

## Proposition de directive européenne sur les poursuites stratégiques altérant le débat public

### ANALYSE ET RECOMMANDATIONS | AVRIL 2023

La liberté d'expression, et son corollaire le droit à l'information, constituent des piliers de la démocratie<sup>1</sup>. Les journalistes, activistes, lanceurs et lanceuses d'alerte jouent dès lors un rôle crucial en faisant usage de cette liberté, au bénéfice de l'ensemble de la société<sup>2</sup>.

Cette liberté est cependant aujourd'hui menacée, notamment par la pratique des « **poursuites-bâillons** ». Ce terme désigne le harcèlement judiciaire des personnes exerçant légitimement leur liberté d'expression, la finalité de ces procédures n'étant pas la victoire mais la censure. En effet, ces poursuites visent à entraver la capacité des personnes ciblées à intervenir dans le débat public sur des questions d'intérêt général et à entraîner un effet d'autocensure viral au sein de la société civile<sup>3</sup>. Au moment de son assassinat, la journaliste maltaise Daphne Caruana Galizia, qui enquêtait sur des scandales de corruption, était ainsi visée par 47 procédures en diffamation<sup>4</sup>.

C'est dans ce contexte que la Commission européenne a adopté, le 27 avril 2022, une proposition de directive « *sur la protection des personnes qui participent au débat public contre les procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives* » (« *poursuites stratégiques altérant le débat public* »).

L'ambition et l'objet de ce texte méritent d'être salués. La présente note de décryptage soulève toutefois des points de vigilance sur plusieurs aspects de la proposition : son champ d'application matériel, la définition des procédures-bâillons, ainsi que le mécanisme de rejet rapide de telles procédures. Nos recommandations sur ces points visent à encourager l'adoption d'un texte à la hauteur des enjeux de protection de la liberté d'expression et de la démocratie.

### Conserver un champ d'application matériel du texte aussi large que possible afin d'en garantir l'effectivité

Conformément à la base juridique mobilisée par la Commission européenne pour déposer cette proposition de directive, à savoir la coopération judiciaire civile<sup>5</sup>, l'article 2 de la proposition de directive indique que le texte s'applique « **aux matières de nature civile ou commerciale ayant une incidence transfrontière, quelle que soit la nature de la juridiction** ».

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a eu l'occasion de préciser que la notion de « *matière civile ou commerciale* » est délimitée à l'aune de la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou de l'objet de celui-ci.

Elle a ainsi jugé « [qu']une plainte avec constitution de partie civile déposée auprès d'une juridiction d'instruction relève du champ d'application de ce règlement dans la mesure où elle a pour objet l'indemnisation pécuniaire du préjudice allégué par le plaignant »<sup>6</sup>. Le considérant n°14 de la proposition de directive précise en ce sens que ce champ d'application comprend les « actions civiles engagées dans le cadre de procédures pénales ».

Ce champ d'application offre une protection adaptée au caractère protéiforme des procédures-bâillons, qui peuvent être introduites sur divers fondements. En particulier, en France le fondement retenu pour de nombreuses procédures-bâillons est la diffamation<sup>7</sup>, incrimination de droit pénal spécial dont la poursuite **dépend largement de l'action civile de la victime**, le procès de presse étant ainsi souvent qualifié de « chose des parties »<sup>8</sup>. Il importe dès lors de **conserver ce champ d'application**.

## RECOMMANDATION N°1

**Conserver un champ d'application matériel large qui tient compte des limites inhérentes à la compétence de l'Union européenne.**

Par ailleurs, afin de garantir une protection effective de la participation légitime au débat public au sein de l'espace européen, la notion de matière ayant une incidence transfrontière doit être définie largement afin de répondre au risque de « tourisme judiciaire »<sup>9</sup> particulièrement important dans le contexte de publications en ligne<sup>10</sup>. L'internationalité du rapport juridique peut dès lors être analysée à l'aune du **débat d'intérêt général en cause**, puisque celui-ci est au cœur des litiges en matière de protection de la liberté d'expression<sup>11</sup>.

