« Procédure bâillon » : Retour sur l'affaire des sondages de l'Elysée et la liberté d'expression des universitaires

Liberté d'expression (Art. 23, 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881 et Art. 10 CEDH)

Jérémy Mercier

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2063>

DOI : 10.4000/revdh.2063

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Jérémy Mercier, « « Procédure bâillon » : Retour sur l'affaire des sondages de l'Elysée et la liberté d'expression des universitaires », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 15 mars 2016, consulté le 20 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2063> ; DOI : 10.4000/revdh.2063

Ce document a été généré automatiquement le 20 avril 2019.

Tous droits réservés

« Procédure bâillon » : Retour sur l'affaire des sondages de l'Elysée et la liberté d'expression des universitaires

Liberté d'expression (Art. 23, 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881 et Art. 10 CEDH)

Jérémy Mercier

- 1 C'est sur fond de hautes tensions politiques et de diverses mises en examen dans l'affaire des sondages de l'Elysée connue lors du précédent quinquennat autant que de réflexion sur les carences législatives de la loi du 19 juillet 1977¹ que les juges de la 7ème chambre du second pôle de la Cour d'Appel de Paris rendaient un arrêt attendu le 4 novembre 2015 en matière de liberté d'expression scientifique sur les sondages (dossier n° 15/01661). En l'espèce, après un premier jugement de la 17ème Chambre du Tribunal correctionnel de Paris en date du 6 février 2015, prononçant la relaxe de l'universitaire Alain Garrigou, directeur de l'Observatoire des sondages², pour des faits relatifs aux propos tenus dans son article « La deuxième mort de l'Ifop »³, les parties civiles, Christian Latouche et la Société Fiducial dont il a qualité de gérant, avaient interjeté appel au motif que les juges n'avaient pas su apprécier leur préjudice du fait de tels propos diffamatoires : « *Le rolling poll du 16 mars 2012, réalisé par l'Ifop et Fiducial est donc un sondage payé par l'entreprise de la présidente du MEDEF et un grand groupe d'expertise comptable dirigé lui par Christian Latouche dont les affinités idéologiques avec l'extrême droite sont bien connues. Spécialiste du conseil juridique et financier aux entreprises, le groupe Fiducial paye également les sondages Opinionway, dont la dernière livraison annonce Nicolas Sarkozy à égalité au premier tour de la présidentielle avec François Hollande avec 27,5 % d'intentions de vote (Opinionway-Fiducial-Le Figaro-LCI, 16 mars 2012)* ».
- 2 A ce titre, tandis que la 17ème chambre avait repris à l'occasion de ce jugement, et pour la première fois soumis à l'interprétation de la Cour d'Appel de Paris, l'expression de « *procédure bâillon* » utilisée par le prévenu en référence au concept de « *strategic lawsuit again public participation* » (SLAPP) mettant en lumière un recours abusif et stratégique

de procédure judiciaire⁴, et donc de constitution de partie civile visant à intimider toute expression ou prise de position publiques des universitaires, des chercheurs ou plus généralement des citoyens sur des sujets d'intérêt général particulièrement exposés, les juges de la Cour d'appel ont, à l'inverse, accueilli le moyen tiré du préjudice subi pour les propos tenus par A. Garrigou, en repoussant celui de « *procédure bâillon* » sur le fondement de l'article 472 du Code de procédure pénale⁵ (1°). Par cet arrêt du 6 novembre 2015, faisant suite à une plainte des parties civiles ayant donné lieu à la mise en examen le 5 avril 2013 d'Alain Garrigou, les juges de la Cour d'appel ont souhaité montrer prioritairement la possibilité d'infirmier d'éventuels abus de constitution de partie civile dans des affaires spécifiques qui pourraient avoir trait à l'intérêt général, tel qu'affirmée pourtant par l'évolution constante de la jurisprudence (2°).

