 ci-dessus

L'une des innovations de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a été la limitation dans le temps des mesures de protection et l'instauration d'une procédure de renouvellement périodique, afin qu'aucune mesure inutile ou inadaptée à l'état de santé de la personne protégée ne perdure. La durée des mesures initiales a donc, aux termes de l'article 441 du code civil, été fixée à cinq ans.

À l'expiration de ce délai et en cas de renouvellement, le juge pouvait prévoir une durée plus longue, à condition que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé ne soit manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République et par décision spécialement motivée (article 442, alinéa 2, du code civil).

La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a légèrement modifié ce dispositif en permettant, dès l'origine de la mesure - mais uniquement pour les tutelles -, de fixer une durée supérieure à cinq ans, n'excédant pas dix ans, et toujours « *par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 431 constatant que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrites à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science* » (article 441, alinéa 2, du code civil).

Dans un arrêt du 10 octobre 2012 (1^{re} Civ., 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-14.441, *Bull.* 2012, I, n° 197), la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le certificat médical conforme permettant de fixer la durée de la mesure renouvelée à plus de cinq ans devait se prononcer non seulement sur l'impossibilité pour l'intéressé de connaître une amélioration de ses facultés mentales, mais également sur le renouvellement pour une durée supérieure à cinq années.

Cette solution a toutefois reçu un accueil réservé de la doctrine, qui a relevé que si la description de l'altération des facultés personnelles de la personne à protéger ou protégée relevait de la compétence des médecins, la fixation de la durée de la mesure elle-même relevait de l'office du juge, chargé de tirer les conséquences juridiques des constatations médicales.

À l'occasion de l'intervention de la nouvelle loi, permettant la fixation de la durée de la tutelle à dix ans *ab initio*, ce qui risquait de générer davantage de contentieux, mais également d'une affaire particulièrement délicate et dans laquelle la question se posait avec acuité puisque le majeur protégé - M. Vincent Y... - était en état de coma végétatif, sans possibilité d'amélioration, ainsi qu'un collège de médecins l'avait constaté dans une procédure d'arrêt des soins pour obstination déraisonnable, la première chambre civile choisit de faire évoluer sa jurisprudence.

En l'espèce, le médecin inscrit ne s'était en effet prononcé que sur l'absence d'amélioration possible de l'état de santé de l'intéressé, sans mentionner la nécessité de fixer la durée de la mesure de

tutelle à plus de cinq années. Les juges du fond avaient repris cet avis pour fixer la durée à dix ans. Le maintien de la jurisprudence issue de l'arrêt du 10 octobre 2012 précité aurait donc conduit à une cassation qui pouvait apparaître comme excessivement formaliste.

Dans l'arrêt ici commenté, la première chambre civile de la Cour de cassation décide que « *l'avis conforme [du] médecin* », visé à l'article 441 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 précitée, devait constater que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaissait manifestement pas susceptible de connaître une amélioration, selon les données acquises de la science, mais qu'en revanche, la fixation de la durée de la mesure elle-même relevait de l'office du juge, sans pouvoir excéder dix ans.

Dès lors, le moyen, qui reprochait à la cour d'appel d'avoir prononcé une mesure de tutelle pour une durée de dix ans aux seuls motifs que, selon le médecin inscrit, l'altération des facultés personnelles de l'intéressé n'apparaissait manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, sans établir que le médecin inscrit avait préconisé l'ouverture de la tutelle pour une durée supérieure à cinq ans, n'était pas fondé.

On rappellera qu'en tout état de cause, la décision du juge des tutelles de fixer la durée de la mesure à plus de cinq années doit être spécialement motivée.

Le rejet du moyen relatif à la durée de la mesure a conduit au rejet de l'entier pourvoi, et notamment du moyen par lequel les parents du majeur protégé contestaient la désignation de son épouse, Mme Rachel Z..., épouse Y..., en qualité de tuteur. Dans l'arrêt ici commenté, la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle ainsi que, selon l'article 449 du code civil, à défaut de désignation par la personne protégée elle-même, le juge nomme comme curateur ou tuteur son conjoint, à moins que la vie commune ait cessé entre eux ou qu'une autre cause empêche de lui confier la mesure. En l'espèce, la cour d'appel ayant relevé que Mme Rachel Z..., épouse Y..., son conjoint, n'avait pas failli dans sa mission de représentation et ses devoirs d'épouse et que la cessation de la vie commune n'était pas liée à des circonstances imputables à celle-ci, a souverainement estimé qu'en dépit du conflit familial, il n'y avait pas lieu de l'écarter de l'exercice de la mesure de protection.

Cette solution est conforme à une jurisprudence constante, aux termes de laquelle la décision d'écarter le conjoint de l'exercice de la mesure est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (1^{re} Civ., 29 février 1984, pourvoi n° 83-10.092, *Bull.* 1984, I, n° 83 ; 1^{re} Civ., 30 mai 2000, pourvoi n° 98-13.609 ; 1^{re} Civ., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-10.092 ; 1^{re} Civ., 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-17.246 ; 1^{re} Civ., 2 avril 2008, pourvoi n° 06-15.196 ; 1^{re} Civ., 28 mars 2006, pourvoi n° 03-20.470).

N° 547

Mariage

Nullité. - Mariage entre alliés en ligne directe. - Applications diverses.

Aux termes de l'article 161 du code civil, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.

Ne méconnaît pas le droit au mariage, garanti par l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une cour d'appel qui annule un mariage sur le fondement de ces dispositions, dès lors que, ce mariage ayant été célébré sans opposition et les intéressés ayant vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux, leur droit de se marier n'a pas été atteint dans sa substance.

Ne méconnaît pas davantage l'article 8 de ladite Convention la même cour d'appel qui déduit des circonstances particulières de

l'affaire que l'annulation du mariage ne constitue pas, en l'espèce, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse, au regard du but légitime poursuivi, lequel réside dans la sauvegarde de l'intégrité de la famille et la protection des enfants quant aux conséquences résultant d'une modification de la structure familiale.

1^{re} Civ. - 8 décembre 2016.

REJET

N° 15-27.201. - CA Aix-en-Provence, 2 décembre 2014.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - M. Bernard de La Gatinais, P. Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2568, note Inès Gallmeister. Voir également la revue AJ Famille 2017, p. 71, note Jérémy Houssier, et le JCP 2017, éd. G, II, 166, note Jean Hauser, et chron. 186, spéc. n° 1, note Marie Lamarche.

Note sous 1^{re} Civ., 8 décembre 2016, n° 547 ci-dessus

L'article 161 du code civil dispose : « *en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* ». L'article 184 du même code précise que tout mariage contracté en contravention à ces dispositions peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, par tous ceux qui y ont intérêt.

Aux termes de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

Aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« 1. *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » ;

« 2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Dans l'espèce soumise à la première chambre civile de la Cour de cassation, un mariage avait été célébré entre anciens alliés en ligne directe, l'épouse étant la fille de l'ex-épouse divorcée du conjoint. Sur une action des enfants de ce dernier, engagée peu après son décès, le mariage a été annulé par l'arrêt attaqué.

En application des articles 161 et 184 du code civil, ce mariage était nul de nullité absolue.

Toutefois, le moyen invoquait, en une première branche, la violation de l'article 12 de la Convention précitée, en se fondant sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 septembre 2005 (CEDH, arrêt du 13 septembre 2005, B. et L. c/ Royaume-Uni, n° 36536/02), qui avait retenu que l'empêchement à mariage existant entre alliés en ligne directe, en l'occurrence un beau-père et sa belle-fille - tous deux divorcés, constituait une atteinte excessive au droit au mariage.

Il invoquait, en une seconde branche, la violation de l'article 8 de la même Convention, en se fondant sur l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 (1^{re} Civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066, Bull. 2013, I, n° 234) ayant cassé, sur le fondement de ce texte, un arrêt qui avait annulé un mariage entre anciens alliés en ligne directe, au motif que le prononcé de la nullité revêtait, à l'égard de l'épouse, « *le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* ».

Dans l'arrêt ici commenté, la première chambre civile de la Cour de cassation constate, en premier lieu, que si, selon la Cour européenne des droits de l'homme, les limitations apportées à l'exercice du droit au mariage ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même, en l'espèce, le droit des intéressés de se marier n'avait pas été atteint dès lors que leur mariage avait été célébré sans opposition et qu'ils avaient vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux.

Comme l'avait relevé une doctrine autorisée en commentant l'arrêt du 4 décembre 2013 précité (J.-P. Marguénaud, citant W. Jean-Baptiste, RTD civ. 2014, p. 307, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe »), dans l'affaire soumise à la Cour de Strasbourg en 2005, les alliés en ligne directe s'étaient heurtés à un refus de célébration du mariage. Il s'agissait donc directement d'un refus de permettre la jouissance du droit garanti par l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, le mariage avait été célébré et la question était donc plutôt celle du « *droit de rester mariés entre alliés* » (J.-P. Marguénaud, citant W. Jean-Baptiste, art. préc.).

La première chambre civile de la Cour de cassation, invitée, en second lieu, à examiner le caractère disproportionné de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse, confirme la méthodologie retenue dans ses derniers arrêts ayant mis en œuvre le contrôle de proportionnalité, au regard de l'article 8 de la Convention précitée (1^{re} Civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-19.853, en cours de publication ; 1^{re} Civ., 22 septembre 2016, pourvoi n° 15-24.015, en cours de publication ; 1^{re} Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-25.507, en cours de publication ; 1^{re} Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.068, en cours de publication).

Elle vérifie ainsi que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constituait l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe était prévue par la loi et poursuivait un but légitime. Ce but légitime résidait ici dans la sauvegarde de l'intégrité de la famille et la protection des enfants quant aux conséquences résultant d'une modification de la structure familiale.

Elle rappelle ensuite qu'au-delà du contrôle abstrait de conventionnalité, il appartenait, en la matière, au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui était soumise, la mise en œuvre des dispositions de droit interne ne portait pas au droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi.

Sur ce point, la première chambre civile confirme le « contrôle du contrôle » mis en œuvre dans ses arrêts les plus récents, à savoir un contrôle de méthodologie ainsi qu'un contrôle léger du résultat auquel parviennent les juges du fond. En effet, si l'examen des faits eux-mêmes relève du pouvoir souverain des juges du fond, la mise en œuvre des droits fondamentaux implique un contrôle, soit-il léger, de la Cour suprême.

En l'espèce, la cour d'appel ayant relevé, d'une part, que l'épouse avait vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années avec celui qu'elle avait ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, d'autre part, que son union n'avait duré que huit années, enfin, qu'aucun enfant n'était issu de cette union prohibée, a pu en déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse, au regard du but légitime poursuivi.

N° 548

Mariage

Validité. - Mariage d'un Français à l'étranger. - Conditions. - Célébration selon les formes usitées dans le pays de célébration.

