

**RAPPORT DE Mr CHEVALIER,
CONSEILLER**

Arrêt n° 428 du 11 mai 2022 – 1^{ère} Chambre civile

Pourvoi n° 21.16-156

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 14 avril 2021

M. [S] [M]

C/

Mme [B] [L]

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par acte du 10 janvier 2018, M. [M] a assigné Mme [B] [L], dite [D] [T], devant le tribunal de grande instance de Paris aux fins de voir juger que les propos suivants de celle-ci sont constitutifs de diffamation publique envers un simple particulier, prévue et réprimée par les articles 29, alinéa 1, et 32, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse :

- dans l'article intitulé « Moi aussi : pour que la honte change de camps » mis en ligne le 18 octobre 2017 sur le site www.itinera-magica.com à l'adresse URL <http://www.itinera-magica.com/moi-aussi/> :

« la troisième agression, ou comment j'ai été agressée par un ancien ministre ».

(...)

« J'avais vingt ans. À cette époque, mon père était ministre. Il était très exposé médiatiquement, et je souffrais beaucoup de cette attention extrême, de ce climat polémique qui rôdait tout le temps autour de lui, de ma famille, et j'aurais mille fois préféré l'anonymat. Mais le seul privilège de ministre qui me consolait, le seul dont lequel j'étais heureuse de bénéficier, c'était l'opéra. Le merveilleux opéra de Paris invitait régulièrement les ministres à assister aux représentations, et mon père, qui connaît mon amour pour l'art lyrique, me faisait souvent bénéficier de la deuxième invitation. L'y accompagner était une joie immense. Ce soir-là, nous allions voir un Wagner à l'opéra Bastille, était-ce Parsifal ?' Était-ce le Ring ?', et j'étais aux anges. Mais mon père a eu une urgence à gérer, et n'a pu me rejoindre qu'à l'entracte. Du coup, les sièges étaient rebattus, et quelqu'un s'est assis à ma droite, là où mon père aurait dû être.

Je ne sais pas si vous connaissez l'opéra Bastille. Dans cette immense et magnifique salle, une rangée est considérée comme la « rangée VIP ». C'est la catégorie Optima, la première rangée du premier balcon, en plein milieu de la salle (et non pas devant la scène), avec personne devant vous sur plusieurs mètres. C'est la rangée la plus exposée, où on voit aussi bien qu'on est vu. Les ministres, les hautes personnalités, les stars, sont toujours placés là, et c'était un immense bonheur pour moi de pouvoir en bénéficier. J'insiste là-dessus pour expliquer que ce ne sont pas des places discrètes, où on serait caché dans l'ombre. Ce sont des places où tout le monde sait qui vous êtes et voit ce que vous faites.

Un vieux monsieur à l'air éminemment respectable s'assoit donc à ma droite. Son épouse est à sa droite à lui. J'insiste. Son épouse est là. La représentation commence. Et au bout de dix minutes, le vieux monsieur a sa main sur ma cuisse. Je me dis qu'il doit être très âgé, perturbé. Je le repousse gentiment. Il recommence. Rebelote. Une troisième fois. Il commence à remonter ma jupe. Il glisse sa main à l'intérieur de ma cuisse, remonte vers mon entrejambe. J'enlève sa main plus fermement et je pousse un cri d'indignation étouffé, bouche fermée. Tout le monde me regarde. Il arrête. Dix minutes plus tard, il recommence. Je lui plante mes ongles dans la main. C'est un combat silencieux, grotesque, en plein opéra Bastille. Wagner sur scène, le vieux pervers contre la gamine en pantomime dans la salle.

(...)

C'est un ancien ministre de [O], membre de plusieurs gouvernements, qui a occupé des fonctions régaliennes, qui est une grande figure de gauche, décoré de l'Ordre national du mérite et de plusieurs autres Ordres européens. Une statue vivante. La représentation recommence, je suis tranquille, mais je n'arrive pas à me concentrer sur la mort des Dieux et les vocalises de la cantatrice ».

- dans l'article intitulé « [D] [T], fille d'Éric [L], accuse l'ex-ministre [S] [M] d'agression sexuelle », mis en ligne le 19 octobre 2017 à 21h09 sur le site www.lexpress.fr à

l'adresse [https://www.lexpress.fr/actualite/politique/la-fille-d-\[W\]-\[L\]-accuse-l-ex-ministre-\[S\]-\[M\]-d-agression-sexuelle-1954086.html](https://www.lexpress.fr/actualite/politique/la-fille-d-[W]-[L]-accuse-l-ex-ministre-[S]-[M]-d-agression-sexuelle-1954086.html) :

« Au bout de dix minutes, le vieux monsieur a sa main sur ma cuisse. Je me dis qu'il doit être très âgé, perturbé. Je le repousse gentiment. Il recommence. Rebelote. Une troisième fois. Il commence à remonter ma jupe. Il glisse sa main à l'intérieur de ma cuisse, remonte vers mon entrejambe. J'enlève sa main plus fermement et je pousse un cri d'indignation, étouffé, bouche fermée. Tout le monde me regarde. Il arrête. Dix minutes plus tard, il recommence. Je lui plante mes ongles dans la main. C'est un combat silencieux, grotesque, en plein opéra Bastille ».