Il importe dès lors de maintenir et renforcer les prévisions de l'article 4 du texte définissant la notion d'incidence transfrontière pour **garantir qu'elle inclut bien les cas dans lesquels la question d'intérêt public elle-même touche le public de plusieurs États et assurer une interprétation harmonisée sur ce point**. Par ailleurs, il importe de ne pas limiter la notion d'incidence transfrontière à l'implication de seuls États membres. En effet, l'implication d'un État tiers est également susceptible de conférer un caractère international au litige<sup>12</sup>.

La Recommandation jointe à la proposition de directive encourage par ailleurs les États membres à adopter des protections similaires pour les cas purement nationaux. Une telle solution apparaît en effet souhaitable pour des raisons de lisibilité et d'équité : il s'agirait **d'éviter la complexité d'un régime à deux vitesses qui exclurait de nombreuses procédures-bâillons** entreprises sur le territoire national.

## RECOMMANDATION N°2

**Maintenir et renforcer la définition de la notion « d'incidence transfrontière », notamment en s'assurant que sont couverts les actes de participation au débat public concernant une question d'intérêt public qui touche le public de plus d'un État et les poursuites multiples impliquant plusieurs demandeurs et/ou défendeurs dans plusieurs États, y compris tiers.**

## Remanier la définition des poursuites-bâillons et clarifier son articulation avec les différents mécanismes de protection prévus par le texte

La proposition de directive adopte une approche large concernant tant la définition des personnes protégées par le texte (article 1)<sup>13</sup>, que celle de la notion de participation au débat public (article 3)<sup>14</sup>.

Cette approche doit permettre de protéger efficacement toutes les personnes participant au débat public, ainsi que la grande variété d'actes de participation au débat public, dès lors qu'ils sont relatifs à une « question d'intérêt public », cette dernière étant définie conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>15</sup>.

Il importe de maintenir cette approche qui permet **d'englober la multiplicité des acteurs et des modes de communication au public qui alimentent le débat démocratique** à l'échelle de l'Union et qui sont aujourd'hui les cibles de procédures-bâillons. En effet, au-delà des publications journalistiques, des actions de mobilisation d'associations ou des écrits académiques peuvent également faire l'objet de telles poursuites<sup>16</sup>.

Il importe sur ce point de s'assurer que la mention selon laquelle le texte s'applique « en particulier » aux procédures engagées contre « des journalistes et des défenseurs des droits de l'homme » n'aboutisse pas à exclure arbitrairement des protections des personnes non journalistes, ou ne pouvant se prévaloir de la qualité de défenseur des droits de l'homme. Selon la même logique, la liste des domaines visés à l'article 3, 2 s'agissant de la définition de la question d'intérêt public ne devrait pas conduire à exclure d'autres domaines qui n'auraient pas été expressément listés.

## RECOMMANDATION N°3

**Conserver l'approche large s'agissant des notions de « débat public » et de « question d'intérêt public », ainsi que des personnes protégées par le texte, et garantir que les références à certaines personnes ou domaines spécifiques ne sont pas exclusives.**

L'article 3, 3 de la proposition de directive définit ensuite les « poursuites judiciaires abusives altérant le débat public » dans les termes suivants :

« des procédures judiciaires visant le débat public, qui sont totalement ou partiellement infondées et ont pour principal objectif d'empêcher, de restreindre ou de pénaliser le débat public. Les indications d'une telle finalité peuvent être :

(a) le caractère disproportionné, excessif ou déraisonnable de la demande en justice ou d'une partie de celle-ci;

(b) l'existence de procédures multiples engagées par le requérant ou des parties associées concernant des questions similaires;

(c) de l'intimidation, du harcèlement ou des menaces de la part du requérant ou de ses représentants. »

Il s'ensuit que pour qu'une procédure puisse être considérée comme une poursuite-bâillon, celle-ci doit satisfaire pas moins de trois critères : tout d'abord viser un acte de participation au débat public tel que précédemment défini.