Aux termes de l'article 171-1 du code civil, le mariage contracté en pays étranger entre un Français et un étranger est valable s'il a été célébré selon les formes usitées dans le pays de célébration.

La transcription de l'acte de mariage sur les registres de l'état civil français, prescrite par l'article 171-5 du même code, qui n'est soumise à aucune exigence de délai, rend la qualité de conjoint opposable aux tiers depuis la date du mariage.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-22.996. - CA Paris, 11 juin 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Acquaviva, Rap. - M. Bernard de La Gatinais, P. Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Spinosi et Sureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1380, note François Maillé. Voir également le JCP 2017, éd. G, II, 136, note Eric Fongaro, la revue AJ Famille 2017, p. 147, note Alexandre Boiché, et la revue Loyers et copr. 2017, comm. 38, note Béatrice Vial-Pederolletti.

N° 549

Outre-mer

Mayotte. - Dispositions particulières. - Cour d'assises. - Décision n° 2016-544 QPC du Conseil constitutionnel. - Inconstitutionnalité partielle des articles 877, 885 et 888 du code de procédure pénale. - Application différée. - Portée.

Les arrêts de la cour d'assises de Mayotte antérieurs au 4 juin 2016, date de publication de la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-544 QPC du 3 juin 2016, qui a déclaré non conformes à la Constitution certaines règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de cette juridiction, ne peuvent être contestés sur le fondement de cette déclaration partielle d'inconstitutionnalité, ainsi que le prévoit le paragraphe 25 de la décision.

Crim. - 14 décembre 2016.

IRRECEVABILITÉ ET REJET

N° 16-80.403. - Cour d'assises de Mayotte, 1^{er} décembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Stephan, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén.

N° 550

Partage

Partage judiciaire. - Points de désaccord subsistants. - Rapport du juge commis. - Demande distincte. - Irrecevabilité. - Exception. - Fondement des prétentions né ou révélé postérieurement au rapport.

Selon les articles 1373 et 1374 du code de procédure civile, en matière de partage judiciaire, toute demande distincte de celles portant sur les points de désaccord subsistants dont le juge commis a fait rapport au tribunal est irrecevable, à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne soit révélé que postérieurement à ce rapport.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 15-27.576. - CA Pau, 1^{er} septembre 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP de Nervo et Poupet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Famille 2017, p. 74, note Jérôme Casey.

N° 551

Peines

Peines complémentaires. - Confiscation. - Bien susceptible de confiscation. - Instrument du délit ou chose produite par le délit. - Nécessité (non). - Appréciation par les juges du fond de la nécessité de l'atteinte portée au droit de propriété. - Cas. - Trafic de stupéfiants. - Association de malfaiteurs.

Aux termes des articles 222-49, alinéa 2, et 450-5 du code pénal, les personnes physiques déclarées coupables d'un trafic de stupéfiants ou de la participation à une association de malfaiteurs encourrent, à titre de peine complémentaire, la confiscation de tout ou partie de leurs biens ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, des biens dont elles ont la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis, et ce, sans qu'il soit exigé que le bien confisqué soit l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction.

Justifient leur décision, sans méconnaître l'article premier du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, les juges qui s'expliquent, par des motifs dépourvus d'insuffisance, sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé par la mesure de confiscation de tout ou partie du patrimoine, au regard de sa situation personnelle et de la gravité concrète des faits.

Crim. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 15-85.136. - CA Orléans, 30 juin 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Pichon, Rap. - M. Valat, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 13, note Jacques-Henri Robert. Voir également le D. 2017, chron. p. 254, note Elisabeth Pichon.

N° 552

Peines

Peines complémentaires. - Confiscation. - Bien susceptible de confiscation. - Instrument du délit ou chose produite par le délit. - Produit ou objet de l'infraction. - Moyen tiré de la violation du principe de proportionnalité. - Caractère inopérant.

Le principe de proportionnalité ne peut s'appliquer à la confiscation d'un bien qui, dans sa totalité, est le produit ou l'objet des infractions dont le prévenu a été déclaré coupable.

Crim. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 16-80.879. - CA Bastia, 16 décembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Germain, Rap. - M. Valat, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2017, comm. 31, note Virginie Peltier.

N° 553

Peines

Peines complémentaires. - Confiscation. - Instrument du délit ou chose produite par le délit. - Immeuble acquis pour partie grâce à des fonds d'origine illicite. - Cas. - Abus de faiblesse. - Escroquerie.

L'article 131-21 du code pénal offre au juge la faculté de prononcer la confiscation d'un bien acquis avec des fonds dont une partie seulement provient de l'infraction.

Justifie en conséquence sa décision la cour d'appel qui ordonne la confiscation d'un bien immobilier acquis au moyen, en majeure partie, d'un prêt dont les mensualités de remboursement ont été essentiellement réglées par les sommes obtenues lors de la commission des délits d'abus de faiblesse et d'escroqueries et, pour une faible partie, de fonds propres d'origine licite.

Crim. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 15-86.897. - CA Saint-Denis de la Réunion, 17 septembre 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Zerbib, Rap. - M. Lemoine, Av. Gén. - SCP Lesourd, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2571.

N° 554

Peines

Peines complémentaires. - Confiscation. - Instrument du délit ou chose produite par le délit. - Immeuble appartenant à une personne condamnée pour non-justification de ressources. - Conditions. - Non-justification partielle de l'origine des fonds.

L'article 321-10-1 du code pénal permet la confiscation d'un bien dont l'origine n'est que partiellement injustifiée.

N'encourt pas la censure l'arrêt qui, pour confisquer un immeuble appartenant à une personne déclarée coupable de non-justification de ressources, énonce que l'intéressée n'a pu justifier de la provenance des sommes importantes investies dans la rénovation de ce bien et qui ont permis d'accroître sa valeur de 128 %.

Crim. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 12-81.707. - CA Rennes, 3 février 2012 et 4 août 2015.

M. Guérin, Pt. - Mme Planchon, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 555

Pouvoirs des juges

Appréciation souveraine. - Assurance. - Assurance des risques de catastrophe naturelle. - Dommage. - Cause déterminante.

L'appréciation de la cause déterminante au sens de l'article L. 125-1, alinéa 3, du code des assurances relève du pouvoir souverain des juges du fond.

2^e Civ. - 8 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-17.180. - CA Poitiers, 27 février 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Gelbard-Le Dauphin, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, M^e Rémy-Corlay, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RGDA 2017, p. 146, note Anne Pélissier.

N° 556

Preuve

Règles générales. - Moyen de preuve. - Attestation. - Recevabilité. - Conditions. - Applications des règles de procédure civile (non).

Les dispositions de l'article 202 du code de procédure civile ne sont pas applicables aux attestations produites devant les juridictions pénales.

Ces attestations ne sont soumises à aucun formalisme particulier.

Crim. - 14 décembre 2016.

CASSATION

N° 16-81.105. - Juridiction de proximité de Castelsarrasin, 26 janvier 2016.

M. Guérin, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2017, comm. 23, note Jacques-Henri Robert, et 29, note Albert Maron et Marion Haas.

N° 557

Procédure civile

Fin de non-recevoir. - Fin de non-recevoir soulevée en tout état de cause. - Définition. - Demande tendant à voir déclarer une créance prescrite. - Portée.

Une cour d'appel ne peut déclarer irrecevable comme nouvelle une demande tendant à voir déclarer prescrite une créance, alors que celle-ci constitue une fin de non-recevoir qui peut être proposée en tout état de cause et qu'il lui appartient de la qualifier comme telle.

2^e Civ. - 1^{er} décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-27.143. - CA Grenoble, 1^{er} septembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Maunand, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

N° 558

Procédure civile

Instance. - Péremption. - Conditions. - Défaut de diligence des parties. - Définition. - Portée.

La péremption de l'instance d'appel est encourue lorsque, après avoir conclu en application des articles 908 et 909 du code de procédure civile, les parties n'ont pas pris d'initiative pour faire avancer l'instance ou obtenir du conseiller de la mise en état la fixation, en application de l'article 912 du code de procédure civile, des débats de l'affaire.

Le constat de la péremption de l'instance, qui tire les conséquences de l'absence de diligences des parties en vue de voir aboutir le jugement de l'affaire et qui poursuit un but légitime de bonne administration de la justice et de sécurité juridique afin que l'instance s'achève dans un délai raisonnable, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable.

2^e Civ. - 16 décembre 2016.

REJET

N° 15-27.917. - CA Rennes, 1^{er} octobre 2015.

Mme Flise, Pt. - M. de Leiris, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 5, note Gaëlle Deharo, et II, 106, note Didier Cholet. Voir également le D. 2017, p. 141, note Corinne Bléry.

N° 559

Procédure civile

Instance. - Péremption. - Suspension. - Délai. - Point de départ. - Détermination. - Portée.

En procédure d'appel avec représentation obligatoire, le délai de péremption de l'instance ne court plus à partir de la fixation de l'affaire pour être plaidée par le conseiller de la mise en état.

2^e Civ. - 16 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-26.083. - CA Paris, 3 juillet 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Kermina, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 5, note Gaëlle Deharo. Voir également le D. 2017, p. 141, note Corinne Bléry, et le JCP 2017, éd. G, II, 106, note Didier Cholet.

N° 560

Procédure civile

Notification. - Signification. - Preuve. - Moyen de preuve. - Production de l'acte dressé par l'huissier de justice. - Limites. - Cas de force majeure.

La preuve d'une signification ne peut être rapportée que par la production de l'acte dressé par l'huissier de justice, sauf le cas de force majeure.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.

CASSATION

N° 16-12.297. - CA Poitiers, 18 novembre 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Vigneau, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 561

Procédures civiles d'exécution

Saisie et cession des rémunérations. - Procédure. - Avis à tiers détenteur. - Mainlevée. - Effets. - Détermination. - Portée.

Si l'avis à tiers détenteur suspend la procédure de saisie des rémunérations en cours dès sa notification, tel n'est plus le cas lorsqu'il en est donné mainlevée, laquelle met fin à tous ses effets, et ce, même si la créance du Trésor public n'est pas soldée.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui retient que l'employeur qui n'a pas procédé aux retenues correspondant à la part saisissable des rémunérations de son salarié à compter de la mainlevée de l'avis à tiers détenteur, ordonnée par le comptable de la trésorerie ensuite des délais de paiement accordés à son débiteur, alors que la procédure de saisie des rémunérations avait repris son cours, en est personnellement débiteur.

2^e Civ. - 1^{er} décembre 2016.

REJET

N° 15-27.303. - CA Chambéry, 17 septembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Lemoine, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Boullez, SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la RJDA 2017, n° 113.