(...)

« Je ne voulais pas qu'on commence à soupçonner tous les anciens ministres de [O], alors j'ai donné des indices précis, mais j'ai eu peur de donner son nom, peur de mettre en cause un homme très respecté, qui a occupé les plus hautes fonctions de l'État... En même temps, j'ai vu toutes mes amies qui ont subi des agressions témoigner, et je ne veux pas être la seule qui se taise par lâcheté. D'autant que c'est l'agression qui m'a le plus sidérée, parce que je savais que je n'y étais absolument pour rien ».

M. [M] a demandé au tribunal de condamner Mme [L] au paiement de la somme d'un euro à titre de dommages-intérêts et d'ordonner la suppression des propos du site www.itinera-magica.com ainsi que la publication d'un communiqué judiciaire en page d'accueil de ce site.

Par jugement du 22 janvier 2020, le tribunal judiciaire de Paris, après avoir retenu le caractère diffamatoire des propos poursuivis et rejeté l'excuse de bonne foi, a fait droit aux demandes de M. [M].

La cour d'appel de Paris, saisi d'un recours limité au rejet de la justification fondée sur la bonne foi et ses conséquences, a, par arrêt du 14 avril 2021, infirmé ce jugement dans toutes ses dispositions et a débouté M. [M] de ses demandes.

Elle a fondé ce rejet sur les motifs suivants :

« Il n'appartient pas à la cour de rechercher si les propos dénoncés par l'appelante sont réels ou imaginaires, mais uniquement si, compte tenu du contexte dans lequel ils ont été tenus, elle peut bénéficier de la bonne foi.

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 européenne des droits de l'homme.

La bonne foi doit être appréciée en tenant compte du caractère général du sujet sur lequel portent les propos litigieux et du contexte dans lequel ils s'inscrivent.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que les propos litigieux s'inscrivent

dans un débat d'intérêt général consécutif à la « libération de la parole des femmes », à la suite de l'affaire [H].

Au titre de la base factuelle, l'appelante produit douze pièces :

[...]

La cour constate qu'il n'est produit aucun témoignage direct des faits et aucune attestation émanant de personnes présentes lors de la représentation, alors que l'appelante avait écrit que tout le monde l'avait regardée et qu'elle avait, à la fin du spectacle, demandé à l'agent de sécurité de rechercher l'identité de l'homme qui était assis à ses côtés.

De plus, il est établi que Mme [L] a commis plusieurs erreurs factuelles dans son récit : si l'absence de "mort des Dieux" et de "vocalises" (notamment relevée par M. [M] dans son communiqué adressé à l'AFP le 5 novembre 2017) est dénuée de portée, en revanche l'appelante, qui met en avant son "amour pour l'art lyrique", ne se souvenait pas quel opéra de Wagner était représenté le soir des faits et elle a insisté sur l'existence d'un entracte, pendant lequel son père serait arrivé et où elle aurait changé de place, alors que l'opéra l'Or du Rhin est toujours exécuté sans entracte.

Cependant, ces erreurs de fait, qu'elle a ensuite reconnues, ne sont pas de nature à discréditer l'ensemble de ses propos, dès lors qu'elle les exprime plus de sept ans et demi après les faits, cette durée faisant également obstacle à la recherche de témoins directs, tels que l'agent de sécurité.

Par ailleurs, il convient de rappeler que les critères de la bonne foi s'apprécient différemment selon le genre de l'écrit en cause et la qualité de la personne qui s'y exprime et, notamment, avec une moindre rigueur lorsque l'auteur des propos diffamatoires n'est pas un journaliste qui fait profession d'informer, mais une personne elle-même impliquée dans les faits dont elle témoigne, ce qui est le cas de Mme [B] [L].

La cour relève que les pièces produites par cette dernière, ainsi que l'audition de son père devant le tribunal, montrent en particulier que :

- les parties ont assisté le 25 mars 2010 à une représentation de l'Or du Rhin à l'Opéra Bastille et elles se trouvaient à proximité l'une de l'autre ;
- Mme [L] a parlé de l'agression en cause dès le début à plusieurs personnes de son entourage, à savoir ses parents, un ami et son compagnon, ce dernier et sa mère ayant contribué à la dissuader de porter plainte ;
- une amie atteste de son changement de comportement à cette époque ;
- l'expertise psychiatrique amiable, certes effectuée huit ans après les faits dénoncés, ne fait état d'aucune pathologie mentale qui aurait pu affecter la crédibilité des propos ;
- à la question de savoir si sa fille a l'habitude de raconter des histoires, M. [L] a répondu à l'audience du tribunal : "De la créativité intellectuelle, c'est certain ; mais c'est une enfant qui ne mentait jamais, qui nous a toujours dit toute la vérité, elle est d'une droiture absolue".