Ensuite, la poursuite doit être totalement ou partiellement infondée et enfin présenter certaines caractéristiques démontrant qu'elle a pour principal objectif de porter atteinte au débat public. S'agissant du premier critère, celui-ci ne pose aucune difficulté particulière. En revanche, l'ajout des second et troisième critères interroge.

Tout d'abord, s'agissant du caractère « *totalement ou partiellement infondé* » des poursuites, il importe de s'assurer que ces termes couvrent également le cas de demandes irrégulières, par exemple en cas d'incompétence manifeste du tribunal ou encore le cas de demandes irrecevables pour d'autres motifs.

En France, il arrive ainsi régulièrement que des procédures soient introduites devant des tribunaux incompétents<sup>17</sup> ou par des demandeurs irrecevables<sup>18</sup>. S'agissant du critère tenant à l'objet de la poursuite, l'utilisation du terme « *principal objectif* » ne doit pas conduire les États membres à inclure des critères relatifs à l'intention du demandeur au principal.

Par ailleurs, le caractère cumulatif de ces deux derniers critères apparaît restrictif. Le caractère totalement ou partiellement infondé des poursuites pourrait rejoindre la liste des indications témoignant d'un objectif ou d'un effet d'atteinte au débat public, au même titre que le caractère disproportionné de la demande en justice, l'existence de procédures multiples engagées par le requérant, ou d'actes d'intimidation de ce dernier<sup>19</sup>.

Enfin, aux côtés de la définition des « *procédures judiciaires abusives altérant le débat public* », le texte fait coexister plusieurs notions ouvrant chacune l'accès à différents mécanismes de protection.

La définition que la proposition de directive prend la peine d'établir à l'article 3, 3 du texte, ne trouve en effet à s'appliquer que s'agissant des recours et sanctions. Les autres mesures de protection répondent à des conditions plus floues, comme l'existence d'une « *procédure judiciaire altérant le débat public* » combinée à des éléments indiquant une procédure abusive (pour la garantie) ou encore au caractère manifestement infondé de la procédure (pour le rejet rapide). La mise en œuvre de ces mécanismes est ainsi conditionnée à la réunion de critères différents, ne faisant pas systématiquement l'objet d'une définition et ce **au détriment de la lisibilité et de l'effectivité du texte.**

#### RECOMMANDATION N°4

**Remanier la définition des « *poursuites judiciaires abusives altérant le débat public* » en assouplissant les différents critères constitutifs de la notion et simplifier l'articulation de cette définition et des mécanismes de protection de manière à sauvegarder la lisibilité et l'effectivité du texte.**

## Clarifier le fonctionnement du mécanisme de rejet rapide prévu au chapitre III

Le Chapitre III de la directive offre une solution permettant de **désamorcer rapidement les procédures-bâillons par la mise en place d'un mécanisme de rejet rapide.**

Ces dispositions doivent être saluées. Les effets dévastateurs de ces poursuites résident dans l'introduction même de procédures longues et déséquilibrées. Il importe donc d'offrir des solutions procédurales permettant de rétablir l'égalité des armes entre les parties et d'éviter l'effet d'épuisement financier et psychologique qu'elles génèrent.

Ce mécanisme de rejet rapide constitue d'ailleurs **la mesure phare des lois adoptées** dans d'autres pays pour lutter contre les procédures bâillons. Comme le relève la note de droit comparé publiée en janvier 2023 par le Sénat, « *une trentaine d'États des États-Unis ont adopté des dispositions législatives permettant de rejeter sur demande, en début de procédure, ce qui apparaît comme étant une procédure-bâillon. [...] Au Canada, ce sont deux provinces, l'Ontario et la Colombie-Britannique, qui ont adopté des règles permettant de rejeter les procédures-bâillons* »<sup>20</sup>.

Le projet de directive prévoit en ce sens dans son article 9 que « *Les États membres habilite les juridictions à adopter **une décision rapide de rejet, total ou partiel, des procédures judiciaires altérant le débat public** comme étant manifestement infondées* ».