N° 562

Propriété industrielle

Marques. - Éléments constitutifs. - Caractère distinctif. - Appréciation. - Usage postérieur à l'enregistrement. - Portée.

En prévoyant, au dernier alinéa de l'article L. 711-2 du code de la propriété intellectuelle, que le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque « peut, sauf dans le cas prévu au c, être acquis par l'usage », la France a usé de la faculté, laissée aux États membres par l'article 3, § 3, dernière phrase, de la directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques, de ne pas déclarer nulle une marque enregistrée lorsque le caractère distinctif a été acquis après son enregistrement.

Dès lors, n'est pas fondé le moyen qui reproche à une cour d'appel d'avoir apprécié la validité d'une marque verbale en tenant compte de son usage, postérieur à son enregistrement, en invoquant un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne ayant interprété l'article 3, § 3, première phrase, à l'occasion d'un litige élevé dans un État membre n'ayant pas usé de ladite faculté.

Com. - 6 décembre 2016.

REJET

N° 15-19.048. - CA Paris, 31 mars 2015.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Darbois, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Hémy et Thomas-Raquin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 6, p. 25, note Laure Marino. Voir également le D. 2017, pan., p. 320, note Célia Zolynski.

N° 563

Propriété littéraire et artistique

Droits voisins du droit d'auteur. - Dispositions communes aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes. - Licence légale. - Domaine d'application. - Radiodiffusion. - Exclusion. - Cas. - Signal non destiné à être capté individuellement et directement par le public ou une catégorie de public.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que la communication au public par satellite, au sens de l'article 1, paragraphe 2, sous a, de la directive 93/83 du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, est réalisée si les signaux provenant du satellite, et non les programmes portés par ceux-ci, sont destinés à être captés par le public (arrêt du 14 juillet 2005, Lagardère Active Broadcast, C-192/04, points 34 et 35), lequel doit être constitué par un nombre indéterminé d'auditeurs potentiels (arrêt du 2 juin 2005, Mediakabel, C-89/04, point 30).

Dès lors, la radiodiffusion par satellite d'un phonogramme publié à des fins de commerce n'est susceptible de constituer une communication au public à laquelle l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer qu'à la condition que les signaux provenant du satellite soient destinés à être captés directement et individuellement par le public ou une catégorie de public.

Par suite, encourt la cassation l'arrêt qui, pour rejeter la demande en paiement formée par la Société civile des producteurs de phonogrammes, sur le fondement de l'article L. 213-1 du code de la propriété intellectuelle, contre une société proposant un service de sonorisation de lieux de vente par voie satellitaire, retient que ce service correspond à une activité de radiodiffusion, au sens de l'article L. 214-1, 2°, du code de la propriété intellectuelle,

alors qu'il résultait de ses propres constatations que les signaux émis n'étaient pas destinés à être captés individuellement et directement par le public ou une catégorie de public.

1^{re} Civ. - 14 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-21.396. - CA Toulouse, 28 avril 2015.

Mme Batut, Pt. - Mme Canas, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2566.

N° 564

Protection des consommateurs

Intérêts. - Taux. - Taux effectif global. - Mention. - Mention erronée. - Sanction. - Substitution du taux d'intérêt légal au taux conventionnel. - Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. - Premier Protocole additionnel. - Article 1. - Droit au respect de ses biens. - Atteinte disproportionnée (non).

Fondée sur l'absence de consentement de l'emprunteur au coût global du prêt, la sanction de l'erreur affectant le taux effectif global d'un prêt, consistant en la substitution au taux d'intérêt contractuel initial du taux de l'intérêt légal, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens, garanti par l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1^{re} Civ. - 14 décembre 2016.

REJET

N° 15-26.306. - CA Nîmes, 3 septembre 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Avel, Rap. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, Av.

N° 565

1^o Protection des consommateurs

Refus et subordination de vente ou de prestation de service. - Vente conjointe. - Interdiction. - Conditions. - Pratique commerciale déloyale. - Caractérisation. - Défaut. - Cas.

2^o Protection des consommateurs

Refus et subordination de vente ou de prestation de service. - Vente conjointe. - Interdiction. - Conditions - Pratique commerciale déloyale - Pratique commerciale trompeuse. - Caractérisation. - Défaut. - Cas.

1^o Par arrêt du 7 septembre 2016 (Deroo-Blanquart, C-310/15), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit qu'une pratique commerciale consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés sans possibilité pour le consommateur de se procurer le même modèle d'ordinateur non équipé de logiciels préinstallés ne constitue pas, en tant que telle, une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, § 2, de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, à moins qu'une telle pratique ne soit contraire aux exigences de la diligence professionnelle et n'altère ou ne soit susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport à ce produit.

En conséquence, la cour d'appel qui :

- d'une part, s'agissant de la conformité de la pratique en cause aux exigences de la diligence professionnelle, constate qu'il ne

pouvait être reproché à une société de ne pas vendre séparément l'ordinateur nu et les logiciels, dans la mesure où son analyse du marché l'avait conduite, en toute bonne foi, à vendre un produit composite doté d'une configuration prête à l'emploi répondant aux attentes d'une part importante des consommateurs, lesquels préféraient disposer d'un produit unique préinstallé et d'utilisation immédiate plutôt que d'acheter séparément les divers éléments le composant et de procéder à une installation jugée difficile par un consommateur moyen ou, en tout cas, non souhaitée par celui-ci,

- relève que l'acheteur de l'ordinateur avait été dûment informé de l'existence de logiciels préinstallés sur l'ordinateur qu'il avait acheté et des caractéristiques précises de chacun de ces logiciels et ajoute que cet acheteur pouvait obtenir le remboursement de cet ordinateur s'il estimait qu'en définitive, l'appareil ne correspondait pas à ses attentes,

- d'autre part, s'agissant de l'existence ou du risque d'existence d'une altération substantielle du comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé à l'égard du bien considéré,

estime que la circonstance que l'acheteur de l'ordinateur avait été dûment informé de l'existence de logiciels préinstallés sur l'ordinateur acheté et des caractéristiques précises de chacun de ces logiciels, lui permettant, comme tout autre consommateur, de faire un choix différent auprès d'autres professionnels en achetant un autre appareil vendu avec ou sans logiciels, témoignait également de l'absence d'une telle altération, constatations et appréciations dont il résulte que la pratique commerciale litigieuse n'est pas contraire aux exigences de la diligence professionnelle et n'altère pas ou n'est pas susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen à l'égard de ce produit, décide à bon droit que la pratique commerciale en cause n'était pas déloyale.

2^o Par arrêt du 7 septembre 2016 (Deroo-Blanquart, C-310/15), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit qu'il ressort du libellé de l'article 7, § 4, sous c, de la directive 2005/29/CE qu'est considéré comme une information substantielle le prix d'un produit proposé à la vente, c'est-à-dire le prix global du produit, et non le prix de chacun de ses éléments, et qu'il en découle que cette disposition fait obligation au professionnel d'indiquer au consommateur le seul prix global du produit concerné.

La Cour de justice a ajouté que, conformément au considérant 14 de la directive 2005/29/CE, constitue une information substantielle une information clé dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et qu'il résulte de l'article 7, § 1, de la même directive que le caractère substantiel d'une information doit être apprécié en fonction du contexte dans lequel s'inscrit la pratique commerciale en cause et compte tenu de toutes ses caractéristiques.

Selon elle, eu égard au contexte d'une offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, l'absence d'indication du prix de chacun de ces logiciels n'est ni de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause ni susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

En conséquence, le prix de chacun des logiciels ne constitue pas une information substantielle au sens de l'article 7, § 4, de la directive 2005/29/CE.

La Cour de justice a déduit de ces éléments que, lors d'une offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, l'absence d'indication du prix de chacun de ces logiciels ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article 5, § 4, sous a, et de l'article 7 de la directive 2005/29/CE.

En conséquence, après avoir constaté que le caractère composite d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés proposé à la vente n'imposait pas à la société productrice de ce bien de détailler le coût de chacun de ses éléments, le consommateur moyen pouvant se déterminer en fonction du prix unitaire de l'ordinateur,

qu'il était en mesure de comparer à des produits concurrents, dès lors qu'il connaissait les types de logiciels qui avaient été préinstallés, une cour d'appel en a exactement déduit que la pratique commerciale en cause n'était pas trompeuse.

1^{re} Civ. - 14 décembre 2016.

REJET

N° 14-11.437. - CA Versailles, 5 novembre 2013.

Mme Batut, Pt. - M. Truchot, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - M^e Remy-Corlay, SCP Spinosi et Sureau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. E, Act., n° 1028. Voir également le D. 2016, somm., p. 2565, la revue Comm. com. électr. 2017, comm. 13, note Grégoire Loiseau, et comm. 44, note Sabine Bernheim-Desvaux.

N° 566

Protection des consommateurs

Surendettement. - Commission de surendettement. - Plan conventionnel de redressement. - Caducité. - Mise en demeure préalable. - Nature. - Détermination. - Portée.

La mise en demeure prévue à l'article R. 732-2 du code de la consommation, préalable à la caducité d'un plan conventionnel de redressement, n'est pas de nature contentieuse.

Dès lors, c'est à bon droit que, relevant que celle-ci n'avait pas été suivie d'effet, un tribunal d'instance a retenu qu'une mesure d'exécution pouvait être effectuée, peu important que son destinataire n'ait pas réclamé la lettre de mise en demeure, le tribunal n'étant pas tenu de répondre au moyen inopérant tiré de l'impossibilité de retirer le pli.

2^e Civ. - 1^{er} décembre 2016.

REJET

N° 15-27.725. - TI Lyon, 25 novembre 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Brahic-Lambrey, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

N° 567

1^o Référé

Applications diverses. - Contrats de la commande publique. - Référé précontractuel. - Contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs. - Pouvoirs du juge. - Communication de documents relatifs à la procédure de passation du marché. - Impossibilité.

2^o Référé

Applications diverses. - Contrats de la commande publique. - Référé précontractuel. - Contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs. - Procédure. - Information des candidats évincés. - Conditions. - Détermination.

1^o Il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels d'ordonner la communication de documents relatifs à la procédure de passation du marché, tels que le rapport de présentation des offres et le procès-verbal de la commission de sélection des offres.

2^o L'acheteur soumis aux règles de la commande publique doit communiquer aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue et notamment, dans le cadre d'un appel d'offres mettant en oeuvre des critères de sélection fondés sur cet élément, son prix, sauf à établir qu'une telle divulgation serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial, serait contraire à l'intérêt public ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs.

Com. - 6 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-26.414. - TGI Marseille, 21 septembre 2015.

Mme Mouillard, Pt. - M. Sémériva, Rap. - M. Debacq, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Foussard et Frogier, Av.