1°/- L'irrecevabilité du moyen tiré d'un recours abusif d'une procédure judiciaire en matière d'expression publique sur un sujet d'intérêt général

- 3 Par un premier jugement en date du 6 février 2015, le Tribunal de Grande Instance de Paris avait ainsi, dans la continuité de sa jurisprudence relative aux articles publiés par des universitaires en matière de sondages, rejeté toutes les demandes formulées par les deux parties civiles à l'encontre de A. Garrigou, au motif que leur action engagée pour la reconnaissance du délit de diffamation publique, prévu et récriminé par les articles 23 alinéa 1er, 29 alinéa 1er et 32 alinéa 1er de la loi du 29 juillet 1881, pour les propos tenus dans l'article du 17 mars 2012, relevait en l'espèce d'une « *"procédure bâillon" mise en œuvre dans le but principal de le faire taire et de faire obstacle à la liberté d'expression dont, dans un régime démocratique, une personne qualifiée comme il l'est doit pouvoir bénéficier dans le cadre d'un débat d'intérêt général* » (cf. « sur l'action civile » p. 3). A l'inverse, dans leur arrêt du 4 novembre 2015, les juges d'appel, en faisant droit à la protection de l'honneur et de la considération des parties civiles, ont mis en œuvre, d'une part, une interprétation de l'article 85 du Code de procédure pénale leur permettant d'infirmier la reconnaissance d'un recours abusif (A). Au surplus, une telle interprétation les a conduit à privilégier le moyen implicite d'un procès d'intention justifié à bon escient en faveur des parties civiles (B).

A - La caverne de Platon : Sur le recours abusif et l'abus de constitution de partie civile

- 4
- 5 Le problème de droit qui s'est posé tant en première instance qu'en appel était celui-ci, déjà posé lors de l'affaire opposant A. Garrigou et le journal *Libération* à Patrick Buisson, alors conseiller spécial de Nicolas Sarkozy et l'institut de sondages Publifact qu'il dirige⁶ : le droit d'ester en justice sur la base d'un délit présumé de diffamation publique envers un particulier est-il ouvert à toute personne qui s'en prétendrait simplement lésée sur le seul fondement de faits imputés à des propos tenus dans le cadre d'une recherche scientifique ?
- 6 Évidemment, s'il ne fait aucun doute que la Cour de cassation reconnaît à bon escient, ainsi dans son arrêt n° 04-81.981 du 1er mars 2005, que « *l'action fondée sur des faits*

reconnus diffamatoires ne peut constituer un abus du droit d'ester [en justice] »⁷, la question de savoir si l'imputabilité des faits diffamatoires s'avère au cas par cas fondée et incontestée, c'est-à-dire s'il s'agit d'une « imputation de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée [qui] doit se présenter sous forme d'une articulation précise de faits de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve (...) »⁸, était là encore en suspens. Le juge doit ainsi disposer de l'objet d'une preuve matérielle lui permettant d'établir la véracité du fait diffamatoire, ce qui, en tout état de cause, peut être évidemment non seulement un « parcours semé d'embûches », mais encore la porte ouverte au glissement des parties civiles dans « le mythe de la caverne en confondant l'ombre projetée sur la paroi avec le sujet en pleine lumière »⁹.

- 7 L'arrêt du 4 novembre 2015 de la Cour d'appel, sans toutefois reconnaître un tel glissement aux profits des parties civiles dans un mythe de la caverne confondant l'ombre projetée de la diffamation avec le sujet d'intérêt général reconnu, n'accueille pour autant pas le moyen de la stratégie de recours abusif ayant été reconnu en première instance, après la mise en examen de l'auteur des propos. En se fondant ainsi implicitement sur l'article 85 du Code de procédure pénale¹⁰ (CPP) pour interpréter ensuite le cadre normatif de l'article 472 relatif au recours abusif, les juges d'appel ont eu à s'intéresser à la matérialité et à la portée des faits contestés pour donner gain de cause à la bonne foi des parties civiles appelantes quant à obtenir réparation du préjudice subi. Ces dernières faisaient valoir que « *les premiers juges n'ont pas su apprécier le préjudice qu'elles [les parties civiles, i.e. C. Latouche et Fiducial] ont subi et la sincérité de leur engagement ; que le tribunal ne fait, à aucun moment, référence à des éléments qui pourraient démontrer leur mauvaise foi, qu'elles n'avaient pas l'intention de nuire à Alain GARRIGOU, et n'avaient aucun ressentiment envers ce dernier* ».
- 8 En cela, au-delà même de l'idée que l'intention de nuire pourrait également et autrement s'apprécier sur le fondement d'une incontestable inégalité des armes caractéristique de la stratégie des poursuites abusives, cet arrêt a permis de s'interroger sur le renversement de la « bonne foi » jusqu'alors incontestablement associée, y compris par le ministère public en ses réquisitions de première instance, aux éléments justifiant la relaxe de A. Garrigou : une « bonne foi » des propos incriminés¹¹, jugée telle selon les quatre critères cumulatifs classiquement réunis (« *la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression ainsi que la qualité de l'enquête* »). En faisant le choix de suivre les appelants sur l'infirmité du procès abusif, les magistrats du siège n'ont semble-t-il pas souhaité se donner l'occasion de s'interroger plus largement sur le contrôle exercé non seulement sur la valeur des éléments de preuve contradictoirement débattus en matière de faits diffamatoires¹², comme sur la plus grande précision de ces éléments¹³.
- 9 En cela, l'arrêt met dans un premier temps en évidence l'absence de garantie donnée quant à de nouvelles limites au cadre des procédures abusives. En l'espèce, en ne retenant essentiellement que l'élément de la nouveauté de l'action en diffamation contre le prévenu, et l'intérêt à agir de la société Fiducial¹⁴ pour infirmer le caractère du recours abusif, les juges d'appel ont repoussé l'évolution des jurisprudences en matière de protection de plus en plus largement consacrée de la liberté d'expression et des propos d'intérêt général. L'arrêt a donc offert au juriste la possibilité de s'interroger sur les limites d'un « procès d'intention » dans le cadre d'un affaire remuée et politiquement remuante.