Même si l'imputation diffamatoire ne porte que sur les seuls gestes qui auraient été commis sur Mme [L], il y a lieu d'ajouter qu'il a été fait état de comportements très

déplacés de M. [M] vis à vis d'autres femmes : M. [L] a déclaré en particulier qu'une femme professeur d'université lui avait expliqué que M. [M] avait "abusé d'elle", la fille de celui-ci lui ayant demandé de ne pas témoigner contre son père.

M. [L] a ajouté qu'il avait aussi été contacté par une assistante de vie auprès de Mme [M] qui souhaitait apporter son témoignage. Celle-ci, Mme [V] [I], a rédigé une attestation très détaillée ; même si la main courante qu'elle dit avoir déposée n'a pas été jointe à son attestation et si M. [M] a produit une attestation de la responsable de l'agence de placement indiquant que cette assistante de vie rencontrait de nombreux problèmes personnels, il sera observé qu'aucune plainte n'a été déposée contre l'attestation de Mme [I].

Compte tenu du contexte dans lequel les faits litigieux se seraient produits et de celui dans lequel ils sont révélés sept ans et demi plus tard dans le cadre du débat d'intérêt général alors lancé sur la libération de la parole des femmes, la cour considère que les pièces et le témoignage produits par l'appelante constituent une base factuelle suffisante. »

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi est fondé sur deux moyens.

Premier moyen

M. [M] fait grief à l'arrêt de le débouter de l'ensemble de ses demandes fondées sur la diffamation publique commise à son encontre par Mme [B] [L], en faisant bénéficier celle-ci de l'exception de bonne foi, au motif, notamment, que « Même si l'imputation diffamatoire ne porte que sur les seuls gestes qui auraient été commis sur Mme [L], il y a lieu d'ajouter qu'il a été fait état de comportements très déplacés de M. [M] vis-à-vis d'autres femmes : M. [W] [L] a déclaré en particulier qu'une femme professeur d'université lui avait expliqué que M. [M] avait "abusé d'elle", la fille de celui-ci lui ayant demandé de ne pas témoigner contre son père. », alors :

« 1°/ que ce motif ne résulte que de la reprise des notes d'audience prises en première instance à la suite de l'audition comme témoin de M. [W] [L], père d'[B] [L] auteur des propos litigieux ; que les déclarations d'un témoin à l'audience de première instance, fût-ce sans serment, doivent faire l'objet d'un procès-verbal signé notamment par lui, et que le juge ne peut se fonder sur de telles déclarations que si elles ont été régulièrement recueillies et transcrites ; en se fondant exclusivement sur des notes d'audience, dont l'objet ne peut être la transcription des propos d'un témoin entendu par le juge, et aucun procès-verbal n'ayant été dressé de ces déclarations, la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 219, 220, 231 du code de procédure civile, 727 du même code par fausse application, 6 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ qu'un juge ne peut pas fonder sa décision sur un élément qui n'est pas régulièrement dans le débat ; que dès lors que le témoin dont s'agit a été entendu par le premier juge sans procès-verbal, qu'aucune des parties devant la Cour d'appel ne s'est référée explicitement à ce témoignage, et que le tribunal de grande instance l'a seulement analysé ainsi : « Monsieur [W] [L], père de la défenderesse, était entendu à titre de simple renseignement et confirmait les accusations de sa fille qui lui avait rapporté les faits, selon lui, en arrivant au ministère le soir même », excluant ainsi toute référence à d'autres propos, la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de s'emparer de ces autres propos à titre de preuve, et elle a encore violé les textes précités, outre les articles 4 et 16 du même code et les droits de la défense ;

3°/ que la détermination du point de savoir si un diffamateur accusant notamment une personne d'agression sexuelle, était de bonne foi et disposait lors de la publication de ses propos, d'une base factuelle suffisante ne peut pas résulter même pour partie d'un témoignage anonyme, fût-il rapporté de manière indirecte par un autre témoin, un tel témoignage étant insusceptible d'une contestation précise ; en se fondant de façon manifestement importante sur le « contexte » résultant de propos tenus par des tiers dont un anonyme – à propos d'un comportement inacceptable de M. [M], pour retenir l'existence d'une base factuelle suffisante aux propos de Mme [L], la Cour d'appel a violé les articles 6 et 10 de la Convention européenne des droits d'homme, l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, et les droits de la défense ;

4°/ qu'est déloyal le procédé consistant à reprendre comme élément de preuve de la base factuelle d'un propos accusant un homme d'agression sexuelle sur une jeune fille les propos tenus à l'audience de première instance par le père de celle-ci, dont aucune des parties ne s'est prévaluée à l'audience d'appel, que le tribunal dans son jugement infirmé n'avait pas retenu, lesquels propos ne se référaient qu'à un témoignage absolument anonyme en disant : « un professeur d'université qui n'a pas souhaité venir témoigner, mais que j'ai eu au téléphone (...) m'a expliqué ce qui s'était passé dans son bureau (de l'homme en question) alors qu'il était ministre de l'Intérieur, qu'il a abusé d'elle alors qu'elle avait été placée sous sa responsabilité par sa famille », sans faire état de ce que l'avocat de la défense a immédiatement protesté contre des « propos inacceptables » qu'il a demandé au président de « faire cesser », en retenant ainsi un témoignage absolument anonyme pour justifier une atteinte à l'honneur d'un homme, et sans inviter au minimum ce dernier et sa défense à s'en expliquer contradictoirement devant la Cour ; ainsi la Cour d'appel a violé les principes fondamentaux gouvernant une procédure équitable, les articles 6 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les articles 219 et 220 du code de procédure civile et les droits de la défense. »

