



# **Projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice (PJJ Justice)**

---

## 1. Sur les poursuites-bâillons

---

### Présentation

« Sauf à vous mettre un pistolet sur la tempe, il est difficile d'imaginer une menace plus grande à la liberté d'expression » J. Nicholas Colabella, Juge à la Cour Suprême de New York, au sujet des poursuites-bâillons<sup>1</sup>.

Depuis plusieurs années, le phénomène des « poursuites stratégiques altérant le débat public », plus connues sous le nom de « poursuites-bâillons » a fait irruption dans le débat public français.

Phénomène bien connu des juges américains et canadiens, ces poursuites bâillons consistent en des procédures judiciaires, souvent intentées par des entreprises et leurs représentants, à l'encontre de journalistes, d'organisations non-gouvernementales et de lanceurs d'alerte et visant à : « intimider les opposants, épuiser leurs ressources, réduire leur capacité à participer aux affaires publiques, et dissuader d'autres personnes de participer à des discussions sur des affaires d'intérêt public ».<sup>2</sup>

Ces procédures-bâillons ne reposent pas sur un fondement juridique spécifique : elles s'appuient sur des infractions existantes que sont le dénigrement, la contrefaçon, l'atteinte à la présomption d'innocence et surtout la diffamation<sup>3</sup>. Ces procédures bâillons détournent donc des dispositions légales et des procédures judiciaires de leurs finalités premières et légitimes. Elles encombrant les juridictions en instrumentalisant la justice à des fins abusives.

La récurrence de ces pratiques et les menaces qu'elles font peser sur la liberté d'expression et le pluralisme, appellent à une réaction législative à la hauteur des enjeux soulevés par ces poursuites. D'autant que depuis 2018, un nouveau fondement permettant d'intenter de telles actions a été consacré avec la loi sur la protection du secret des affaires.

Le projet de loi entame ce mouvement en instituant un régime plus protecteur pour les personnes visées par des plaintes en diffamation. Il leur octroie un droit de réponse qui permet, à minima, le début d'une instruction à charge et à décharge<sup>4</sup>. Car à l'heure actuelle, « le juge ne peut, dans cette matière, examiner le fond de la plainte »<sup>5</sup> : dès sa prononciation ou sa publication, l'auteur du propos diffamatoire peut être quasi automatiquement poursuivi.

Néanmoins, la modification reste trop superficielle pour assurer une protection efficace des personnes visées par des poursuites-bâillons. Il convient donc de mettre en place des obstacles plus dissuasifs aux procédures intentées dans le but unique de limiter le débat public autour de questions d'intérêt général.

---

<sup>1</sup> Traduit de l'anglais par nos soins « Short of a gun to the head, a greater threat to First Amendment expression can scarcely be imagined. », J. Nicholas Colabella, *Gordon v. Marrone* (N.Y. 1992)

<sup>2</sup> p9, Rapport à l'intention du procureur général par le Comité consultatif pour contrer les poursuites-bâillons, Québec, 28 octobre 2010

<sup>3</sup> Depuis la loi de 1881 sur la liberté de la presse, la diffamation, caractérisée comme "l'allégation ou l'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 réprimée pénalement.

<sup>4</sup> Dans l'article 35 du projet de loi, le juge d'instruction qui envisage la mise en examen de la personne intimée doit préalablement l'informer : « de son intention de la mettre en examen par lettre recommandée avec demande d'acquéies de réception en précisant chacun des faits qui lui sont reprochés ainsi que leur qualification juridique et en l'avisant de son droit de faire connaître des observations écrites dans un délai d'un mois. (...) A l'issue d'un délai d'un mois à compter de la réception de l'avis mentionné au deuxième alinéa du présent article, le juge d'instruction peut procéder à la mise en examen en adressant à la personne et à son avocat une lettre recommandée avec acquies de réception selon les modalités prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 113-8 du code de procédure pénale. Il informe à cette occasion la personne que si elle demande à être entendue par le juge d'instruction, celui-ci est tenu de procéder à son interrogatoire ».