N° 568

1^o Régimes matrimoniaux

Régimes conventionnels. - Communautés conventionnelles. - Communauté universelle. - Clause d'attribution intégrale au conjoint survivant. - Demande des enfants non issus des deux époux de limiter les effets de la clause. - Demande de nullité de la convention. - Identité d'objet (non).

2^o Succession

Partage. - Partage judiciaire. - Conditions. - Indivision. - Exclusion. - Cas. - Bénéficiaire d'une indemnité de retranchement et conjoint survivant.

1^o S'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de formuler dans la même instance toutes les prétentions fondées sur les mêmes faits.

Il n'y a pas identité d'objet, au sens de l'article 1351 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, entre l'action ouverte, à l'article 1527, alinéa 2, du code civil, aux enfants non issus des deux époux et tendant à limiter les effets d'une clause d'une convention portant adoption d'une communauté conventionnelle et celle tendant à obtenir la nullité d'une telle convention.

2^o Les bénéficiaires d'une indemnité de retranchement ne se trouvant pas en indivision avec le conjoint survivant, il ne peut être ordonné de partage judiciaire de la succession.

1^{re} Civ. - 7 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 16-12.216. - CA Lyon, 27 octobre 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Vigneau, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue AJ Famille 2017, p. 78, note Jérôme Casey.

N° 569

Réhabilitation

Réhabilitation judiciaire. - Demande. - Recevabilité. - Conditions. - Étrangers. - Interdiction du territoire. - Résidence hors de France.

C'est à bon droit qu'est déclarée irrecevable une demande de réhabilitation judiciaire, au motif que le demandeur, résidant en France depuis plusieurs années, ne s'est pas soumis à la peine complémentaire de l'interdiction définitive du territoire français, dès lors qu'une demande de réhabilitation ne saurait contourner les dispositions de l'article L. 541-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui subordonne toute demande de relèvement de cette interdiction à une résidence hors de France.

Crim. - 14 décembre 2016.

REJET

N° 14-83.400. - CA Nîmes, 18 mars 2014.

M. Guérin, Pt. - Mme Draï, Rap. - Mme Moracchini, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 570

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Délégation unique du personnel. - Constitution. - Conditions. - Décision de l'employeur. - Consultation préalable des représentants élus. - Défaut. - Portée.

Il résulte de l'article L. 2326-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable à la cause, que l'employeur ne peut décider que les délégués du personnel constitueront la délégation du personnel au comité d'entreprise qu'après avoir consulté les délégués du personnel et, s'il existe, le comité d'entreprise.

Il s'ensuit qu'en l'absence de cette consultation, les élections des délégués du personnel appelés à constituer la délégation du personnel au comité d'entreprise sont entachées d'une irrégularité justifiant leur annulation.

Soc. - 7 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-25.317. - TI Menton, 8 septembre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Farthouat-Danon, Rap. - Mme Berriat, Av. Gén. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 467.

N° 571

Représentation des salariés

Comité d'entreprise. - Membres. - Mandat. - Durée. - Réduction. - Accord collectif. - Validité. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Les accords visés aux articles L. 2314-27 et L. 2324-25 du code du travail prévoyant la réduction des mandats des délégués du personnel et des membres élus du comité d'entreprise à une durée de deux ans ne sont pas soumis à l'exigence d'unanimité et peuvent être valablement conclus aux conditions de droit commun prévues à l'article L. 2232-12 du même code, dans sa rédaction applicable en la cause.

Soc. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 15-60.227. - TI Grasse, 11 septembre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Slove, Rap. - Mme Berriat, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 572

Représentation des salariés

Délégué du personnel. - Attributions. - Accident du travail ou maladie professionnelle. - Inaptitude au travail. - Reclassement du salarié. - Proposition d'un emploi adapté. - Consultation pour avis. - Obligation de l'employeur. - Étendue. - Établissement distinct. - Existence. - Défaut. - Portée.

L'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas le pouvoir de se prononcer lui-même sur ces réclamations.

Il en résulte que l'existence d'un établissement distinct ne peut être reconnue que si l'effectif de l'établissement permet la mise en place de délégués du personnel.

Dès lors que la mise en place de tels délégués est obligatoire dans l'entreprise en application de l'article L. 2312-2 du code du travail, le salarié qui exerce sur un site ne pouvant constituer un établissement distinct pour la mise en place de délégués du personnel ne peut être privé du droit qu'il tire de l'article L. 1226-10 du code du travail à la consultation des délégués du personnel en cas d'inaptitude.

Soc. - 7 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 14-27.232. - CA Riom, 30 septembre 2014.

M. Frouin, Pt. - M. Rinuy, Rap. - Mme Berriat, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 465, et II, 1042, note Jean-Yves Kerbourch'. Voir également le D. 2017, chron. p. 243, note Nathalie Sabotier.

Note sous Soc., 7 décembre 2016, n° 572 ci-dessus

Par l'arrêt du 7 décembre 2016 ici commenté, la chambre sociale de la Cour de cassation réitère une jurisprudence ancienne, antérieure au transfert de compétence à l'inspecteur du travail, réalisé par l'ordonnance n° 2005-1478 de simplification du droit dans le domaine des élections aux institutions représentatives du personnel, de la détermination des établissements distincts au sein d'une entreprise, et rappelle qu'il ne peut y avoir reconnaissance d'un établissement distinct que si chacun des établissements distincts dans l'entreprise permet l'existence d'une institution représentative du personnel.

La chambre sociale était saisie d'un pourvoi portant sur le droit que le salarié tire de l'article L. 1226-10 du code du travail à la consultation des délégués du personnel en cas d'inaptitude, dans une hypothèse où la salariée exerçait son activité sur un site comprenant moins de onze salariés, alors que l'entreprise comportait elle-même plus de onze salariés.

La salariée faisait valoir que l'employeur ne pouvait se soustraire à l'obligation de consultation des délégués du personnel prévue par l'article L. 1226-10 du code du travail au motif que l'effectif de « l'établissement » dans lequel elle exerçait était inférieur à onze salariés, dès lors que l'entreprise, envisagée globalement, permettait la mise en place de cette institution représentative du personnel.

L'employeur soutenait que l'effectif à prendre en compte pour déterminer s'il y a lieu à l'élection de délégués du personnel s'apprécie non pas dans le cadre de l'entreprise mais dans le cadre de l'établissement, en se fondant sur la lettre de l'article L. 2312-1 du code du travail.

Mais la question d'origine était de savoir si le site en cause pouvait être qualifié d'établissement au sens des délégués du personnel. Or, il résulte d'une jurisprudence ancienne qu'un établissement au sens des délégués du personnel ne peut exister que s'il existe au moins onze salariés (Soc., 29 janvier 2003, pourvoi n° 01-60.628, Bull. 2003, V, n° 30 ; Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 03-60.173, Bull. 2004, V, n° 214).

Par conséquent, dans une entreprise de plus de onze salariés comme en l'espèce, il ne peut y avoir deux établissements distincts avec des délégués du personnel et un troisième établissement de moins de onze salariés sans délégués du personnel.

Nécessairement, il ne s'agit pas de rattacher ces salariés à un autre établissement, il s'agit de considérer qu'il n'existe pas un établissement au sens des délégués du personnel mais seulement un site, puisqu'il ne peut pas y avoir reconnaissance d'un établissement distinct de moins de onze salariés (sur la question des comités d'établissement, voir aussi Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-20.627). En décider autrement serait priver une partie des salariés d'une entreprise de leur droit constitutionnel à la participation, qui découle de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

La Cour de cassation avait par ailleurs précédemment jugé, s'agissant de délégués du personnel :

- que la solution aboutissant à laisser sans représentation de nombreux salariés travaillant dans les succursales d'une entreprise « ne pouvait [...] être considérée comme répondant à la finalité de l'institution et qu'il appartenait, en conséquence, au juge du fond, compte tenu des critères permettant en la matière de déterminer l'existence d'établissements distincts, soit de regrouper entre elles les succursales n'occupant pas, prises isolément, l'effectif minimum requis de onze salariés, soit de les rattacher à l'une des succursales employant plus de dix personnes, afin d'assurer la meilleure représentation possible de l'ensemble du personnel de l'entreprise et de ne pas priver les salariés des succursales de faible importance de la possibilité d'avoir leurs intérêts défendus par des délégués du personnel » (Soc., 21 juillet 1986, pourvoi n° 85-60.694, *Bull.* 1986, V, n° 410) ;

- « que lorsqu'un centre d'activité d'une entreprise n'atteint pas, pris isolément, l'effectif minimum exigé pour l'élection de délégués du personnel, il y a lieu de le rattacher à un centre plus important en nombre de salariés afin de ne pas priver le personnel de la possibilité d'avoir ses intérêts défendus par un délégué » (Soc., 28 février 1989, pourvoi n° 88-60.478, *Bull.* 1989, V, n° 147).

Elle avait également jugé, s'agissant des délégués syndicaux, « que le découpage en établissements distincts ne peut avoir pour effet de laisser subsister au sein de l'entreprise un centre d'activité de moins de cinquante salariés privés de représentation syndicale ; que ce centre d'activité, qui n'est pas un établissement distinct au sens du droit des délégués syndicaux, est rattaché à un établissement déjà reconnu, à moins qu'il ne constitue, par regroupement avec d'autres centres le cas échéant, un établissement distinct en application d'un accord collectif ou par décision du juge, si celui-ci constate que cet ensemble remplit les conditions de l'établissement distinct » (Soc., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-60.006, *Bull.* 2001, V, n° 193).

Par ailleurs, selon la règle fixée par la jurisprudence, dans le cas où l'entreprise comporte des établissements distincts, ce sont les délégués du personnel de l'établissement dans lequel le salarié exerce qui doivent être consultés sur les possibilités de reclassement de celui-ci s'il est déclaré inapte suite à un accident du travail (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-41.512, *Bull.* 2008, V, n° 222).

La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle dès lors, dans l'arrêt ici commenté, que l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas le pouvoir de se prononcer lui-même sur ces réclamations.

La chambre sociale en déduit l'existence d'une violation des articles L. 1226-10, L. 1226-15 et L. 2312-2 du code du travail dès lors qu'il résultait des constatations de la cour d'appel que le site sur lequel exerçait la salariée ne pouvait constituer un établissement distinct pour la mise en place de délégués du personnel et que les salariés exerçant sur ce site devaient nécessairement être rattachés à un établissement au sens des délégués du personnel, ce dont il résultait qu'ils ne pouvaient être privés du droit qu'ils tirent de l'article L. 1226-10 du code du travail à la consultation des délégués du personnel en cas d'inaptitude.

N° 573

1^o Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Heures de délégation

des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État. - Heures prises en dehors du temps de travail. - Paiement. - Nature. - Détermination.

2^o Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État. - Heures prises en dehors du temps de travail. - Nature. - Effets. - Obligations de l'établissement d'enseignement privé sous contrat. - Remise du bulletin de paie et de la fiche annexée au bulletin de paie.