B - Le talon d'Achille du moyen du « procès d'intention » repoussé

- 10 La « bonne foi » de la recherche universitaire d'un côté aurait pu servir¹⁵, associée à la qualité de propos entièrement dénués de langue de bois et parfaitement légitimes¹⁶, à faire valoir sans réserve le jugement retenu par la 17ème chambre, dans un contexte général porté depuis 2009 par une interrogation publique sur le financement des sondages. Une telle interrogation fait en effet suite à un premier rapport du 15 juillet 2009 de la Cour des comptes en ce que ce dernier dénonçait les modalités de passage et d'exécution d'une convention signée le 1er juin 2007 entre la « Présidence de la République » et « un cabinet d'études », Publifact de Patrick Buisson, pour un « coût avoisinant 1,5 millions d'euros » au cours desquelles les règles du « code des marchés publics pour respecter les règles de la mise en concurrence tout en tenant compte des spécificités de ce type de prestations n'ont pas été appliquées »¹⁷. La Cour des comptes avait alors constaté, *« le caractère non seulement très succinct de la convention (une seule page) mais également exorbitant au regard des règles de l'exécution des règles de la dépense publique »*.
- 11 Dans la foulée, la Cour de cassation avait pu casser l'arrêt du 7 novembre 2011 par lequel la chambre de l'instruction de la cour d'appel (pôle 7, n° 2011/02333) s'était opposée à l'ouverture d'une enquête pour faits de favoritisme, détournements de fonds publics, complicité et recel de ces délits. Comme l'avait alors noté à juste titre Olivier Beaud, la cour d'appel avait, par son raisonnement, « modifié le fondement juridique de l'immunité » en glissant « de l'irresponsabilité vers l'inviolabilité », plus largement, en donnant lieu à voir « désormais se profiler le retour à une espèce de raison d'Etat faisant de l'Elysée, des services de la présidence, *un espace soustrait au droit* »¹⁸. L'arrêt de la Chambre criminelle du 19 décembre 2012¹⁹ avait par voie de conséquence permis, tout en donnant lieu aux gardes à vue et aux mises en examen des conseillers de Nicolas Sarkozy, à savoir Patrick Buisson, Xavier Musca, Emmanuelle Mignon, Pierre Giacometti, Julien Vaulpré, Jean-Michel Goudard et encore Claude Guéant ce 23 février 2016, pour « complicité de favoritisme » et « complicité de détournement de fonds publics », d'entrevoir un véritable débat salubre pour éloigner une situation jusqu'alors « extravagante »²⁰ en matière d'impunité, surtout lorsqu'il s'agit de volonté d'influences électorales sur l'opinion publique par la voie du détournement de fonds publics et d'abus de biens sociaux à hauteur de plus de 9 millions d'euros de frais de sondages payés aux susmentionnés, aux frais du contribuable, entre 2007 et 2012 au profit du président Sarkozy.
- 12 Par jugement en date du 17 février 2012 (n° 0920763), le Tribunal administratif de Paris avait à son tour annulé la décision implicite de refus née le 5 décembre 2009 par lequel le secrétaire général de la présidence de la République avait refusé de communiquer les documents relatifs aux contrats de sondages passés entre l'Elysée et le cabinet Giacometti-Péron et associés entre 2005 et 2009²¹.
- 13 Pour autant, en repoussant le moyen de recours abusif contre Alain Garrigou, en qualité d'universitaire, directeur de l'Observatoire des sondages, dont les recherches et l'expertise sont suffisamment reconnues pour avoir été auditionné par la commission des Lois du Sénat le 20 mai 2010 ainsi qu'étaient l'un des acteurs de la proposition de loi sénatoriale à cet effet, l'arrêt de la Cour d'appel n'a pas manqué de surprendre par sa faible motivation. Si évidemment l'identification de M. Latouche et de la société Fiducial ne posait aucune difficulté dans les propos incriminés, la Cour d'appel aurait pu encore