La formulation de cette disposition appelle plusieurs commentaires. Tout d'abord, pour des raisons de lisibilité et de cohérence précédemment évoqué (cf. supra recommandation n°4), il importe d'ancrer ce mécanisme dans la définition des poursuites-bâillons proposée par la directive en son article 3.

En effet, la précision selon laquelle la poursuite stratégique doit être « *manifestement infondée* » semble ajouter une condition à la fois restrictive et tautologique, dans la mesure où **la définition prévue à l'article 3 repose d'ores et déjà sur la notion de procédures judiciaires totalement ou partiellement infondées.**

La formule « *une décision rapide de rejet, total **ou partiel**, des procédures* » soulève ensuite des interrogations : doit-elle être comprise comme permettant un rejet de certaines procédures dans le cas d'actions multiples ? Ou bien comme la possibilité offerte aux juridictions de ne rejeter qu'une partie des demandes dans le cadre d'une seule et même procédure ? Cette précision limiterait largement l'intérêt du mécanisme si elle aboutit finalement à tout ou partie des procédures de prospérer.

#### RECOMMANDATION N°5

**Ancrer le mécanisme de rejet rapide dans la définition des procédures-bâillons proposée à l'article 3, 3 et clarifier l'impact de cette demande sur le rejet de la procédure au principal et sur les procédures connexes.**

S'agissant du régime procédural du mécanisme de rejet rapide, la proposition de directive appelle là encore plusieurs remarques.

D'abord, l'article 5 (2) dispose que les demandes de rejet rapide incluent « *une description des éléments sur lesquels elles sont fondées et une description des preuves à l'appui* ». L'exposé des motifs précise que « *la description de la nature de la déclaration ou de l'activité en tant qu'acte de participation au débat public devrait être une condition de recevabilité, une description des preuves à l'appui devrait être considérée comme nécessaire, si aucune preuve n'a encore été fournie par le requérant principal ou n'est autrement mise à la disposition de la juridiction* ».

Cette précision est intéressante, même si on peut regretter le recours à la notion de recevabilité. Aussi l'article 9 pourrait s'inspirer de l'exposé des motifs pour préciser les critères d'introduction de la demande de rejet rapide. En ce sens, la simple démonstration *prima facie* par le défendeur au principal que la procédure dont il fait l'objet est engagée en raison de sa participation à un débat public sur une question d'intérêt public devrait suffire.

La proposition de directive prévoit ensuite le renversement de la charge de la preuve. En effet, l'article 12 indique que, dans le cadre d'une telle demande de rejet rapide, les États membres garantissent que, « *si le défendeur a demandé un rejet rapide, il incombe au requérant de prouver que sa demande en justice n'est pas manifestement infondée* ».

Le renversement de la charge de la preuve est **indispensable à l'efficacité des mesures de lutte contre les procédures bâillons** : il opère un rééquilibrage de la procédure. Néanmoins cette mesure devrait une fois de plus être ancrée dans la définition des procédures bâillons retenue par la proposition de directive et son articulation avec l'article 8 clarifiée.

Par ailleurs, l'article 9 donne la possibilité aux États membres de « *fixer des délais pour l'exercice du droit de déposer une demande de rejet rapide. Les délais prévus sont proportionnés et ne rendent pas cet exercice impossible ou excessivement difficile* ». Cette prévision ne semble pas présenter d'utilité particulière pour garantir la sécurité juridique ni la célérité de la procédure. En effet, l'article 11 de la proposition de directive prévoit d'ores et déjà que la demande de rejet rapide soit traitée dans le cadre d'une procédure accélérée. Pour assurer un cadre procédural clair et la sécurité juridique des parties, mieux vaudrait assortir cet article 11 de délais indicatifs pour le traitement des demandes de rejet rapide plutôt que de laisser l'appréciation aux États membres.