<sup>5</sup> Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (JUST1806695L), Exposé des motifs

---

## Nos propositions

### **Proposition n° 1 – Modifier le régime de la diffamation<sup>6</sup>**

#### **Proposition principale : supprimer la possibilité d’agir en diffamation pour les personnes morales**

Insérer une modification de l’article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse :

*“Toute allégation ou imputation d’un fait qui porte atteinte à l’honneur ou à la considération de la personne [AJOUT] physique 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 [AJOUT] physique 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.*

*Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l’imputation d’aucun fait est une injure.”*

#### **Exposé sommaire**

Aujourd’hui, personnes morales comme personnes physiques peuvent agir sur le fondement de la diffamation. La protection de l’honneur est ainsi un droit de la personnalité reconnu aux personnes morales, alors que de nombreux droits subjectifs, comme la droit à la vie privée, ne le sont pas, car considérés comme *“irréductiblement lié à la personne humaine, à la qualité même d’être humain, dont il garantit l’intimité, la dignité, la tranquillité”*<sup>7</sup>. De même, elles ne bénéficient pas de la protection au titre des données personnelles.

L’inclusion de la protection de l’honneur dans le champ des droits subjectifs invocables par les personnes morales semble ainsi assez peu cohérente et difficilement justifiable. D’autant que des droits spécifiques leurs sont par ailleurs accordés pour protéger leurs intérêts en tant que personnes morales.

Ces « êtres abstraits et purement juridiques » ne devraient pouvoir « revendiquer qu’une réputation, notamment commerciale, voire une forme de considération. »<sup>8</sup> C’est la solution envisagée par le législateur australien<sup>9</sup>. S’agissant de la protection de leur “réputation”, souvent brandie comme justification au maintien de l’application de l’article 29 de la loi du 19 juillet 1881, celle-ci est déjà assurée par le délit de dénigrement commercial. La protection du Secret des Affaires, consacrée en 2018, leur octroie également une protection spécifique de leurs intérêts.

De surcroît, si une personne morale peut être plaignante, elle ne peut être mise en cause pour l’infraction de diffamation. En effet, une personne morale ne peut être pénalement responsable des infractions commises par voie de presse, ce que précise l’article 43-1 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, réaffirmé par la Cour de Cassation dans un arrêt du 19 juin 2001.

---

<sup>6</sup> Les propositions suivantes s’inspirent des travaux de Sherpa réalisés dans le cadre du collectif “on ne se taira pas” dont Sherpa est un des membres fondateurs et du rapport de recherche réalisé par Sandrine Fontaine, Simon Savry-Cattan et Cécile Villetelle dans le cadre de la Clinique de l’Ecole de Droit de SciencesPo.

<sup>7</sup> Les personnes morales ne sont toujours pas vraiment des personnes comme les autres – Denis Mazeaud – RTD civ. 2018. 624

<sup>8</sup> Les personnes morales privées de droit à la vie privée - Sandie Lacroix-De Sousa - LPA 28 juill. 2016, n° 119c1, p. 17

<sup>9</sup> Le Defamation Act de 2005, adopté en Australie, retire le droit de poursuivre en diffamation aux entreprises de plus de dix salariés.

Le régime actuel introduit donc une dichotomie inacceptable entre les droits des personnes morales, droits de la personnalité qui leur permettent d'invoquer des atteintes aux droits subjectifs, et leurs devoirs, en les empêchant d'être tenues responsables des infractions qu'elles peuvent invoquer.

**Proposition de repli : modification de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse**

Insérer une incrimination spécifique de la diffamation visant des personnes morales, renversant la charge de la preuve de vérité et de la mauvaise foi :

*"Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne [AJOUT] physique ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation.*

***[AJOUT] Toute allégation ou imputation fautive d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne morale 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.*

*Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure."*

Insérer une modification de l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour renverser la charge de la preuve de la bonne foi s'agissant de la diffamation visant des personnes morales:

*"Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi [AJOUT] lorsqu'elle vise une personne physique, sauf preuve contraire par son auteur."*

**Exposé sommaire :**

Les amendements proposés maintiennent la protection de l'honneur des personnes morales par le biais de la plainte en diffamation, mais encadrent strictement ce droit, en prenant acte de la différence de nature entre le droit de la personnalité d'une personne morale et celui d'une personne physique, droits qui ne visent pas à protéger *stricto sensu* les mêmes intérêts.

Empêcher les dérives de la reconnaissance d'un tel droit à une personne morale, comme les poursuites-bâillons, passe par le renversement de la charge de la preuve. Le régime actuel la fait reposer sur le défendeur en cas de diffamation, ce qui en fait une exception dans le droit pénal français. Le mis en cause peut invoquer l'exception de vérité, ou la bonne foi comme faits justificatifs, mais seulement après avoir été mis en examen si la diffamation est caractérisée.