les replacer dans le contexte de la loi de 1881 et, tout en considérant que le passage relatif aux « *affinités idéologiques avec l'extrême droite* » de C. Latouche, loin d'« *empoisonner la vie sociale en remontant perpétuellement à la surface de vieilles turpitudes* »²², n'impliquait aucune imputation du non-respect des règles déontologiques essentielles applicables en matière de sondages, mais éclairait, en toute transparence, leur interprétation, il aurait pu être considéré, en tout état de cause, qu'un tel procès avait bien le caractère d'un « procès d'intention » formé à l'encontre de la liberté de recherche scientifique et d'information du public. La solution apportée par la cour d'appel évite ainsi de prendre le risque d'une redéfinition plus générale sur la prudence, la circonspection et l'objectivité avérée des faits rapportés²³ dans un but légitime d'information.

- 14 De surcroît, si les demandes faites au titre de l'article 472 du code de procédure pénale par A. Garrigou ont été annulées, sans certes retirer la condamnation allouée en première instance à la charge des parties civiles sur le fondement du 800-2 du code de procédure pénale, les juges d'appel auraient pu affiner le critère les conduisant à interpréter négativement l'abus de constitution de partie civile²⁴. Le risque pour chacun d'être en effet « *exposé à des poursuites pénales injustifiées* »²⁵ est suffisamment large en matière de faits diffamatoires qu'un plaignant peut tout à fait, comme tel était le cas ici, déposer une plainte avec une relative légèreté, tout en causant un préjudice au prévenu devant se défendre à la procédure et exposer des frais. Plus largement, en ne retenant pas le moyen du procès abusif, ce sont plus largement les conditions d'affirmation du délit de diffamation qui se retrouvent renforcées derrière des plaintes potentiellement intempestives, sans preuves manifestement tangibles. C'est le talon d'Achille en matière de droit pénal de la presse et de la diffamation, mais qui ne cesse de poser la question de la proportionnalité entre l'importance de l'« investigation » et de l'« inquisition »²⁶.
- 15 Que faut-il préférer ? La liberté de l'investigation scientifique avec l'épée de Damoclès de la mise en examen pour faits diffamatoires ou bien l'inquisition directe par les tribunaux pour protéger les limites de la l'investigation ? Tout en retenant une dimension mesurée de l'annulation de l'arrêt des premiers juges, les juges d'appel restent toutefois timides par rapport aux enjeux qu'il était possible d'apprécier.

2°/- Quelle recevabilité pour les recherches critiques en temps de campagne électorale ?

- 16 La portée susmentionnée de l'arrêt du 4 novembre 2015 donne lieu à au moins deux interrogations. La première est liée au contexte polémique, et à armes inégales, il faut en convenir, entre liberté scientifique et intérêts privés (A). La seconde est relative à l'influence progressive et fondamentale de la jurisprudence européenne en matière de protection des garanties de la liberté d'expression qui pourrait inciter à de nouveaux basculements législatifs et judiciaires en matière de garantie de la liberté de la recherche scientifique (B).

A - Pot de terre contre pot de fer

- 17 Difficile de ne pas songer qu'en reprenant l'expression de « procédure bâillon », les premiers juges n'avaient pas en tête la problématique internationale liée au « *strategic lawsuit against public participation* » (Slapp) visant, indépendamment de toute

perspective étayée de condamnation au fond, à contraindre à l'auto-censure l'auteur de propos ou d'écrits d'intérêt général critiques sur des enjeux de société exposés, par le biais de l'intimidation du recours à une plainte et à une procédure judiciaire. Naturellement, il ne fait aucun doute que les juges d'appel n'auraient pu accueillir ce moyen en déboutant totalement les parties civiles, celles-ci auraient alors en toute hypothèse précisé que plus aucun moyen ne leur serait *in fine* possible d'introduire de nouvelles requêtes en diffamation.