3^o Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État. - Heures prises en dehors du temps de travail. - Nature. - Effets. - Obligations de l'établissement d'enseignement privé sous contrat. - Paiement - Modalités. - Détermination. - Portée.

1^o Le paiement des heures de délégation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat prises en dehors de leur temps de travail, qui ne se confondent pas avec les décharges d'activités de service accordées au représentant syndical en application de l'article 16 du décret n° 82-447 du 28 mai 1982, incombe à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement.

Ces heures, effectuées en sus du temps de service, constituent du temps de travail effectif et ouvrent droit au paiement du salaire correspondant, à des majorations pour heures supplémentaires, repos compensateurs et congés payés.

2^o Les heures de délégation accomplies par les maîtres de l'enseignement privé en dehors de leur temps de travail ayant la nature juridique de rémunérations, c'est à bon droit, en application de l'article L. 3243-1 du code du travail, qu'une cour d'appel condamne l'établissement d'enseignement privé à la remise tant du bulletin de paie que de la fiche annexée aux bulletins de travail visée par l'article R. 3243-4 du code du travail, dès lors qu'aux termes de l'article 1 de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, intégré à l'article L. 442-5 du code de l'éducation, nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les personnels enseignants bénéficient des institutions représentatives du personnel dans les conditions prévues par le code du travail.

3^o En application tant de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale que de l'article L. 242-1-4 du même code, les heures de délégation accomplies par les maîtres de l'enseignement privé en dehors de leur temps de travail ayant la nature juridique de rémunérations, c'est à bon droit qu'une cour d'appel condamne l'établissement d'enseignement privé à payer ces sommes en brut, à charge pour l'établissement d'enseignement privé de déduire les cotisations de sécurité sociale de ces sommes et de les verser aux unions de recouvrement.

Soc. - 8 décembre 2016.

REJET

N° 13-28.002. - CA Aix-en-Provence, 17 octobre 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1015, note Lydie Dauxerre.

N° 574

1^o Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État. - Heures prises en dehors du temps de travail. - Paiement. - Nature. - Détermination.

2^o Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État. - Heures prises pendant une période de congés. - Paiement. - Cumul avec l'indemnité de congés payés. - Possibilité (non). - Portée.

1^o Le paiement des heures de délégation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat prises en dehors de leur temps de travail, qui ne se confondent pas avec les décharges d'activités de service accordées au représentant syndical en application de l'article 16 du décret n° 82-447 du 28 mai 1982, incombe à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement.

Ces heures, effectuées en sus du temps de service, constituent du temps de travail effectif et ouvrent droit au paiement du salaire correspondant, à des majorations pour heures supplémentaires, repos compensateurs et congés payés.

2^o Sauf circonstances exceptionnelles ou réunions organisées à l'initiative de l'établissement, le maître contractuel ne peut cumuler le traitement maintenu en l'absence d'obligations hebdomadaires de service avec les sommes dues au titre des heures de délégation utilisées pendant la période afférente.

Soc. - 8 décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-27.913. - CA Nancy, 18 octobre 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, M^e Haas, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1015, note Lydie Dauxerre.

N° 575

Représentation des salariés

Règles communes. - Fonctions. - Temps passé pour leur exercice. - Heures de délégation. - Paiement. - Calcul. - Indemnité forfaitaire compensant une sujétion particulière de l'emploi. - Exclusion. - Cas. - Supplément familial et indemnité de résidence des maîtres contractuels de l'enseignement privé. - Portée.

Le supplément familial et l'indemnité de résidence ne sont pas destinés à compenser une sujétion particulière de l'emploi des maîtres contractuels.

Ils n'ont donc pas à être inclus dans le traitement brut servant de base au calcul des heures de délégation qui leur sont dues par les établissements privés d'enseignement, en plus de la rémunération qui leur est versée par l'État.

Soc. - 8 décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 15-10.165. - CA Rennes, 7 novembre 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1015, note Lydie Dauxerre.

N° 576

1^o Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Dommage. - Réparation. - Réparation intégrale. - Portée.

2^o Cassation

Juridiction de renvoi. - Pouvoirs. - Limites.

1^o Répare deux fois une même période d'incapacité et viole, en conséquence, le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime une cour d'appel qui indemnise le déficit fonctionnel temporaire total d'une victime au-delà de la date de consolidation qu'elle retenait et à partir de laquelle elle avait procédé à l'évaluation de son déficit fonctionnel permanent.

2^o Une juridiction de renvoi n'a pas les pouvoirs de statuer sur les frais irrépétibles exposés devant la Cour de cassation.

2^e Civ. - 8 décembre 2016.
CASSATION PARTIELLE

N° 13-22.961. - CA Versailles, 30 mai 2013.

M. Savatier, Pt (f.f.). - M. Becuwe, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Ricard, SCP Capron, SCP Rousseau et Tapie, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 6, p. 50, note Noémie Klein.

N° 577

Saisie immobilière

Procédure. - Audience d'orientation. - Contestations et demandes incidentes. - Recevabilité. - Conditions. - Moment. - Détermination. - Portée.

En application des articles L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire et R. 311-5 du code des procédures civiles d'exécution, le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, de la procédure de saisie immobilière, des contestations qui s'élèvent à l'occasion de celle-ci et des demandes nées de cette procédure ou s'y rapportant directement, même si elles portent sur le fond du droit.

À peine d'irrecevabilité prononcée d'office, aucune contestation ni aucune demande incidente ne peut, sauf dispositions contraires, être formée après l'audience d'orientation.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui, ayant relevé qu'un jugement d'orientation avait été rendu à l'occasion d'une procédure de saisie immobilière engagée par la banque, déclare irrecevables dans l'instance au fond les contestations, mêmes nouvelles, se rapportant au titre exécutoire détenu par la banque, et ce, peu important qu'elle ait été saisie avant l'engagement de cette procédure de saisie immobilière.

2^e Civ. - 1^{er} décembre 2016.
REJET

N° 14-27.169. - CA Basse-Terre, 27 janvier 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Lemoine, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Caston, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. G, Act., 1381, note Christian Laporte.

N° 578

Sécurité sociale

Caisse. - Créances. - Prestations indues. - Recouvrement. - Procédure applicable. - Détermination.

Lorsqu'il est saisi d'un recours contre la décision de la commission de recours amiable de la caisse primaire d'assurance maladie formé à la suite de la notification de payer un indu en application de l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale, il appartient au juge du contentieux général de la sécurité sociale de statuer sur le bien-fondé de l'indu, peu important l'absence de délivrance, par la caisse, d'une mise en demeure.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.
CASSATION

N° 15-28.915. - TASS Clermont-Ferrand, 22 octobre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Moreau, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Gaschnard, Av.

N° 579

Sécurité sociale

Cotisations. - Réduction. - Réduction des cotisations sur les bas salaires. - Domaine d'application. - Détermination. - Portée.

Selon l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale, la réduction des cotisations et contributions qu'il prévoit est appliquée aux gains et rémunérations versés aux salariés au titre desquels l'employeur est soumis à l'obligation édictée par l'article L. 5422-13 du code du travail et aux salariés mentionnés au 3^e de l'article L. 5424-1.

Les établissements publics du culte régis par la législation locale sur les cultes et les congrégations religieuses, maintenue en vigueur par l'article 7, 13^e, de la loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, constituant une catégorie d'établissements publics qui ne figure pas au nombre des établissements publics échappant à l'obligation de s'assurer, pour tout ou partie de leur personnel, contre le risque de privation d'emploi, il en résulte qu'ils peuvent prétendre au bénéfice de la réduction des cotisations et contributions susmentionnée.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.
REJET

N° 15-28.586. - CA Colmar, 15 octobre 2015.

Mme Flise, Pt. - M. Hénon, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Ohl et Vexliard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1037, note Thierry Tauran.

N° 580

Sécurité sociale, accident du travail

Invalidité. - Taux. - Décision d'une caisse de mutualité sociale agricole. - Recours de l'employeur. - Procédure.

Il résulte de la combinaison des articles L. 751-32 du code rural et de la pêche maritime et R. 142-32 du code de la sécurité sociale que la contestation par l'employeur du taux d'incapacité permanente attribué après consolidation à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle prise en charge au titre du régime d'assurance obligatoire contre les accidents du travail et les maladies professionnelles des salariés agricoles relève de la compétence des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale selon les règles de procédure applicables devant celles-ci.

Selon l'article R. 142-1 du code de la sécurité sociale, les réclamations portées devant les juridictions du contentieux général contre les décisions prises par les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole sont soumises, préalablement à la saisine de la juridiction, à la commission de recours amiable de l'organisme.

Viola les textes susvisés la cour d'appel qui déclare recevable le recours contentieux formé par une société à l'encontre de la décision d'une caisse de mutualité sociale agricole fixant le taux d'incapacité permanente partielle de la victime, alors que cette société n'avait pas soumis sa réclamation, préalablement à la saisine de la juridiction, à la commission de recours amiable de l'organisme.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.
CASSATION SANS RENVOI

N° 15-28.465. - CA Rennes, 25 février et 14 octobre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Le Fischer, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

N° 581

Sécurité sociale, accident du travail

Maladies professionnelles. - Tableau n° 57 (affections provoquées par certains gestes et postures de travail). - Tendinopathie chronique de la coiffe des rotateurs. - Prise en charge. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Le tableau n° 57 A des maladies professionnelles, dans sa rédaction issue du décret n° 2011-1315 du 17 octobre 2011, subordonne la prise en charge, au titre de la législation professionnelle, de la tendinopathie chronique de la coiffe des rotateurs à sa confirmation par une IRM ou un arthroscanner en cas de contre-indication à l'IRM.

Viola les articles L. 461-1, alinéa 2, et L. 461-2 du code de la sécurité sociale, ainsi que le tableau susmentionné, le juge du fond qui relève, pour accueillir la demande de prise en charge d'une affection sur le fondement du tableau n° 57 A des maladies professionnelles, que la pathologie a été objectivée par un arthroscanner et une intervention chirurgicale, sans constater l'existence d'une contre-indication à l'IRM.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.
CASSATION

N° 15-26.900. - CA Bordeaux, 24 septembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Le Fischer, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Didier et Pinet, Av.

N° 582

Sécurité sociale, assurances sociales

Maladie. - Frais de cure. - Frais de transport. - Remboursement. - Fondement. - Détermination.