Second moyen

M. [M] fait grief à l'arrêt de le débouter de l'ensemble de ses demandes fondées sur la diffamation publique commise à son encontre par Mme [B] [L], alors :

« 1°/ que l'exception de bonne foi est exclue en l'absence de base factuelle suffisante ; que si l'exigence d'une base factuelle suffisante ne se confond pas avec la preuve de la

vérité des faits, du moins exige-t-elle la preuve qu'ils sont vraisemblables ; que l'imputation de faits imaginaires est exclusive de toute base factuelle ; qu'en retenant qu' « il n'appartient pas à la cour de rechercher si les propos dénoncés par l'appelante sont réels ou imaginaires, mais uniquement si, compte tenu du contexte dans lequel ils ont été tenus, elle peut bénéficier de la bonne foi », la cour d'appel, qui nie ce qui constitue l'objet même d'une base factuelle, a méconnu son office et violé les articles 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ que, en matière de diffamation, y compris dans le contexte d'un débat d'intérêt général, le diffamateur, même apparemment crédible, ne peut être dispensé de l'exigence d'une base factuelle suffisante, étayée par des éléments objectifs, en rapport avec les accusations portées et leur gravité, en l'espèce, selon les propos poursuivis, une agression sexuelle, survenue à l'opéra Bastille, durant un opéra de Wagner, dans des circonstances minutieusement décrites ; que si Mme [L] justifie que « les parties (ont) assisté le 25 mars 2010 à une représentation de l'Or du Rhin à l'Opéra Bastille et (...) se trouvaient à proximité l'une de l'autre », l'arrêt relève que, contrairement à son récit, cet opéra ne comporte pas de « mort des Dieux », de « vocalises », que « l'appelante, qui met en avant son "amour pour l'art lyrique", ne se souvenait pas quel opéra de Wagner était représenté le soir des faits », « a insisté sur l'existence d'un entracte, pendant lequel son père serait arrivé et où elle aurait changé de place, alors que l'opéra l'Or du Rhin est toujours exécuté sans entracte » ; que l'arrêt ajoute : « il n'est produit aucun témoignage direct des faits et aucune attestation émanant de personnes présentes lors de la représentation, alors que l'appelante avait écrit que tout le monde l'avait regardée et qu'elle avait, à la fin du spectacle, demandé à l'agent de sécurité de rechercher l'identité de l'homme qui était assis à ses côtés » ; qu'en évacuant ces erreurs factuelles et l'absence de témoignage direct au motif, insusceptible de combler la base factuelle manquante constatée, que « ces erreurs de fait, qu'elle a ensuite reconnues, ne sont pas de nature à discréditer l'ensemble de ses propos, dès lors qu'elle les exprime plus de sept ans et demi après les faits, cette durée faisant également obstacle à la recherche de témoins directs, tels que l'agent de sécurité », la cour d'appel a violé les articles 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

3°/ que l'arrêt relève encore la production de 4 témoignages indirects de proches, qui n'étaient pas présents au moment des faits prétendus et ne font que rapporter les dires d'[B] [L] ; d'un rapport d'expertise psychiatrique amiable attestant de l'absence de pathologie mentale susceptible d'affecter ses propos établi 8 ans après les faits ; outre les déclarations d'un père convaincu que « c'est une enfant qui ne mentait jamais » ; qu'en jugeant que les pièces et le témoignage produit constituent une base factuelle suffisante, ce que ses constatations excluaient, la cour d'appel a violé les articles 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

4°/ que les éléments produits au titre de la base factuelle doivent se rapporter aux accusations portées ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que « Mme [S] [U], qui se présente comme faisant partie du cercle des amis proches de l'appelante,

atteste du mal-être de son amie, à l'époque de son agression qu'elle avait gardée sous silence, de sa prise de poids et de son état de détresse, (pièce n° 6) » de sorte qu'il n'apparaît pas que son témoignage se rapporte précisément aux faits dénoncés dont elle ne savait rien ; que l'arrêt constate que l'attestation de Mme [V] [I] et les déclarations de M. [W] [L] relatant les dires d'un témoin anonyme ne se rapportent pas aux gestes dénoncés par Mme [L] ; qu'en se fondant néanmoins sur ces éléments pour retenir l'existence d'une base factuelle suffisante, la cour d'appel a violé les articles 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

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

L'appréciation par la cour d'appel de Paris de la bonne foi de Mme [L] (second moyen et premier moyen, troisième branche).