- 18 Toutefois, derrière le terme « procédure bâillon », les juges d'appel auraient pu mieux appréhender l'inéluctable inégalité des armes entre Fiducial, première entreprise française de conseil fiscal, et un universitaire s'interrogeant, dans ses publications, sur le sens d'une association entre les sondages, Nicolas Sarkozy et l'entreprise. Les « procédure bâillons » consistent en effet, telles celles qui sont notamment mises en évidence par le California Anti-SLAPP Project, à porter plainte pour diffamation contre un large cadre collectif d'action de veille et de claiming visant à protéger les droits de l'homme. Au Québec, un tel cadre a par ailleurs été consacré par les nouvelles dispositions anti-SLAPP du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (art. 54.1 à 54.6). Ainsi, une nouvelle section a-t-elle été insérée dans celui-ci par l'article 2 du chapitre 12 des lois de 2009 afin de prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et afin de favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics²⁷.
- 19 La procédure judiciaire française pour diffamation à l'égard des universitaires dans l'exercice de leurs fonctions, dans la mesure où les faits incriminés ne sont pas entachés de mensonge ou d'animosité, pourrait volontiers s'enrichir de ces développements québécois relatifs aux actes de procédure « *manifestement mal fondés, frivoles ou dilatoires, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent* » mais encore « *de la mauvaise foi, de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui, ou encore du détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics* »²⁸.
- 20 Cette nouvelle protection contre les procès abusifs faisait suite à une action en diffamation intentée en Ontario pour des propos figurant dans le livre de A. Deneault, en collaboration avec D. Abadie et W. Sacher, intitulé *Noir Canada : Pillage, corruption et criminalité en Afrique* (2008). Ce livre parlait des activités minières internationales de certaines sociétés canadiennes, notamment Banro Corporation (« Banro »), qui avait donc intenté une action en justice contre les auteurs pour diffamation et au motif que le livre accusait leur société exerçant des activités d'exploitation en République démocratique du Congo (RDC) de violation des droits de la personne et de fraude dans le but de favoriser ses intérêts financiers en Afrique. Les poursuites-bâillons intentées par « Banro » contre les auteurs et l'éditeur s'élevaient à 6 millions de dollars²⁹.
- 21 Dès lors, derrière le terme infirmé de « procédure bâillon » se cache, en creux de l'arrêt de la Cour d'appel, une lutte du pot de terre contre le pot de fer, au sens d'une inégalité des armes. La question de la disproportion entre la première entreprise française de conseil fiscal et celle des moyens d'un universitaire pouvait se poser sans rougir, au-delà du caractère par ailleurs disproportionné de la mise en examen de l'intimé qui pose la question du rôle du juge d'instruction mettant en examen un professeur d'université au seul motif que celui-ci ne fait que transcrire le réel. L'inégalité des armes fut par ailleurs encore confirmée en ce que les parties civiles demandaient à Alain Garrigou, en première instance, respectivement 15 000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi, 15 000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice

d'image subi et 5000 € en application de l'article 475-1 du code de procédure pénale, après que, dans l'affaire l'opposant à Patrick Buisson en 2010, le conseiller de Nicolas Sarkozy eut demandé à l'intimé 100 000 euros à titre de dommages-intérêts et 60 000 euros pour publication judiciaire. Est-ce certainement pour ce motif que les premiers juges avaient, sans l'ombre d'une discordance, retenu la qualification de « procédure bâillon » toutefois infirmée en appel ? Le cadre de protection juridique imparti à des propos qui décryptent, derrière les apparences, avec prudence³⁰ et sincérité³¹, le sens des liens unissant en l'espèce une campagne électorale avec la collusion des entreprises de sondages, pourrait donc être davantage renforcé. Tout en sachant l'impossibilité évidente des juges d'appel quant à la formulation de telles perspectives, encore était-il possible de préciser, dans leur jugement, l'importance décisive de la liberté d'expression et de recherche.

B - La liberté d'expression en question : Pour une démocratie nourrie de liberté d'expression