Enfin, la rédaction de l'article 6 pourrait être interprétée comme excluant la possibilité, pour la cible de procédures-bâillons, d'introduire une demande de rejet rapide lorsque le demandeur au principal modifie ses demandes, postérieurement à leur introduction<sup>21</sup>. Une telle solution **encouragerait dès lors les auteurs de procédures bâillons à des manœuvres déloyales**, visant uniquement à déjouer l'application du mécanisme de rejet rapide.

## RECOMMANDATION N°6

**Clarifier le régime de la procédure de rejet rapide en maintenant le renversement de la charge de la preuve de façon à l'ancrer dans la définition des procédures bâillons, tout en garantissant la célérité de la procédure et la possibilité d'introduire la demande même en cas de modification des demandes par le requérant au principal postérieurement à leur introduction.**

## Renforcer le mécanisme de garantie prévu à l'article 8 de la proposition de directive

L'article 8 de la proposition de directive prévoit qu'un juge puisse ordonner le versement par la partie demanderesse au principal d'une garantie ayant vocation à couvrir les frais de procédure du défendeur, « *dans le cadre d'une procédure judiciaire altérant le débat public* » et si elle estime une telle garantie appropriée en raison de la « *présence d'éléments indiquant une procédure judiciaire abusive* »<sup>22</sup>.

Ce mécanisme de protection est **crucial pour lutter contre les procédures-bâillons**. En effet, celles-ci constituent un combat à armes inégales puisqu'elles sont caractérisées par un écart considérable de ressources entre les parties. Les cibles de procédures-bâillons se retrouvent dès lors entravées dans leur accès à la justice et donc dans leur capacité à faire valoir efficacement leur droit à la liberté d'expression. L'inégalité des armes dans une affaire de diffamation opposant des militants à une multinationale a ainsi déjà conduit la CEDH à condamner un État pour violation de la liberté d'expression<sup>23</sup>.

En France, un mécanisme de provision similaire à celui proposé à l'article 8 de la directive a d'ailleurs été adopté au bénéfice des lanceurs et lanceuses d'alerte dans le cadre de l'adoption de la *Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte* (dite « *Wasserman* »)<sup>24</sup>. Cette disposition a précisément pour objectif de rétablir l'égalité des armes entre les parties et permet au lanceur d'alerte, qu'il soit demandeur en justice à l'occasion d'un recours contre une mesure de représailles, ou bien défendeur ou prévenu lors d'une instance civile ou pénale, de solliciter du juge qu'il ordonne le versement par la partie adverse d'une provision visant à couvrir ses frais de justice, ou d'une provision pour subsides si sa situation financière s'est gravement dégradée à raison de son alerte. Le juge statue à bref délai et peut décider à tout moment de la procédure que la provision reste définitivement acquise au lanceur d'alerte. Cette provision est allouée « *en fonction de la situation économique respective des parties et du coût prévisible de la procédure* ».

Il importe donc de maintenir cette garantie dans la proposition de directive et d'en assurer une application effective. Or, une fois de plus les critères d'application de la garantie ne sont pas ancrés dans les définitions prévues par la proposition de directive à l'article 3. Dès lors qu'il s'agit dans le cadre de cet article de proposer un mécanisme de garantie et non un rejet de la procédure, **le simple fait que l'action vise un acte de participation au débat public tel que défini par la proposition de directive devrait suffire à emporter l'application d'une garantie.**

## RECOMMANDATION N°7

**Simplifier les conditions d'application du mécanisme de garantie prévu à l'article 8 de la proposition de directive afin de rétablir l'égalité des armes et de protéger efficacement l'exercice légitime de la liberté d'expression.**

Par ailleurs, d'autres mécanismes de protection, comme la demande de rejet rapide ou les recours et les sanctions contre les procédures-bâillons, sont assortis de facilités procédurales comme **le renversement de la charge de la preuve**. Il serait pertinent d'associer un mécanisme analogue à la demande de garantie<sup>25</sup>.

L'article 5, 3 de la proposition de directive prévoit quant à lui que « *Les États membres peuvent prévoir que les mesures relatives aux garanties procédurales conformes au chapitre III [demande de rejet rapide] et IV [recours et sanctions] peuvent être prises d'office par la juridiction saisie* ».