L'application dans le procès civil en diffamation des articles 219 et 220 du code de procédure civile (premier moyen, première branche) et la violation des droits de la défense résultant de la prise en considération de déclarations d'un tiers consignées dans les notes d'audience du tribunal de grande instance et qui n'ont pas été évoquées devant la cour d'appel (premier moyen, deuxième et quatrième branches).

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

L'appréciation de la bonne foi

L'affaire en examen s'inscrit dans un courant d'opinion porté en France par des mouvements tels que « Me too » ou « Balance Ton Porc », qui ont pour but de promouvoir la libération de la parole des femmes et de les encourager à dénoncer dans les médias les violences sexuelles dont elles ont été victimes.

Elle revêt un enjeu important parce qu'elle concerne l'arbitrage, difficile, entre deux droits fondamentaux tout autant essentiels, la liberté d'expression et le droit de toute personne à la protection de sa réputation, et dont le principe est admis à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « la Convention »), selon lequel la liberté d'expression peut être soumise à des conditions ou restrictions rendues nécessaires par la protection de la réputation d'autrui.

Cette protection de la réputation est assurée en droit français par la répression de la diffamation, définie à l'article 29, premier alinéa, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse comme 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.

En vertu de cette loi, elle cesse devant la vérité du fait imputé. Ainsi, aux termes de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, si la preuve du fait diffamatoire est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte. Il s'ensuit que l'imputation du fait

diffamatoire ne constitue plus ni un délit pénal ni une faute civile lorsqu'elle s'avère exacte. La vérité fait ainsi primer la liberté d'expression.

La frontière de cet arbitrage a évolué dans le temps, en faveur de cette liberté.

En effet, dans sa version résultant de l'ordonnance du 6 mai 1944, l'article 35 excluait que la vérité puisse être apportée lorsque l'imputation se référait à des faits qui, soit remontaient à plus de dix années, soit constituaient une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui avaient donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

Le temps écoulé de même que la suppression de l'incrimination pénale conféraient ainsi un droit à l'oubli, destiné à la préservation de la paix sociale.

A la suite des décisions du Conseil constitutionnel rendues le 20 mai 2011 (Cons. Constit., n° 2011-131 QPC) et le 7 juin 2013 (Cons. const., n° 2013-319 QPC), dans lesquelles il a estimé que leurs termes généraux et absolus portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, ces deux exclusions ont été supprimées.

L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 limite désormais l'interdiction d'apporter la vérité des faits diffamatoires au cas dans lequel l'imputation concerne la vie privée de la personne.

Mais cette exception, qui vise à garantir le droit protégé à l'article 8 de la Convention, a également vu sa portée limitée par la loi du 17 juin 1998 qui, à son article 44, a prévu que la preuve de la vérité restait possible, nonobstant le lien de l'imputation diffamatoire avec la vie privée ou l'ancienneté des faits litigieux, lorsqu'elle porte sur un fait susceptible d'être qualifié de viol, agression et exhibition sexuelle commis contre un mineur ou susceptible de constituer une mise en péril d'un mineur.

Et si le rappel d'une condamnation amnistiée demeure sanctionnée par le code pénal celui des faits ayant donné lieu à cette condamnation ne l'est pas : « *si la circonstance que les écrits incriminés ont eu pour objet de porter à la connaissance du public les agissements dans leur jeunesse de deux hommes politiques peut justifier, en cas de bonne foi de leur auteur, la diffamation, il ne saurait en être ainsi, sauf à violer les textes précités, lorsqu'elle consiste dans le rappel de condamnations amnistiées, lequel est interdit sous peine de sanction pénale* » (1^{re} Civ., 16 mai 2013, pourvoi n° 12-19.784 ; Crim., 3 novembre 2015, pourvoi n° 14-83.419, Bull. Crim 2016, n° 453).

Cependant, la preuve de la vérité des faits imputés est soumise dans la loi du 29 juillet 1881 à des conditions de forme rigoureuses, prévues à l'article 55, applicables au procès pénal comme au procès civil : élection de domicile et signification aux autres parties, dans le délai de dix jours après la signification de la citation, à peine de déchéance, des faits qu'il s'agit de prouver, de la copie des pièces ainsi que des noms, profession et demeure des témoins destinés à faire cette preuve, ces conditions étant analysées comme des formalités substantielles d'ordre public (Crim., 24 septembre

2002, pourvoi n° 01-86.181, Bull. crim. 2002, n° 173 ; 1^{re} Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-11.784, Bull. civ. 2011, I, n° 58 ; Crim., 22 octobre 2013, pourvoi n° 12-85.971).

En outre, selon la jurisprudence, la preuve de la vérité des faits qui doit être apportée par l'auteur des propos doit être « parfaite, complète et corrélative aux imputations diffamatoires dans toute leur matérialité et leur portée » (Crim. 3 mars 2015, pourvoi n° 13-88.06).