- 22 Tout en étant exempt de contradiction et en répondant aux conclusions dont elle était saisie, la Cour d'appel de Paris a, par son arrêt du 4 novembre 2015 proposé d'évacuer toute possibilité d'ouvrir un droit à ne pas être poursuivi ou entendu qui apporterait une protection aux personnes assurant, tel l'indique l'Observatoire des sondages, une mission d'« utilité publique d'information ». Un tel refus est évident, en plus d'être par ailleurs totalement fondé.
- 23 Toutefois, alors même que la jurisprudence évolue constamment dans le sens de la transparence, depuis la décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*, relative à l'*exceptio veritatis*³², par laquelle le Conseil constitutionnel, saisi par la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait déclaré le cinquième alinéa de l'article 35 (b) contraire à la Constitution, une telle transparence aurait pu être renforcée. Mais encore et surtout, sous l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³³, la Cour d'appel pouvait à bon escient relever que ce qui relève de la communication des idées « sur les questions débattues dans l'arène politique » dont l'information est d'intérêt général est à considérer comme un « droit » pour le public (CEDH, 8 juillet 1986, *Lingens c/ Autriche*, Req. n° 9815/82, §41). Ainsi en va-t-il, par exemple, du droit à connaître les fautes passées d'un homme politique (CEDH, 28 août 1992, *Schwabe c/ Autriche*).
- 24 En ce qui concerne la presse, la Cour européenne des droits de l'homme a eu, au surplus, l'occasion d'indiquer à quel point celle-ci devait pouvoir, sans entrave, jouer son rôle indispensable de « chien de garde » (*Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, série A no 239, p. 28, § 63, et *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], no 21980/93, § 62, CEDH 1999-III) dans la mesure où « la démocratie se nourrit de la liberté d'expression » (*Manole et autres c. Moldova*, 17 septembre 2009, 13936/02) pourvu qu'une telle expression ne vise pas à « porter atteinte à la démocratie elle-même » (*Parti socialiste et autres c. Turquie*, 25 mai 1998, §§ 41, 45 et 47, *Recueil* 1998-III).
- 25 En matière de propos tenus par un universitaire, directeur d'un outil de veille d'analyse scientifique, nul doute que le moyen de recours abusif et de procédure bâillon aurait pu être accueilli et l'appel des parties civiles rejeté pour de même motifs n'appelant pas une liberté d'expression ayant porté atteinte à la démocratie, d'autant que lors d'une précédente requête visant les mêmes propos diffamatoires, les juges avaient débouté les parties civiles face au journal Rue 89. Si certaines omissions du législateur français en

matière de sondages commencent toutefois d'ores et déjà à être comblées, notamment suite à l'impulsion de la commission des sénateurs Portelli-Sueur³⁴, ainsi qu'à celle de l'ancien président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, désormais ministre de la Justice, Jean-Jacques Urvoas, il pourrait être utile que la juridiction judiciaire puisse affiner, au fil du temps, sa référence au procès abusif ou à la procédure bâillon, non pas pour rendre le moyen inopérant, mais au contraire en retenir une stratégie qui vise non seulement à intimider les chercheurs en plus de favoriser une certaine ingérence dans leur liberté d'expression.

- 26 L'arrêt de la Cour de cassation rendu le 19 décembre 2012 indiquant que l'immunité présidentielle ne saurait se répartir sur les collaborateurs du Président et les cosignataires des contrats signés par le cabinet de la Présidence de la République était le prétexte pour aller plus loin. Une réforme législative protégeant la liberté d'expression des scientifiques serait désormais la bienvenue. Plus largement, celle-ci permettrait sans aucun doute de revitaliser le rôle du citoyen comme acteur des « (r)évolutions constatées »³⁵ dans le domaine du droit en général et de la liberté de recherche en particulier. Entre la caverne de Platon projetant l'ombre de la diffamation sur la description de faits dont la véracité est pourtant attestée par l'universitaire ou le chercheur, et le mythe du sondeur roi, c'est au juge qu'il revient d'affirmer la sauvegarde de la liberté d'expression au-travers d'une interprétation et d'une argumentation toujours plus adaptée et affinée. L'affirmation par les tribunaux de la République d'une jurisprudence *anti-slapp* en serait un premier pas.

*

- 27 **Cour d'Appel de Paris, arrêt du 4 novembre 2015, Dossier n° 15/01661**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. R. Rambaud, « Faut-il une loi sur l'achat public de sondages. Les carences de la loi du 19 juillet 1977 révélées par l'affaire des sondages de l'Elysée », *AJDA* 2016, p. 182 ss.
2. <http://www.observatoire-des-sondages.org/>
3. Observatoire des sondages, 17 mars 2012 : <http://www.observatoire-des-sondages.org/La-deuxieme-mort-de-l-IFOP>
4. TGI, 17ème ch., n° 12137023053 : « Sur l'action civile : Recevables en leur constitution, les parties civiles verront toutes leurs demandes rejetées en raison de la relaxe prononcée. C'est en la présente espèce à

juste titre que le prévenu peut soutenir que l'action en diffamation engagée à son encontre relève d'une "procédure bâillon" mise en oeuvre par les parties civiles dans le but principal de le faire taire et de faire obstacle au bon exercice de la liberté d'expression dont, dans un régime démocratique, une personne qualifiée comme il l'est doit pouvoir bénéficier dans le cadre d'un débat d'intérêt général. Le caractère abusif de la présente procédure sera, en conséquence, retenu (...) ».