En application des articles L. 321-1, L. 322-5 et R. 322-14 du code de la sécurité sociale, en leur numérotation et rédaction applicables au litige, et 3 de l'arrêté du 26 octobre 1995 relatif aux prestations supplémentaires et aux aides financières attribuées par les caisses d'assurance maladie et modifiant certaines dispositions du règlement intérieur modèle des caisses primaires d'assurance maladie pour le service des prestations, les frais de transport engagés à l'occasion de cures thermales ne figurent pas parmi les frais pris en charge au titre de l'assurance maladie, mais relèvent de la réglementation spécifique des prestations supplémentaires.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.
CASSATION

N° 15-28.769. - TASS Nancy, 4 novembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Moreau, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1025, note Thierry Tauran.

N° 583

Sécurité sociale, assurances sociales

Maladie. - Frais de transport. - Remboursement. - Conditions. - Non-respect. - Portée.

Selon l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale, auquel ne dérogent pas les clauses de l'article 8 de la convention nationale des transporteurs sanitaires privés conclue le 26 décembre 2002 et réputée approuvée par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, les frais de transport sont pris en charge par l'assurance maladie sur la base, d'une part, du trajet et du mode de transport les moins onéreux compatibles avec l'état du bénéficiaire et, d'autre part, d'une prescription établie selon les règles définies à l'article L. 162-4-1 du même code.

La cour d'appel qui constate que les transports facturés par un transporteur sanitaire privé ne répondent pas aux conditions fixées par ces textes en déduit exactement qu'une caisse est fondée en sa demande de restitution d'indu.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.

REJET

N° 15-26.952. - CA Aix-en-Provence, 15 septembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Moreau, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Boutet et Hourdeaux, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1035, note Thierry Tauran.

N° 584

Sécurité sociale, assurances sociales

Maladie. - Indemnité journalière. - Durée. - Prolongation au-delà du sixième mois. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Les conditions de cotisations ou de durée de travail pour avoir droit aux indemnités journalières de l'assurance maladie au-delà du sixième mois d'arrêt de travail sont déterminées par les articles L. 313-1 et R. 313-3, 2^e, du code de la sécurité sociale.

Selon l'article R. 313-8, 3^e, du même code, pour l'ouverture de ce droit, est considérée comme équivalant à six fois la valeur horaire du salaire minimum de croissance au 1^{er} janvier qui précède immédiatement la période de référence ou à six heures de travail salarié chaque journée d'incapacité temporaire donnant lieu au versement des indemnités journalières au titre de la législation sur les accidents du travail.

Viole ces textes la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un assuré tendant au maintien des indemnités journalières au-delà du sixième mois d'indemnisation de son arrêt de travail, ne retient, pour la détermination des journées d'incapacité temporaire équivalant à six heures de travail salarié, que les seuls jours ouvrables, alors que les indemnités journalières au titre de la législation sur les accidents du travail sont servies pour chaque jour à compter du lendemain du jour de l'accident jusqu'à la guérison de la victime ou à la consolidation de son état.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-23.904. - CA Montpellier, 8 octobre 2014.

Mme Flise, Pt. - Mme Moreau, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 585

Sécurité sociale, contentieux

Contentieux général. - Compétence matérielle. - Accident du travail et maladie professionnelle. - Répartition de la charge financière entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice.

Selon l'article R. 242-6-3 du code de la sécurité sociale, les litiges concernant la répartition de la charge financière de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice relèvent du contentieux général de la sécurité sociale.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.

CASSATION SANS RENVOI

N° 15-29.149. - CA Douai, 1^{er} octobre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Le Fischer, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 586

Sécurité sociale, régimes complémentaires

Institution de prévoyance. - Obligation de renseigner. - Étendue.

Les institutions de prévoyance sont tenues de satisfaire à l'obligation d'information qui leur incombe à l'égard des adhérents par l'envoi de la notice d'information prévue par l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale.

Viole cet article et l'article L. 932-13 du même code la cour d'appel qui énonce qu'aucune obligation d'information ne pèse sur l'institution de prévoyance au titre de la notice d'information pour déclarer prescrite l'action engagée contre une telle institution par un adhérent qui faisait valoir qu'elle avait manqué à ses obligations dès lors qu'un avenant, mentionnant qu'il valait notice d'information, ne précisait pas les délais de prescription.

2^e Civ. - 8 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-19.685. - CA Bourges, 9 avril 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Gelbard-Le Dauphin, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Ricard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1027, note Thierry Tauran. Voir également la RGDA 2017, p. 116, note Maud Asselin.

N° 587

Sécurité sociale, régimes spéciaux

Marins. - Accident du travail. - Faute inexcusable de l'employeur. - Ayant droit. - Indemnisation. - Établissement national des invalides de la marine. - Subrogation. - Portée.

Il résulte de l'article L. 412-8, 8^e, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2016, applicable au litige, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, que le marin victime, au cours de l'exécution de son contrat d'engagement maritime, d'un accident du travail imputable à une faute inexcusable de son employeur peut demander, devant les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale, une indemnisation complémentaire dans les conditions prévues par le chapitre 2 du titre V du livre IV du code de la sécurité sociale.

Saisie aux fins de reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur afférente à un accident mortel du travail survenu au cours de l'exécution du contrat d'engagement maritime, la cour d'appel en déduit exactement que les ayants droit de la victime peuvent obtenir l'indemnisation du préjudice subi par leur auteur et de leur préjudice moral propre conformément aux dispositions des articles L. 452-1, L. 452-2 et L. 452-3 du code de la sécurité sociale et qu'en application du troisième alinéa de ce dernier article, les sommes dues sont avancées par l'Établissement national des invalides de la marine (ENIM), qui dispose d'un recours subrogatoire contre l'armateur qui a commis une faute inexcusable.

2^e Civ. - 15 décembre 2016.

REJET

N° 15-25.780. - CA Caen, 11 septembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Moreau, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Delaporte et Briard, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1036, note Thierry Tauran.

N° 588

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige entre personnes privées. - Action en responsabilité engagée par le bénéficiaire d'un permis de construire contre l'auteur d'un recours pour excès de pouvoir abusif. - Nature particulière du recours pour excès de pouvoir. - Absence d'influence.

Une cour d'appel décide à bon droit que l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme, qui permet, dans des conditions strictement définies, au bénéficiaire d'un permis de construire de solliciter, devant le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre ce permis, des dommages-intérêts contre l'auteur du recours, n'a ni pour objet ni pour effet d'écarter la compétence de droit commun du juge judiciaire pour indemniser, sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil, le préjudice subi du fait d'un recours abusif.

1^{er} Civ. - 16 novembre 2016.

REJET

N° 16-14.152. - CA Poitiers, 22 janvier 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Canas, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Odent et Poulet, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 589

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Établissement d'enseignement scolaire. - Établissement privé sous contrat d'association. - Demande indemnitaire d'un maître titulaire de l'enseignement public. - Portée.

Une cour d'appel, qui constate qu'un maître de l'enseignement public ne se trouve ni en position de détachement ni mis à disposition, mais que, fonctionnaire titulaire en position d'activité, exerçant effectivement les fonctions d'un emploi correspondant à son grade, il a été affecté par arrêté rectoral dans un établissement d'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État, décide exactement que les demandes indemnitaires qu'il forme à l'encontre de cet établissement, à raison du service d'enseignement qui lui a été confié, relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre administratif.

Soc. - 8 décembre 2016.

REJET

N° 14-29.015. - CA Montpellier, 22 octobre 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Farthouat-Danon, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, Av.

N° 590

Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à un ouvrage public. - Action en réparation des conséquences dommageables d'une décision administrative portant atteinte à la propriété.

Dans le cas d'une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif, compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une telle décision et, le cas échéant, pour adresser des injonctions à l'administration, l'est également pour connaître de conclusions tendant à la réparation des conséquences dommageables de cette décision administrative, hormis le cas où elle aurait pour effet l'extinction de droit de propriété.

Dès lors, viole la loi des 16-24 août 1790 la cour d'appel qui, pour rejeter l'exception d'incompétence, retient qu'il résulte de l'article 545 du code civil que les juridictions de l'ordre judiciaire sont seules compétentes pour statuer sur la réparation des préjudices découlant d'une atteinte à la propriété immobilière, qu'elle constitue une voie de fait ou seulement une emprise irrégulière.

3^e Civ. - 15 décembre 2016.

CASSATION SANS RENVOI

N° 15-20.953. - CA Fort-de-France, 23 septembre 2014.

M. Chauvin, Pt. - Mme Meano, Rap. - SCP Foussard et Froger, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 591

Société d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER)

Préemption. - Domaine d'application. - Vente de la pleine propriété du bien. - Conditions. - Détermination.

Une cour d'appel, qui relève que la vente d'un bien rural ne constituait pas une cession isolée de nue-propriété ou d'usufruit mais portait simultanément sur ces deux droits cédés sur le même immeuble par ses titulaires à un même acquéreur, lequel acquerrait en conséquence la pleine propriété du bien, en déduit exactement, sans être tenue de caractériser une fraude, que la vente était soumise au droit de préemption de la société d'aménagement foncier et d'établissement rural.

3^e Civ. - 15 décembre 2016.

REJET

N° 15-27.518. - CA Bordeaux, 29 septembre 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Dagneaux, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Rev. loyers 2017, p. 80, note Bernard Peignot. Voir également le JCP 2017, éd. N, II, n° 1117, note Benoît Grimonprez.

N° 592

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Banque. - Convention collective nationale de la banque. - Article 51-1. - Congé de maternité. - Congé supplémentaire rémunéré. - Nature. - Prolongation conventionnelle de la période légale de protection de la salariée. - Exclusion. - Portée.

S'il résulte de l'article 51-1 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, étendue, qu'à l'issue de son congé de maternité légal, la salariée a la faculté de prendre un congé supplémentaire rémunéré de quarante-cinq jours calendaires à plein salaire ou de quatre-vingt-dix jours calendaires à mi-salaire, ces dispositions n'instaurent pas une période de protection de la salariée interdisant ou limitant le droit, pour l'employeur, de procéder à un licenciement.

Soc. - 14 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-21.898. - CA Paris, 21 mai 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Wurtz, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

N° 593

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002. - Article 101.1. - Catégorie professionnelle. - Classification. - Médecin spécialiste. - Qualité. - Reconnaissance. - Effets. - Coefficient de rémunération. - Attribution. - Détermination.

Selon l'article 101.1 de la convention collective nationale de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002, la classification des médecins diffère selon les catégories suivantes : médecin généraliste, médecin de garde ou médecin DIM, médecin spécialiste, médecin responsable de service, médecin-chef.

Selon l'article 2 du décret n° 2004-252 du 19 mars 2004, l'obtention de la qualification de spécialiste, mentionnée à l'article 1, relève de la compétence de l'ordre national des médecins.

Viola ces textes l'arrêt qui déboute le salarié de sa demande d'attribution d'un coefficient conventionnel correspondant à la catégorie de médecin spécialiste, alors qu'il résulte de ses constatations que ce salarié avait obtenu la reconnaissance, par une décision du conseil de l'ordre des médecins, de sa qualité de médecin spécialiste qualifié en médecine générale.