Le mécanisme de garantie prévu par l'article 8 figurant au chapitre II, il ne semble pas concerné par cette disposition<sup>26</sup>. Or il serait pertinent, car plus protecteur, qu'en présence d'une procédure concernant le débat public, le juge ait la possibilité **d'ordonner d'office** le versement d'une garantie par la partie poursuivante.

## RECOMMANDATION N°8

**Assortir le mécanisme de garantie prévu à l'article 8 de la proposition de directive d'un aménagement de la charge de la preuve et de la possibilité pour le juge d'ordonner d'office une telle mesure, afin d'harmoniser les régimes procéduraux prévus par la proposition de directive.**

## Renforcer les mécanismes de recours et de sanctions contre les procédures judiciaires abusives altérant le débat public

Le chapitre IV de la proposition de directive prévoit différents mécanismes permettant d'une part aux victimes de procédures-bâillons d'obtenir réparation et d'autre part, de sanctionner les auteurs de telles poursuites.

Ces dispositions sont invocables en présence de « *procédures judiciaires abusives altérant le débat public* », telles que définies à l'article 3, 3 de la proposition de directive, et les États membres peuvent prévoir, en application de l'article 5, 3 du texte, que les mesures visées dans ce chapitre puissent être prononcées d'office par le juge.

L'article 14 permet ainsi de mettre à la charge du requérant ayant engagé une poursuite-bâillon **l'intégralité des frais de la procédure**<sup>27</sup>. La protection ainsi conférée aux victimes de procédures-bâillons est importante et présente en outre un caractère dissuasif pour la partie poursuivante au principal.

Pour garantir l'effectivité de cette protection, celle-ci pourrait **intervenir de droit**. C'est d'ailleurs la position défendue non seulement par la coalition d'associations CASE<sup>28</sup> mais aussi par le Conseil des barreaux européens (CCBE) dans son avis du 10 décembre 2021 sur les mesures prévues pour lutter contre les procédures-bâillons dans le plan d'action pour la démocratie européenne de la Commission européenne<sup>29</sup>.

En outre, il s'agit d'une prévision déjà existante, notamment en droit national. En effet, les articles 696 et 700 du code de procédure civile permettent déjà de mettre à la charge de la partie qui succombe, dans le cadre d'un procès civil, l'intégralité des dépens et des frais non compris dans ces derniers, tandis que l'article 800-2 du code de procédure pénale permet, à l'issue d'une instance pénale<sup>30</sup>, de mettre ces frais de procédure à la charge de la partie civile lorsque cette dernière était à l'origine de la mise en mouvement de l'action publique.

## RECOMMANDATION N°9

**Prévoir que les frais de procédure engagés par la victime d'une procédure-bâillon soient, de droit, mis à la charge de la partie à l'origine des poursuites.**

L'article 15 prévoit par ailleurs que la partie « *ayant subi un préjudice du fait d'une procédure judiciaire abusive altérant le débat public soit en mesure de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice* ».

Ce mécanisme est bien sûr important et cohérent notamment du point de vue du droit français. En effet, le code de procédure civile permet déjà à une partie de solliciter de l'adversaire des dommages-intérêts pour abus du droit d'agir en justice<sup>31</sup>. En revanche, en matière pénale, si l'article 472 du code de procédure pénale permet à la personne poursuivie et *in fine* non condamnée de demander des dommages-intérêts à la partie civile en cas d'abus de constitution de partie civile lorsque cette dernière a mis en mouvement l'action publique, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu écarter cette possibilité en cas de relaxe – sur la base de la bonne foi par exemple – de faits reconnus diffamatoires<sup>32</sup>.

La diffamation figurant parmi les fondements les plus répandus pour initier des procédures-bâillons en France, et la relaxe sur la base de la bonne foi étant tout aussi classique, il serait particulièrement utile à la partie relaxée de **pouvoir obtenir des dommages-intérêts en faisant valoir le caractère abusif de la procédure engagée**.