5. « Dans le cas prévu par l'article 470, lorsque la partie civile a elle-même mis en mouvement l'action publique, le tribunal statue par le même jugement sur la demande en dommages-intérêts formée par la personne relaxée contre la partie civile pour abus de constitution de partie civile ».

6. Par un jugement en date du 22 novembre 2012, la Cour d'appel de Paris, confirmant le jugement de première instance rendu le 16 février 2011 par lequel la 17ème chambre du tribunal de grande instance de Paris avait condamnait Patrick Buisson à verser 3.588 euros à Alain Garrigou et 5.000 euros au journal *Libération* pour les frais de justice, a débouté le dirigeant de Publifact et ancien conseiller de Nicolas Sarkozy. Patrick Buisson poursuivait en diffamation, selon une même « procédure bâillon », Alain Garrigou et le quotidien *Libération*, à la suite de la parution d'une interview intitulée "Les sondeurs violent tous les principes déontologiques qu'ils défendent" dans laquelle Alain Garrigou déclarait à son propos : « Pourquoi l'Elysée paie-t-il beaucoup plus cher en passant par lui (Patrick Buisson et Publifact) au lieu de les acheter (les sondages) à moindre prix directement ? Et pourquoi laisser Buisson se faire une marge de 900 000 euros sur son dos ? Soit c'est un escroc, soit c'est un petit soldat qui constitue un trésor de guerre pour payer des sondages durant la prochaine campagne électorale sans que ce soit visible dans les comptes de campagne du futur candidat Sarkozy ».

7. Cass. crim., cassation partielle par voie de retranchement sans renvoi, 1 mars 2005 N° 04-81.981

8. Cass. crim., 9 février 2016, 14-87.731, Inédit

9. S. Menotti, « La preuve de la vérité du fait diffamatoire » : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_theme_verite_178/fait_diffamatoire_6395.html

10. "Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42. Toutefois, la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou depuis qu'elle a adressé, selon les mêmes modalités, copie à ce magistrat de sa plainte déposée devant un service de police judiciaire. Cette condition de recevabilité n'est pas requise s'il s'agit d'un crime ou s'il s'agit d'un délit prévu par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou par les articles L. 86, L. 87, L. 91 à L. 100, L. 102 à L. 104, L. 106 à L. 108 et L. 113 du code électoral. La prescription de l'action publique est suspendue, au profit de la victime, du dépôt de la plainte jusqu'à la réponse du procureur de la République ou, au plus tard, une fois écoulé le délai de trois mois."

11. « Bonne foi » déjà reconnue par la 17ème chambre à Alain Garrigou en déboutant de toutes ses demandes Patrick Buisson qui l'assignait pour diffamation publique dans l'affaire des sondages de l'Elysée.

12. Cass. crim., 12 avril 1976, Bull. n° 114; Cass. crim., 22 mai 1997, Bull. n° 200.

13. Cass. crim., 21 novembre 1989, Bull. n° 431.

14. "Considérant qu'en l'espèce la société Fiducial étant nommément visée dans l'article incriminé, les parties civiles ont pu se méprendre sur la portée de leurs droits sans que l'on puisse caractériser leur action

comme une utilisation abusive de la procédure, destinée à nuire ou à intimider le prévenu et à le dissuader de s'exprimer publiquement sur un sujet d'intérêt général ; qu'il ne ressort pas des éléments du dossier que les parties civiles aient diligenté d'autres procédures à l'encontre d'Alain Garrigou, ni qu'elles aient l'habitude d'exercer des actions judiciaires en matière de délit de presse ; qu'ainsi l'abus de constitution de partie civile n'étant pas caractérisé, il convient d'infirmar la décision des premiers juges sur ce point et de débouter Alain GARRIGOU"

15. Cass. crim., 5 décembre 2000, n° 00-81921

16. Cass. crim., 18 septembre 2001, n° 00-86313

17. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000339.pdf>

18. O. Beaud, « L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président », Recueil Dalloz 2011, p. 2946

19. Cass. crim. 19 déc. 2012, n° 12-81.043, *AJDA* 2013, p. 8 ; *D.* 2013, p. 551, note O. Décima et S. Detraz ; *ibid.* 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin. Cf. C. Cutajar, « Les évolutions marquantes de la lutte contre la corruption en France », *AJ Pénal* 2015, p. 340.