La rigueur de ces conditions de forme et de fond a conduit la jurisprudence à admettre un second motif de justification, pouvant être invoqué cumulativement avec le précédent, constitué par la « bonne foi » de l'auteur des propos. Si les imputations diffamatoires sont réputées, de droit, faites avec l'intention de nuire, la partie poursuivie pour diffamation a la faculté d'offrir, outre la preuve de la vérité des faits diffamatoires, conformément à l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, la possibilité de démontrer l'existence de circonstances particulières de nature à la faire bénéficier de la bonne foi (1^{re} Civ., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-21.823, Bull. 2016, I, n° 182).

La démonstration de cette bonne foi incombe entièrement à celui qui s'en prévaut, le juge n'ayant pas le pouvoir de provoquer, compléter ou parfaire son établissement (Crim., 28 février 2012, pourvoi n° 08-83.926, 08-83.978, Bull. crim. 2012, n° 55, cassation ; Crim., 15 octobre 2019, pourvoi n° 18.83-255, publié au bulletin). Et elle ne peut être déduite de faits postérieurs aux propos (Crim., 3 novembre 2020, pourvoi n° 19-84.700, publié au bulletin).

Elle se caractérise par les quatre conditions cumulatives suivantes : la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression, ainsi que l'existence d'une enquête sérieuse ou d'une base factuelle suffisante (1^{re} Civ., 17 mars 2011, précité ; Crim., 21 avril 2020, pourvoi n° 19-81.172).

Le pourvoi en examen concerne cette dernière condition.

Elle s'impose même si le propos diffamatoire s'inscrit dans un débat d'intérêt général. (Crim., 23 novembre 2021, pourvoi n° 20-86.592). Selon la Cour de cassation, « *en matière de diffamation, lorsque l'auteur des propos soutient qu'il était de bonne foi, il appartient aux juges, qui examinent à cette fin si celui-ci s'exprimait dans un but légitime, était dénué d'animosité personnelle, s'est appuyé sur une enquête sérieuse et a conservé prudence et mesure dans l'expression, de rechercher d'abord, en application de ce même texte, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, si lesdits propos s'inscrivent dans un débat d'intérêt général et reposent sur une base factuelle suffisante, afin, s'ils constatent que ces deux conditions sont réunies, d'apprécier moins strictement ces quatre critères, notamment s'agissant de l'absence d'animosité personnelle et de la prudence dans l'expression* » (Crim., 21 avril 2020, pourvoi n° 19-81.172, publié au bulletin).

Le fait que les propos diffamatoires portent sur un sujet d'intérêt général ne suffit donc pas à caractériser la bonne foi en l'absence de base factuelle suffisante (Crim., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-81.078 : « *Attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, 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 » ; Crim., 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-82.587, Bull. crim. 2015, n° 224 : « la cour d'appel a justifié sa décision dès lors que les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général relatif à la gestion des emplois municipaux et aux conditions de la promotion accordée par un maire à l'un de ses proches parents au sein du personnel municipal, étaient dépourvus de base factuelle suffisante en l'absence d'élément accréditant le fait que Mme [N] aurait été privilégiée par rapport à d'autres candidats à ces fonctions répondant à des critères de compétence, de diplôme et d'ancienneté équivalents »).

Afin de permettre cette démonstration, l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que « le prévenu peut produire pour les nécessités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires ».

Le niveau d'exigence relativement aux éléments de preuve devant être apporté par l'auteur des propos diffamatoires varie cependant selon qu'il s'agit d'un particulier ou d'un journaliste, la Cour de cassation estimant que le premier, qui n'est pas un professionnel de l'information, n'est pas tenu aux mêmes exigences déontologiques que le second (Crim., 15 octobre 2019, pourvoi n° 18-83.255, publié au bulletin).

Enfin, la Cour de cassation doit être mise en mesure d'exercer son contrôle sur son appréciation par les juges du fond : « l'exception de bonne foi ne saurait être légalement admise par les juges qu'autant qu'ils énoncent les faits sur lesquels ils se fondent et que ces faits justifient cette exception » (Crim., 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-83.195, Bull. crim. 1996, n° 283 ; Crim., 15 octobre 2019, précité :

« pour confirmer le jugement en ce qu'il a refusé au prévenu le bénéfice de la bonne foi, l'arrêt énonce que, si le débat local entre les élus et les animateurs du site internet "laviede.fr" est particulièrement virulent et marqué par la mise en cause récurrente de l'action des élus locaux, aucune recherche sérieuse tenant à la nature de la convention d'occupation liant les pensionnaires de la résidence pour personnes âgées et le CCAS, à l'évolution législative et réglementaire affectant cette matière, aux obligations incombant aux personnes morales de droit public et aux collectivités territoriales n'a manifestement été menée, et que les propos de M. [X] ne reposent sur aucune base factuelle suffisante ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, d'une part, le texte litigieux participait d'un débat d'intérêt général relatif à l'exercice par le maire de ses responsabilités dans la gestion d'une résidence pour personnes âgées, d'autre part, le prévenu, qui n'est pas un professionnel de l'information, n'était pas tenu aux mêmes exigences déontologiques qu'un journaliste, la cour d'appel, qui devait analyser précisément les pièces produites par le prévenu au soutien de l'exception de bonne foi, pièces qui avaient seulement été énumérées par les premiers juges en tant qu'elles avaient été jointes à l'offre de preuve, afin d'apprécier, au vu de ces pièces et de celles

produites par la partie civile pour combattre cette exception, et en considération de ce qui précède, la suffisance de la base factuelle, n'a pas justifié sa décision. »)