Force est par ailleurs de constater une fois de plus le caractère crucial de la recommandation n°1 de cette note (cf. *supra*) concernant la préservation d'un champ d'application matériel du texte largement défini pouvant englober les constitutions de partie civile en matière pénale, conformément à la jurisprudence de la CJUE.

Enfin, s'agissant de l'article 16 de la proposition de directive, ce dernier exige des États membres de prévoir : « *que les juridictions saisies de procédures judiciaires abusives altérant le débat public aient la possibilité d'infliger des sanctions [...]* », et que celles-ci doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* ». Le considérant n°32 invite les juridictions à déterminer le montant desdites sanctions sur la base de l'atteinte au débat public induit par la procédure en cause « *au vu, notamment, de la nature de la demande en justice, du fait que le requérant a engagé ou non des procédures multiples ou concertées dans des affaires similaires et de l'existence ou non de tentatives d'intimidation, de harcèlement ou de menaces à l'encontre du défendeur* ».

Ces indicateurs rappellent partiellement ceux évoqués à l'article 3, 3 de la proposition de directive, qui définit la notion de « *procédures judiciaires abusives altérant le débat public* », notamment par le fait que ces procédures auraient pour principal objectif de porter atteinte au débat public. Pour répondre à l'objectif de dissuasion affiché par le texte, il pourrait sembler pertinent de fixer également **le montant des sanctions à prononcer en fonction notamment des ressources de la partie poursuivante au principal et des demandes formulées par celle-ci à l'encontre du défendeur**<sup>33</sup>.

## RECOMMANDATION N°10

**Maintenir et renforcer les mécanismes de protection prévus aux articles 15 et 16, qui permettent d'une part aux victimes d'obtenir réparation et d'autre part de sanctionner et dissuader effectivement les auteurs de procédures-bâillons. Le montant des sanctions devrait notamment tenir compte des ressources du demandeur au principal, ainsi que du montant des demandes formulées par ce dernier.**

## À propos de Sherpa

### Combattre les nouvelles formes d'impunité liées à la mondialisation des échanges

Afin de renforcer la responsabilité des acteurs économiques et participer à la construction d'un droit plus protecteur de l'environnement, des communautés et des travailleurs et travailleuses, l'association Sherpa mène des activités de plaidoyer, de contentieux stratégique, de recherche juridique et de renforcement des capacités.

Pour mettre en œuvre ces activités, Sherpa réunit avocat·e-s, juristes, universitaires, ainsi que de nombreux expert·e-s qui appuient son action, en proposant une approche innovante du droit.

[contact@asso-sherpa.org](mailto:contact@asso-sherpa.org) | [www.asso-sherpa.org](http://www.asso-sherpa.org)



## À propos de la Maison des Lanceurs d'Alerte

### Améliorer la protection des lanceurs d'alerte

La Maison des Lanceurs d'Alerte accompagne les lanceurs d'alerte au quotidien et mobilise les décideurs et l'opinion publique pour faire évoluer la législation en leur faveur.

Elle a œuvré en faveur de l'adoption de mesures de protection des lanceurs d'alerte contre les procédures bâillons dans le cadre de la Loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte et soutient régulièrement les lanceurs d'alerte victimes de telles pratiques.

[contact@mlalerte.org](mailto:contact@mlalerte.org) | [www.mlalerte.org](http://www.mlalerte.org)

Sherpa et la Maison des Lanceurs d'Alerte sont membres de la coalition européenne de lutte contre les procédures-bâillons (The Coalition against SLAPPs in Europe - CASE).

[www.the-case.eu](http://www.the-case.eu)

## Références

1. Selon le Conseil constitutionnel la liberté d'expression est « *une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* »; Conseil Constitutionnel, décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*.

2. CEDH, Goodwin c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, n° 17488/90, 27 mars 1996 ; CEDH, Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie, no 57829/00, 27 mai 2004.