Soc. - 1^{er} décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-25.693. - CA Montpellier, 8 juillet 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Brinet, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, Av.

N° 594

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale de l'immobilier du 9 septembre 1988. - Avenant n° 20 du 29 novembre 2000 relatif à l'ARTT. - Article 9 issu de l'avenant n° 20 bis du 6 novembre 2001. - Forfait en jours sur l'année. - Protection de la sécurité et de la santé du salarié. - Défaut. - Portée.

Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.

Les dispositions de la convention collective nationale de l'immobilier du 9 septembre 1988 n'étant pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de

l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, est nulle la convention de forfait en jours stipulée dans le contrat de travail.

Soc. - 14 décembre 2016.

REJET

N° 15-22.003. - CA Rennes, 22 mai 2015.

M. Frouin, Pt. - M. David, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Rev. dr. tr., janvier 2017, Act., p. 11, note Magali Roussel.

N° 595

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966. - Avenant n° 294 du 14 janvier 2004. - Article 2. - Classification. - Éducateur sportif en position d'enseignant. - Conditions. - Exercice dans le cadre scolaire. - Portée.

Il résulte de l'article 2 de l'avenant n° 292 du 14 janvier 2004 à la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 que l'éducateur sportif en position d'enseignant exerce dans le cadre scolaire.

Soc. - 14 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-17.223. - CA Grenoble, 26 février 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Brinet, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP de Nervo et Poupot, Av.

N° 596

Statuts professionnels particuliers

Journaliste professionnel. - Statut. - Application. - Conditions. - Activité principale de l'employeur. - Entreprise ou agence de presse. - Nécessité (non). - Publication de presse disposant d'une indépendance éditoriale. - Détermination. - Portée.

Selon l'article L. 7111-3 du code du travail, est journaliste professionnel toute personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques ou agences de presse, et qui en tire le principal de ses ressources.

Dans le cas où l'employeur n'est pas une entreprise de presse ou une agence de presse, la qualité de journaliste professionnel peut être retenue si la personne exerce son activité dans une publication de presse disposant d'une indépendance éditoriale.

Statue par des motifs impropres à caractériser une telle indépendance l'arrêt qui retient la qualité et l'étendue de la diffusion de la publication en cause.

Soc. - 1^{er} décembre 2016.

CASSATION

N° 15-19.177. - CA Versailles, 31 mars 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Vallée, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1020, note Nathalie Dauxerre.

N° 597

1^o Syndicat professionnel

Action en justice. - Conditions. - Intérêt collectif de la profession. - Atteintes. - Applications diverses. - Syndicat de médecins spécialistes. - Exercice illégal de la profession.

2^o Union européenne

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. - Article 49. - Liberté d'établissement. - Application. - Conditions. - Défaut. - Applications diverses.

3^o Professions médicales et paramédicales

Médecin. - Exercice illégal de la profession. - Pratique de l'épilation à la lumière pulsée.

1^o Aux termes de l'article 31 du code de procédure civile, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

En vertu de l'article L. 2132-3 du code du travail, les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice et peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

En conséquence, après avoir constaté que, selon ses statuts, un syndicat avait pour objet la défense des intérêts professionnels, moraux et matériels de ses membres, que tout médecin exerçant en France la spécialisation de dermatologie-vénérologie et inscrit au tableau de l'ordre des médecins pouvait adhérer à ce syndicat et qu'en reprochant à des sociétés des pratiques susceptibles de relever d'une catégorie d'actes que la loi réserverait aux médecins, le même syndicat invoquait une atteinte aux intérêts professionnels de ses membres, une cour d'appel en a déduit à bon droit que celui-ci justifiait d'un intérêt à agir.

2^o L'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne s'applique pas à un litige dont tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur du territoire national et dont aucun ne se rattache à l'une des situations envisagées par le droit de l'Union dans le domaine de la liberté d'établissement.

En conséquence, le litige opposant un syndicat, dont les membres, selon ses statuts, doivent être des médecins exerçant la spécialisation de dermatologie-vénérologie en France, à une société qui, dans le même État membre, a son siège social, exerce son activité et a pratiqué des actes d'épilation, en violation, selon ce syndicat, de l'arrêté du 6 janvier 1962 fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non médecins, ne relève pas du champ d'application de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatif à la liberté d'établissement.

3^o Constitue un trouble manifestement illicite la violation évidente d'une règle de droit résultant d'un fait matériel ou juridique.

En conséquence, ayant considéré qu'il résulte de l'article 2, 5^o, de l'arrêté ministériel du 6 janvier 1962 que les épilations à la pince et à la cire sont les seuls modes d'épilation qui peuvent être pratiqués par d'autres professionnels que les médecins, une cour d'appel a pu retenir que la réalisation d'actes d'épilation à la lumière pulsée, en violation de la disposition susmentionnée, constituait un trouble manifestement illicite.

1^{re} Civ. - 14 décembre 2016.

REJET

N° 15-21.597. - CA Douai, 4 juin 2015.

Mme Batut, Pt. - M. Truchot, Rap. - M. Sudre, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

N° 598

Syndicat professionnel

Représentativité. - Détermination. - Critères. - Respect des valeurs républicaines. - Défaut. - Preuve. - Charge. - Détermination. - Portée.

C'est à celui qui conteste le respect, par une organisation syndicale, des valeurs républicaines d'apporter la preuve de sa contestation.

Méconnaît les valeurs républicaines un syndicat qui prône des discriminations directes ou indirectes, en raison de l'origine du salarié.

Ayant fait ressortir que les éléments produits par les confédérations requérantes étaient insuffisants à apporter la preuve que l'action syndicale du Syndicat des travailleurs corses dans les entreprises prônait des distinctions fondées sur l'origine, ce dont il se déduisait que ce syndicat n'avait pas poursuivi un objectif contraire aux valeurs républicaines, le tribunal a légalement justifié sa décision.

Soc. - 12 décembre 2016.

REJET

N° 16-25.793. - TI Paris 15, 4 novembre 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 468. Voir également le JCP 2017, éd. G, II, 22, note Danièle Corrigan-Carsin, et le JCP 2017, éd. S, II, 1034, note Yannick Pagnerre.

N° 599

Transports routiers

Marchandises. - Contrat de transport. - Contrat type. - Contrat type approuvé par le décret n° 99-269 du 6 avril 1999. - Effets. - Montant des dommages allégués et prix du transport. - Compensation unilatérale. - Caractère irrégulier. - Applications diverses.

En application de l'article 18.2 du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises, pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique, approuvé par décret n° 99-269 du 6 avril 1999, est irrégulière la compensation unilatérale entre le montant des dommages allégués et le prix du transport, à laquelle un donneur d'ordre procède sans l'accord du transporteur, qui en a contesté le principe.

Cette compensation irrégulière n'ayant pu interrompre le délai de prescription prévu par l'article L. 133-6 du code de commerce, ouvert, après la perte de la marchandise, au donneur d'ordre pour invoquer la faute inexcusable du transporteur, la demande reconventionnelle formée à ce titre par le donneur d'ordre après l'expiration du délai d'un an est irrecevable comme prescrite.

Com. - 13 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-19.509. - CA Paris, 12 mars 2015.

Mme Mouillard, Pt. - M. Lecaroz, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, M^e Bertrand, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 7, p. 24, note Christophe Paulin.

N° 600

Transports routiers

Marchandises. - Responsabilité. - Dommage. - Réparation. - Exclusion. - Effets. - Faute inexcusable. - Caractérisation - Défaut - Applications diverses. - Conscience de la probabilité du dommage. - Stationnement sur un parking non surveillé. - Stationnement habituel sur un parking surveillé.

Prive sa décision de base légale, au regard de l'article L. 133-8 du code de commerce, la cour d'appel qui, pour retenir la faute inexcusable du transporteur, retient que le voiturier a eu connaissance de la probabilité du dommage dès lors que le chauffeur avait déclaré se garer habituellement sur le parking de la gendarmerie, ce qu'il n'avait pu faire le jour du vol de la marchandise, ce parking étant plein, ces motifs étant impropres à caractériser que le transporteur avait conscience qu'un dommage résulterait probablement de son comportement.

Com. - 13 décembre 2016.

CASSATION

N° 15-16.027. - CA Paris, 22 janvier 2015.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Jollec, Rap. - Mme Guinamant, Av. Gén. - M^e Rémy-Corlay, SCP Ortscheidt, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au D. 2016, somm., p. 2566.

Note sous Com., 13 décembre 2016, n° 600 ci-dessus

Par l'arrêt ici commenté, rendu en matière de transport terrestre de marchandises, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation statue, pour la première fois, sur l'appréciation de la faute inexcusable du transporteur, définie à l'article L. 133-8 du code de commerce.

Issu de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, l'article L. 133-8 du code de commerce dispose que « seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport. Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

Comme le dol, cette faute a pour conséquence la condamnation du transporteur, présumé responsable des pertes et avaries causées à la marchandise pendant le transport, à réparer intégralement le dommage, alors qu'en l'absence d'une telle faute ou d'un dol, le montant de cette condamnation est limité par les plafonds légaux d'indemnisation résultant des contrats types et des conventions internationales.

La loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 précitée a substitué la faute inexcusable à la faute lourde, laquelle était définie de manière prétorienne comme « une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'incapacité du [transporteur] à l'accomplissement de sa mission contractuelle » (chambre mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14.112, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 4).

Cette substitution procède d'une volonté du législateur de rendre plus difficile la condamnation du transporteur à réparer intégralement le dommage et d'harmoniser le régime de responsabilité des transporteurs routiers avec celui des autres transporteurs, maritimes notamment.

La question posée par le pourvoi était donc de déterminer l'appréciation de la faute inexcusable en matière de transport terrestre de marchandises, le seul arrêt déjà rendu ayant uniquement rappelé sa définition légale (Com., 18 novembre 2014, pourvoi n° 13-23.194, *Bull.* 2014, IV, n° 173).

En l'espèce, une société de transport s'était vue confier l'acheminement de paquets de céréales ; le chauffeur avait garé

son camion sur une aire non surveillée pendant une fin de semaine au cours de laquelle le vol d'une partie de la marchandise avait été commis. La cour d'appel a retenu l'existence d'une faute inexcusable au motif que le chauffeur avait eu conscience de la probabilité du dommage, dès lors qu'il avait déclaré se garer habituellement sur le parking de la gendarmerie, ce qui avait été impossible la nuit du vol car ce parking était complet, élément dont l'arrêt a déduit la perception d'un risque délibérément couru.

La Cour de cassation juge que les motifs invoqués sont impropres à caractériser la conscience du transporteur qu'un dommage résulterait probablement de son comportement.