Cette exigence d'une base factuelle suffisante est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour cette juridiction, l'élément central de la diffamation est l'atteinte à la réputation. La protection de celle-ci est assurée, lorsque les allégations factuelles sont d'une nature tellement offensante que leur publication ont un effet direct inévitable sur la vie privée du plaignant, sur le fondement de l'article 8 de la Convention (CEDH, 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse* [GC], n° 56925/08, § 72) et, à défaut, de l'article 10, paragraphe 2, de celle-ci (CEDH, 20 mars 2018, *Falzon c. Malte*, n° 45791/13, § 56).

Dans le cadre de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et de la protection de la réputation, le premier critère à rendre en considération est la contribution des propos litigieux à un débat d'intérêt général. Mais la garantie que l'article 10 de la Convention offre aux journalistes demeure toujours subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique (CEDH, 2 mai 2000, *Bergens Tidende et autres c. Norvège*, n° 26132/95, § 53, et la jurisprudence citée).

Pour être admissible, l'imputation diffamatoire, même lorsqu'elle s'inscrit dans un débat d'intérêt général, doit donc prendre appui sur des éléments objectifs dont la consistance varie selon la gravité de l'imputation et la qualité de la personne concernée. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme admet, lorsque l'imputation, par sa formulation, se rattache à l'expression d'une opinion ou d'un « jugement de valeur » (CEDH, 8 juillet 1986, *Lingens c/ Autriche*, req. n° 9815/82) qu'elle puisse n'avoir qu'une base factuelle ténue. Il suffit, au moins dans le cadre de la joute politique, que cette base ne soit pas inexistante (CEDH 22 février 2008, *Desjardin c/ France*, req. n° 22567/03 ; 7 novembre 2006, *Mamère c/ France*, req. n° 12697/03 ; 11 avril 2006, *Brasilier c/ France*, req. n° 71343/01). La base factuelle doit être plus solide lorsque sont imputés des faits précis, en particulier lorsque ces faits sont susceptibles de constituer une infraction pénale. En outre, il faut considérer la gravité de l'imputation, car « plus l'allégation est sérieuse, plus la base factuelle doit être solide » (CEDH 11 janvier 2011, *Barata Monteiro da Costa Nogueira c/ Portugal*, req. n° 4035/08, § 31 et 38).

Au regard de ces éléments que les parties au litige ont rappelés dans leurs mémoires, le centre de gravité du second moyen du pourvoi paraît se situer dans les deux premières branches de celui-ci.

Il s'agira ainsi d'apprécier si la cour d'appel pouvait énoncer en majeur de son syllogisme qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si « les propos dénoncés par l'appelante sont réels ou imaginaires mais uniquement si, compte tenu du contexte dans lequel il sont été tenus, elle peut bénéficier de la bonne foi » puis conclure à l'existence d'une base factuelle suffisante après avoir constaté, d'une part, que Mme [L] n'avait produit aucun témoignage direct des faits et, d'autre part, qu'elle avait commis

des erreurs dans son récit, en particulier sur l'existence d'un entracte, sur laquelle elle avait pourtant insisté, au cours duquel son père serait arrivé et elle aurait changé de place.

Si la Cour estimait que la cassation est encourue de ces chefs, il pourrait ne pas y avoir lieu d'examiner les autres griefs.

L'application dans le procès civil en diffamation des articles 219 et 220 du code de procédure civile (premier moyen, première branche) et la violation des droits de la défense résultant de la prise en considération de déclarations d'un tiers consignées dans les notes d'audience du tribunal de grande instance et qui n'ont pas été évoquées devant la cour d'appel (premier moyen, deuxième et quatrième branches)

L'application des articles 219 et 220 du code de procédure civile

L'article 219 du code de procédure civile prévoit :

« Les dépositions sont consignées dans un procès-verbal.

Toutefois, si elles sont recueillies au cours des débats, il est seulement fait mention dans le jugement du nom des personnes entendues et du résultat de leurs dépositions lorsque l'affaire doit être immédiatement jugée en dernier ressort. »

L'article 220 du même code dispose :

« Le procès-verbal doit faire mention de la présence ou de l'absence des parties, des nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession des personnes entendues ainsi que, s'il y a lieu, du serment par elles prêté et de leurs déclarations relatives à leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

Chaque personne entendue signe le procès-verbal de sa déposition, après lecture, ou le certifie conforme à ses déclarations, auquel cas mention en est faite au procès-verbal. Le cas échéant, il y est indiqué qu'elle refuse de le signer ou de le certifier conforme.