Pour une meilleure protection des plaintes en diffamation abusives, il convient de prendre acte de l'inégalité des armes entre personnes morales et personnes physiques et de renverser ce principe. Ainsi, la modification préconisée de l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881 permettrait au juge d'instruction de renverser la présomption de mauvaise foi et de fausseté lorsque le demandeur est une personne morale.

L'absence de véracité des faits deviendrait un élément constitutif de l'infraction de diffamation visant les personnes morales. La charge de la preuve de la mauvaise foi de la personne visée et du caractère erroné des propos visés reviendrait à la personne morale qui intente l'action. La protection du droit à l'honneur des personnes morales serait ainsi plus encadrée et réduirait la pression pesant sur les potentielles victimes de poursuites-bâillons.

Sherpa

94, rue Saint-Lazare – 75009 Paris

Tél : 01 42 21 33 25

[www.asso-sherpa.org](http://www.asso-sherpa.org)

## **Proposition n° 2 - Modification de la procédure civile et pénale pour mieux encadrer les poursuites-bâillons<sup>10</sup>**

Prévoir l'ajout d'un alinéa 2 à l'article 32-1 du Code de procédure civile

« Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés.

**[AJOUT] Celui qui, dans les mêmes conditions, agit en justice pour entraver la liberté d'expression du défendeur dans le cadre d'un débat d'intérêt général peut être condamné au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 € s'il s'agit d'une personne physique et 5% du chiffre d'affaire s'il s'agit d'une personne morale. L'amende civile peut être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive.**

Nouvel article 9-2 du Code civil

« Chacun a droit à la liberté d'expression.

Lorsqu'une atteinte délibérée a pour objet ou pour effet d'entraver cette liberté, le juge peut condamner son auteur, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée au paiement d'une amende civile.

Le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 € s'il s'agit d'une personne physique et 5% du chiffre d'affaire s'il s'agit d'une personne morale.

Cette amende est affectée au Trésor public.

Cette amende n'est pas assurable »

Modification de l'article 177-2 du Code de procédure pénale

“Lorsqu'il rend une ordonnance de non-lieu à l'issue d'une information ouverte sur constitution de partie civile, le juge d'instruction peut, sur réquisitions du procureur de la République et par décision motivée, s'il considère que la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire, prononcer contre la partie civile une amende civile dont le montant ne peut excéder ~~15 000 euros~~ **60 000 euros [AJOUT] lorsque la partie civile est une personne physique et 5% du chiffre d'affaire lorsque la partie civile est une personne morale. (...).**

Modification de l'article 472 du Code de procédure pénale

“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. **[AJOUT] Lorsque la constitution de partie civile a pour objet ou pour effet d'entraver la liberté d'expression dans le cadre d'un débat d'intérêt général, le tribunal peut condamner la partie civile au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 60 000 € s'il s'agit d'une personne physique et 5% du chiffre d'affaire s'il s'agit d'une personne morale.**

Ajout d'un article 226-10-1 au Code pénal

“La dénonciation calomnieuse prévue par l'article 226-10 est punie de 7 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende lorsqu'elle vise à entraver la liberté d'expression du défendeur dans le cadre d'un débat d'intérêt général”

---

<sup>10</sup> Les propositions suivantes s'inspirent du Rapport rédigé, à la demande de M. Thierry Mandon, secrétaire d'Etat chargé de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, par une commission présidée par Denis Mazeaud

Sherpa

94, rue Saint-Lazare – 75009 Paris

Tél : 01 42 21 33 25

[www.asso-sherpa.org](http://www.asso-sherpa.org)

## Exposé sommaire :

La diffamation ne constitue qu'un fondement possible des poursuites-bâillons. Seule une législation cohérente, prévenant globalement ces actions abusives, est à même de dissuader de telles pratiques. En imposant des restrictions uniquement sur certaines infractions comme la diffamation, il est à craindre que le contentieux des poursuites-bâillons ne fasse que se reporter vers d'autres fondements permettant de privatiser le débat public (comme par exemple la loi sur le secret des affaires).