En faisant prévaloir cette appréciation restrictive de la faute inexcusable, comme elle l'avait déjà fait en matière de transports maritime et aérien de marchandises, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a voulu conférer à cette faute un caractère exceptionnel, conforme à l'intention du législateur et aux conventions internationales régissant les transports internationaux auxquelles la France est partie.

Cette solution sera aussi applicable aux transports routiers internationaux régis par la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route, dite CMR, dont l'article 29 renvoie à la loi du for pour la détermination de la faute équipollente au dol de nature à priver les transporteurs du bénéfice des limitations d'indemnités.

N° 601

1^o Transports routiers

Transport public urbain de voyageurs. - Durée et organisation du travail. - Régime spécifique. - Organisation en l'absence d'accord d'entreprise. - Organisation par cycles. - Durée du temps de travail. - Dépassement. - Heures supplémentaires. - Prévision. - Possibilité.

105

2^o Travail réglementation, durée du travail

Repos et congés. - Repos quotidien. - Temps de pause. - Modalités. - Fractionnement. - Domaine d'application. - Entreprise de transport public urbain de voyageurs. - Détermination.

1^o Les dispositions de l'article L. 1321-1 du code des transports excluent l'application tant du chapitre 1 du livre III de ce code que de celles du code du travail relatives à la durée du travail et instituent un régime spécifique aux entreprises de transport public urbain régulier de personnes, et ni les dispositions de l'article L. 1321-2 du premier de ces codes, ni celles du décret n° 2000-118 du 14 février 2000 relatif à la durée du travail dans ce secteur particulier n'interdisent l'établissement d'un cycle prévoyant à l'avance la réalisation habituelle d'heures supplémentaires dans les limites prévues par les articles 5 et 11 de ce texte réglementaire.

2^o L'article 4 de la directive 2003/88/CE du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003, qui se borne à fixer le principe d'une pause lorsque le temps de travail journalier est supérieur à six heures et renvoie aux États membres le soin de fixer les modalités, notamment la durée, de cette pause, n'a pas d'effet direct sur ce point.

Viole ce texte et l'article L.1321-1 du code des transports, instituant un régime spécifique aux entreprises de transport public urbain régulier de personnes, la cour d'appel qui retient que le système de fractionnement de la pause de vingt minutes mis en place par l'employeur est contraire à cette directive, au code du travail et à l'article 10 du décret n° 2000-118 du 14 février 2000, et porte atteinte au droit des salariés à la santé et à la sécurité.

Soc. - 14 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 14-26.236. - CALyon, 21 mars, 19 septembre et 21 novembre 2014.

M. Frouin, Pt. - Mme Aubert-Monpeyssen, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1041, note Michel Morand.

N° **602**

Travail

Inspection du travail. - Compétences et moyens d'intervention. - Recherche et constatation des infractions ou des manquements. - Procès-verbal dressé par les fonctionnaires habilités. - Inspecteurs et contrôleurs du travail. - Fonctionnaires de contrôle assimilés. - Détermination. - Portée.

Selon les prescriptions de l'article L. 8113-7 du code du travail, en cas d'infraction aux dispositions relatives à la législation du travail, la personne visée au procès-verbal doit être avisée des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ainsi que des sanctions encourues par les inspecteurs du travail, les contrôleurs du travail et les fonctionnaires de contrôle assimilés ayant constaté lesdites infractions.

Ces dispositions s'appliquent de la même façon aux fonctionnaires de contrôle, qui, en application de l'article du code précité, peuvent, dans des cas expressément prévus par la loi ou par le règlement, exercer les attributions des inspecteurs du travail en matière de constatation des infractions et, notamment, aux fonctionnaires chargés du contrôle des transports terrestres au sein des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement, habilités à verbaliser.

Méconnaît la disposition précitée la cour d'appel qui, pour rejeter l'exception de nullité, prise de l'absence de cet avis, énonce que lesdits agents ne sont pas comptés au nombre des fonctionnaires de contrôle assimilés mentionnés par l'article L. 8113-7 du code du travail et ne sont pas tenus, à ce titre, à l'obligation d'information, imposée par le troisième alinéa de ce texte.

Crim. - 13 décembre 2016.

REJET

N° 16-80.219. - CA Dijon, 13 novembre 2015.

M. Guérin, Pt. - M. Ricard, Rap. - M. Lagauche, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **603**

1^o Travail réglementation, durée du travail

Travail à temps partiel. - Formalités légales. - Contrat écrit. - Mentions obligatoires. - Exclusion. - Horaires de travail. - Détermination.

2^o Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale des cadres du négoce des matériaux de construction du 21 mars 1972. - Article 18. - Indemnité conventionnelle de licenciement. - Montant. - Calcul. - Détermination. - Portée.

1^o L'article L. 3123-14 du code du travail, qui dispose que le contrat écrit du salarié à temps partiel doit mentionner la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et la répartition de cette durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, n'exige pas la mention par le contrat de travail ou l'avenant des horaires de travail.

2^o Doit être approuvée la cour d'appel qui, en vertu des dispositions de l'article 18 de la convention collective nationale des cadres du négoce des matériaux de construction, calcule le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement en fonction de la durée de chaque période de travail respectivement en qualité d'ETAM, puis de cadre, avec application du plafond prévu, pour les cadres, pour la seule part de l'indemnité correspondant à cette qualité.

Soc. - 14 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-16.131. - CA Dijon, 5 février 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Schmeitzky-Lhuillery, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Bouilloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 477.

N° **604**

Travail réglementation, santé et sécurité

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Missions. - Étendue. - Cas. - Protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. - Travailleurs concernés. - Détermination. - Portée.

Il résulte des articles L. 4111-5, L. 4612-1, R. 4511-1 et R. 4511-5 du code du travail, interprétés à la lumière de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) est compétent, pour exercer ses prérogatives, à l'égard de toute personne placée à quelque titre que ce soit sous l'autorité de l'employeur.

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui déclare recevable l'action du CHSCT d'une société donnée à l'encontre d'une autre société, après avoir constaté que les salariés de cette dernière étaient placés sous l'autorité des deux employeurs, et ce, afin d'obtenir, au sein d'un site relevant de son périmètre d'implantation, le respect par ces sociétés de leurs obligations légales en matière de prévention des risques professionnels.

Soc. - 7 décembre 2016.

REJET

N° 15-16.769. - CA Versailles, 17 février 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Sabotier, Rap. - Mme Berriat, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2016, éd. S, Act., n° 463, note Lydie Dauxerre, et II, 1044, note Jean-Benoît Cottin.

N° **605**

Vente

Garantie. - Vices cachés. - Conditions. - Atteinte à l'usage du bien. - Caractérisation. - Nécessité.

L'absence de syndic de copropriété ne constitue pas un vice de nature à rendre l'immeuble impropre à son usage d'habitation ni à en diminuer tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait acquis qu'à un prix moindre s'il l'avait connu.

3^e Civ. - 8 décembre 2016.

REJET

N° 14-27.986. - CA Aix-en-Provence, 11 septembre 2014.

M. Chauvin, Pt. - M. Jardel, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. N, chron., 1098, n° 20, note Stéphane Piedelièvre. Voir également la revue Loyers et copr. 2017, comm. 59, note Christelle Coutant-Lapalus, et la Rev. loyers 2017, p. 88, note Laurence Guégan-Gélinet.

N° 606

Vente

Immeuble. - Termites. - Recherche de la présence de termites. - Contrôleur technique ou technicien de la construction. - Diagnostic erroné. - Conséquences. - Responsabilité. - Dommage. - Réparation. - Caractérisation du préjudice.

Les préjudices liés à la présence de termites non mentionnée dans l'attestation destinée à informer l'acquéreur, prévue par l'article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation, revêtent un caractère certain.

3^e Civ. - 8 décembre 2016.

CASSATION PARTIELLE

N° 15-20.497. - CA Poitiers, 24 avril 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Georget, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Rev. loyers 2017, p. 24, note Fanny Cornette. Voir également le JCP 2017, éd. N, chron., 1098, n° 14, note Stéphane Piedelièvre, et la revue Ann. loyers, janvier-février 2017, p. 102, note Michel et Julien Zavaro.

DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION

Cour de révision et de réexamen des condamnations pénales

N° 608

Révision

Cas. - Fait nouveau ou élément inconnu de la juridiction au jour du procès - Définition. - Exclusion. - Condamnation d'une personne morale. - Relaxe en appel de son représentant, poursuivi pour les mêmes faits.

Ne constitue pas, au sens de l'article 622 du code de procédure pénale, un fait nouveau ou élément inconnu au jour du procès de

N° 607

Vol

Tentative. - Éléments constitutifs. - Caractérisation. - Cas.

Caractérise le commencement d'exécution de la tentative de vol aggravé et l'absence de désistement volontaire de leurs auteurs l'arrêt de la cour d'appel qui, d'une part, retient qu'après avoir fait choix d'une habitation, de par son apparence isolée et inoccupée, afin d'y commettre un vol, un prévenu et son comparse ont frappé à la porte de ce logement, d'autre part, énonce que cette action n'a été interrompue que par la réaction, indépendante de la volonté des auteurs, d'une personne, résidant sur place, ayant allumé une lumière et s'étant penchée à l'extérieur.

Crim. - 13 décembre 2016.

REJET

N° 14-87.473. - CA Toulouse, 22 octobre 2014.

M. Guérin, Pt. - M. Ricard, Rap. - M. Cordier, P. Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Rousseau et Tapie, Av.

Les titres et sommaires des arrêts de la première chambre civile du 7 décembre 2016 (pourvoi n° 16-21.760), de la troisième chambre civile du 1^{er} décembre 2016 (pourvoi n° 15-27.795), de la chambre sociale du 14 décembre 2016 (pourvoi n° 15-20.812) et de la chambre criminelle du 7 décembre 2016 (pourvoi n° 16-80.083) paraîtront ultérieurement.

nature à faire naître un doute sur la culpabilité d'une personne morale condamnée en première instance pour discrimination syndicale et harcèlement moral la relaxe en appel de son représentant, poursuivi pour ces mêmes faits, dès lors que ceux-ci ayant été soumis à l'examen d'un tribunal correctionnel puis d'une cour d'appel, chacune de ces juridictions les a différemment appréciés au regard des éléments constitutifs des infractions poursuivies.

8 décembre 2016.

REJET

N° 15-REV. - 016. - TGI Saint-Denis de la Réunion, 11 décembre 2012.

M. Pers, Pt (f.f.). - Mme Belfort, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - M^e Baloup, M^e Navarro, Av.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **155,30 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2017, frais de port inclus.



191178610-000517

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Bruno Pireyre

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 9,40 €
ISSN 0750-3865



Diffusion
Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des *Journaux officiels*
tél. : 01 40 15 70 10
www.ladocumentationfrancaise.fr