Le juge peut consigner dans ce procès-verbal ses constatations relatives au comportement du témoin lors de son audition.

Les observations des parties sont consignées dans le procès-verbal, ou lui sont annexées lorsqu'elles sont écrites.

Les documents versés à l'enquête sont également annexés.

Le procès-verbal est daté et signé par le juge et, s'il y a lieu, par le greffier. »

Ces dispositions, énoncées dans les dispositions générales applicables à l'enquête, s'appliquent tant à l'enquête dite « ordinaire », ordonnée par le juge, qu'à l'enquête dite « sur le champ », prévue à l'article 231 du code de procédure civile, aux termes duquel « Le juge peut, à l'audience ou en son cabinet, ainsi qu'en tout lieu à l'occasion de l'exécution d'une mesure d'instruction, entendre sur-le-champ les personnes dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité. »

Et la rédaction du procès-verbal prévue à l'article 219 selon les formes décrites à l'article 220 s'impose lorsque le témoin n'a pas prêté serment, ainsi qu'il ressort du second de ces textes.

Par conséquent, il ne peut être dérogé à l'obligation prévue à l'article 219 du code de procédure civile que si l'affaire est jugée en dernier ressort (1^{re} Civ., 7 novembre 2000, pourvoi n° 97-20.212, Bull. n° 280).

Selon le jugement rendu par le tribunal judiciaire de Paris le 22 janvier 2020, M. [L], père de Mme [L], a été cité comme témoin par celle-ci (page 6) et entendu à titre de simple renseignement (p. 15).

Si cette audition peut être considérée comme une « enquête sur le champ » au sens de l'article 231 du code de procédure civile, il n'en demeure pas moins qu'elle n'a pas été consignée dans un procès-verbal.

L'appréciation des conséquences de ce manquement dans l'affaire en examen pourrait conduire la Cour à examiner, tout d'abord, si les articles 219 et 220 sont impératifs dans le procès civil en diffamation, ensuite, à supposer qu'ils le soient, à la pertinence du grief au regard de l'ensemble des motifs de l'arrêt attaqué.

Sur le premier point, les articles 219 et 220 du code de procédure civile ne sont pas repris dans le code de procédure pénale, qui prévoit à l'article 453 que les déclarations des témoins sont consignées par le greffier dans les notes d'audience et la Cour de cassation comme le Conseil constitutionnel ont consacré le principe de l'unicité du procès de presse à l'égard des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, telles que l'article 53 (Ass. Plén., 15 février 2013, pourvoi n° 11-14.637, Bull. n° 1 ; Cons. Constit. 17 mai 2013, décision n° 2013-311 QPC) .

En outre, comme l'article 453 du code de procédure pénale, l'article 728 du code de procédure civile énonce que les notes d'audience sont signées par le greffier et le président.

Sur le second point, les déclarations de M. [L] citées dans le grief pourraient apparaître comme un motif surabondant au vu de l'analyse par la cour d'appel des pièces produites par Mme [L].

La violation du principe du contradictoire

La même remarque doit être faite en ce qui concerne la pertinence des griefs exposés dans les deuxième et quatrième branches.

Si la Cour devait les examiner, elle pourrait le faire à l'aune des éléments suivants.

Aux termes de l'article 968 du code de procédure civile, au dossier de la cour est joint celui de la juridiction de première instance que le greffier demande dès que la cour est saisie.

Ainsi que les parties le rappellent l'une et l'autre, les notes d'audience sont dans le débat : « *Mais attendu qu'il résulte de la note d'audience, jointe au dossier de la procédure, que l'avocat de Mme [Y] a soutenu devant le premier président que, cette dernière étant passée en soins libres, l'appel était devenu sans objet ; que le moyen, qui propose une argumentation incompatible avec celle qui avait été développée en cause d'appel, est dès lors irrecevable ;* » (1^{re} Civ., 11 juillet 2019, pourvoi n° 19-14.398).

En outre, dans l'arrêt rendu le 4 mars 2021, la deuxième chambre civile (pourvoi n° 19-24.789), en réponse au moyen selon lequel « le juge ne peut se fonder sur des pièces dont les parties n'ont pas été mises à même de débattre contradictoirement ; qu'en se fondant, pour décider que M. [Z] n'avait pas soulevé les exceptions de nullité avant toute défense au fond, sur les notes d'audience du 19 juin 2017 qui n'avaient été produites par aucune des parties et sans les inviter à présenter leurs observations sur cet élément, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », a retenu ce qui suit :

« 6. En premier lieu, en application des articles 727 et 968 du code de procédure civile, les notes d'audience constituent un acte de la procédure versé au dossier de première instance qui est joint à celui de la cour d'appel, dont chaque partie peut demander la communication, sans que le juge ait à solliciter les observations des parties.

7. C'est donc sans méconnaître le principe de la contradiction que la cour d'appel s'est fondée sur des notes d'audience pour juger les exceptions de nullité irrecevables. »

5 - Orientation proposée : **FS**

Nombre de projet(s) préparé(s) : **1**