20. G. Carcassonne, cité in *Le Monde*, 8 nov. 2011.

21. TA de Paris, 17 février 2012, n° 0920763, *AJDA* 2012, p. 1113.

22. A. Chavanne, *Jurisqueur Communication*, fasc. 3130, 2002, n° 190.

23. Cass. crim., 14 janvier 2003, n° 2003-018130.

24. Comme le note A. Giudicelli, « Le prévenu relaxé en première instance peut saisir la juridiction du second degré, statuant sur le seul appel de la partie civile ayant mis en mouvement l'action publique, d'une demande tendant à faire constater que la poursuite exercée est abusive et qu'elle lui cause un préjudice ouvrant droit à réparation » (Cass. crim. 27 mai 2004, Bull. crim. n° 140 ; *D.* 2004, IR p.1933 Document InterRevues), *RSC* 2005, p. 104 : « Pour prévenir et sanctionner les abus de constitution de partie civile, il existe d'autres moyens d'ores et déjà organisés par le code de procédure pénale : consignation proportionnée en amont, amende civile et poursuite pour dénonciation calomnieuse en aval, sans oublier l'allocation de dommages et intérêts aux personnes bénéficiant d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement. »

25. S. Pradelle, « Constitution de partie civile abusive : les conditions de la condamnation - Cour de cassation, crim. 6 octobre 2010 », *AJ pénal* 2011, p. 132

26. B. Beignier, « L'interdiction de publier des actes d'une procédure pénale avant l'ouverture du procès », *D.* 1996, p. 230

27. Préambule : « *CONSIDÉRANT l'importance de favoriser le respect de la liberté d'expression consacrée dans la Charte des droits et libertés de la personne ;*

« CONSIDÉRANT l'importance de prévenir l'utilisation abusive des tribunaux, notamment pour empêcher qu'ils ne soient utilisés pour limiter le droit des citoyens de participer à des débats publics ;

« CONSIDÉRANT l'importance de favoriser l'accès à la justice pour tous les citoyens et de veiller à favoriser un meilleur équilibre dans les forces économiques des parties à une action en justice ; ».

28. Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., ch. C-25, art. 54.1.

29. <http://www.ledevoir.com/societe/justice/333939/poursuite-baillon-encore-une-fois-le-baillon-contre-noir-canada>

30. Cass. crim., 5 décembre 2000, n° 00-81921

31. Cass. crim., 18 septembre 2001, n° 00-86313

32. S. Degirmenci, « La liberté d'expression aux prises avec la protection contre la diffamation, une "vérité" sans cesse extirpée de son puits par les juges de la rue Montpensier » [PDF] in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 19 août 2013.

33. CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 14 février 2008, *July et SARL Libération c/ France* ;

34. <http://www.senat.fr/rap/l10-276/l10-2767.html>; <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl10-061.html>

35. M. Touillier, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre « petite » et « grande » révolutions », *RSC* 2015, p. 127 sq.

RÉSUMÉS

Après avoir été poursuivi pour diffamation par Patrick Buisson, ex-conseiller du président Nicolas Sarkozy, dans l'affaire des sondages de l'Elysée, l'universitaire Alain Garrigou était assigné en justice par Fiducial, la première entreprise française de conseil fiscal, et son dirigeant, Christian Latouche, pour avoir notamment signalé que celui-ci avait des « affinités idéologiques avec l'extrême droite ». Tandis que la 17ème Chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris jugea qu'une telle plainte était abusive et constituait une « procédure bâillon » visant à intimider et faire taire toute critique, la Cour d'Appel a rejeté ce moyen. Pot de terre contre pot de fer ? Une telle interprétation pose la question décisive de l'avenir de la liberté d'expression face aux intérêts politico-financiers pouvant, surtout en période électorale, donner lieu à des plaintes abusives. Les juges judiciaires n'auraient-ils pas intérêt à se munir, en plus du législateur, d'une jurisprudence « anti-procédure bâillon » dite anti-slapp, permettant d'éviter de telles intimidations sur les auteurs de propos d'intérêt général pour la démocratie ?

AUTEUR

JÉRÉMY MERCIER

Docteur en droit (Université Paris Ouest Nanterre La Défense, CTAD), Docteur en philosophie du droit (Università degli studi di Genova)