Le Canada, les Etats-Unis ou encore l'Australie, ont adopté des lois cadres prévenant de façon transversale ces abus de procédure que sont les poursuites-bâillons<sup>11</sup>. De la même façon, les amendements proposés portent sur les outils procéduraux, qui sont les plus à mêmes de prévenir les poursuites-bâillons.

Cette protection dans le cadre de poursuites-bâillons s'appuierait sur le renforcement des sanctions prévues par la loi en cas de procédures abusives. De telles sanctions permettraient de dissuader en amont les instigateurs de poursuites judiciaires dont le seul objectif est d'entraver un débat d'intérêt général. L'obligation de condamner les initiateurs à régler l'intégralité des frais de procédure et des dommages et intérêts exemplaires, pourraient rassurer les défendeurs dans l'exercice de leur liberté d'expression. Le montant de ces amendes doit être assez élevé pour dissuader personnes physiques et morales de se lancer dans une procédure dilatoire. Pour les personnes morales, souvent à l'origine de ce type de poursuites, seul un pourcentage de leur chiffre d'affaire aurait une véritable force de dissuasion.

**L'abus serait caractérisé si la procédure intentée vise à restreindre la liberté d'expression du défendeur dans le contexte d'un débat d'intérêt général.** La notion du débat d'intérêt général est un élément fondamental de caractérisation des poursuites-bâillons. Tant la législation québécoise que le juge français en font un critère de définition. Dans l'affaire Garrigou contre société Fiducial (TGI, 17ème chambre, n°12137023053), les magistrats retiennent ainsi qu'une plainte en diffamation relève d'une procédure-bâillon lorsque le but de la procédure est *"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 juge européen a déjà donné des contours très précis à l'intérêt général en le définissant *in concreto* au gré de la jurisprudence.

Le régime de protection accordé au civil aux victimes de poursuites-bâillons s'alignerait de surcroît avec le régime de sanction mis en place dans le cadre de la loi relative à la protection du secret des affaires, qui prévoit à la section 4 de son chapitre 2, qu'en cas de procédure dilatoire ou abusive, le montant de l'amende civile *"ne peut être supérieur à 20% du montant de la demande de dommages et intérêts."* En leur absence, *"le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €."* L'ajout d'un alinéa 32-1 dans le Code Civil étendrait cette sanction, dans une même logique de dissuasion, à toute action abusive à l'encontre d'une personne agissant dans un souci d'informer au nom de l'intérêt général. Une sanction différenciée est instituée en fonction de la nature de la personne à l'origine de la plainte, pour mieux rendre compte des capacités financières de chacun d'entre eux.

L'introduction de l'amende civile s'inscrit dans un mouvement de dépénalisation entamé depuis 2001 qui affecte notamment les pratiques commerciales restrictives de concurrence, qui ne sont plus que des fautes civiles. L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile prévoit *"d'introduire le principe de l'amende civile en droit de la responsabilité"*.

Au pénal, il semble nécessaire de renforcer les mécanismes existants en cas d'abus manifestes de procédure. L'article 177-2 du Code de procédure pénale permet au juge d'instruction de condamner la partie civile à une amende civile qui ne peut excéder 15 000 euros. Ce montant n'est ni satisfaisant ni cohérent, car bien inférieur à ceux prévus par la loi sur le secret des affaires en cas d'abus du droit d'agir en justice.

L'article 472 du Code de procédure pénale permet lui au tribunal de statuer sur la demande en dommages et intérêts du relaxé, s'il y a eu abus de constitution de partie civile. Mais la jurisprudence considère qu'une telle action ne peut être fondée sur des faits reconnus diffamatoires<sup>12</sup>. Il convient donc de prévoir une circonstance

---

<sup>11</sup> Le Québec a notamment adopté une Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics

<sup>12</sup> Cass. Crim. 1er mars 2005, n°04-81.981

aggravante lorsque la constitution de partie civile, quel que soit le fondement invoqué, a pour objet *“d’entraver la liberté d’expression dans le cadre d’un débat d’intérêt général”*.

Finalement, l’ajout d’un article 226-10-1 au Code pénal autoriserait le juge à majorer l’amende pour dénonciation calomnieuse, lorsque celle-ci vise à entraver la liberté d’expression du défendeur dans le cadre d’un débat d’intérêt général.

**Sherpa**

94, rue Saint-Lazare – 75009 Paris

Tél : 01 42 21 33 25

[www.asso-sherpa.org](http://www.asso-sherpa.org)