3. Denis Mazeaud « La procédure bâillon constitue une atteinte à la liberté d'expression », *La Gazette du Palais*, 14 novembre 2017; Juliette Leroux, Julie Lalloue et Diana Cristancho, *Secret des affaires et procédures stratégiques*, Guide pratique, Clinique Euclid, Université de Nanterre, 2019.

4. Rebecca Bonello Ghio et Dalia Nasreddin, The Daphne Caruana Galizia Foundation, *Shutting Out Criticism : How SLAPPs Threaten European Democracy – A Report By CASE*, 16 mars 2022. Le rapport recense en outre 570 procédures de ce type engagées à l'encontre de journalistes, ONG et lanceurs d'alerte entre 2010 et 2021 dans trente États européens.

5. L'article 81, 2, f du TFUE, aux termes duquel l'Union Européenne « *développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière* », autorise les instances européennes à adopter des mesures visant à assurer « *l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres* ».

6. CJUE 22 oct. 2015, aff. C-523/14

7. Camille Broyelle, Emmanuelle Filiberti, Valérie Malabat, Denis Mazeaud et Yves Surel, (Commission Mazeaud), *Rapport sur les procédures bâillons*, 2017; Sandrine Fontaine, Simon Savry-Cattan et Cécile Villette, *Quelle régulation face au phénomène des poursuites-bâillons en France?*, 2018 (Rapport de recherche réalisé dans le cadre de la Clinique de l'Ecole de Droit de Sciences Po Paris).

8. Jean-Yves Dupeux et Thierry Massis, « La conduite du procès de presse », *LEGICOM*, 2002/3 (N° 28), p. 5-23.

9. « Responsabilité et compétence dans les affaires de diffamation en ligne » Étude du Conseil de l'Europe, Comité d'experts sur les dimensions des droits de l'homme dans le traitement des données et les différentes formes d'intelligence artificielle (MSI-AUT), Rapporteur : Emeric Prévost, DGI(2019)04, Septembre 2019.

10. En effet, un groupe transnational visé dans des publications effectuées dans un ou plusieurs États membres pourrait engager des poursuites en diffamation contre ces publications via une filiale située dans un de ces États membres, ce qui empêcherait alors de considérer la procédure comme ayant une incidence transfrontière si le champ d'application du texte était par exemple limité au regard du domicile et de la nationalité des parties.

11. CEDH, *Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Liberté d'expression, Mis à jour au 31 août 2022.

12. CJCE 1er mars 2005, Owusu, aff. C-281/02

13. La proposition de directive s'applique en effet aux procédures engagées contre des « *personnes physiques et morales, en particulier des journalistes et des défenseurs des droits de l'homme, en raison de leur participation au débat public* » (article 1) et le considérant n°13 précise que les garanties devraient « *également protéger les personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel ou personnel, soutiennent ou assistent une autre personne ou lui fournissent des biens ou des services à des fins directement liées au débat public sur une question d'intérêt public. Il s'agit par exemple de fournisseurs d'accès à l'internet, de maisons d'édition ou d'imprimeries, qui font l'objet ou sont menacés de poursuites judiciaires pour avoir fourni des services à la personne visée par des procédures judiciaires.* ».

14. Le débat public est défini comme « *toute déclaration exprimée ou activité menée par une personne physique ou morale dans l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information sur une question d'intérêt public, ainsi que les actions préparatoires, de soutien ou d'assistance qui y sont directement liées. Cela inclut les plaintes, les pétitions, les recours administratifs ou judiciaires et la participation à des audiences publiques* » (article 3, 1).

15. L'article 3, 2 définit la question d'intérêt public comme « *toute question qui touche le public au point qu'il peut légitimement s'y intéresser, dans des domaines tels que : (a) la santé publique, la sécurité, l'environnement, le climat ou la jouissance des droits fondamentaux; (b) les activités d'une personne ou d'une entité en vue ou d'intérêt public; (c) les questions faisant l'objet d'un traitement public ou d'un examen par un organe législatif, exécutif ou judiciaire, ou toute autre procédure officielle publique; (d) les allégations de corruption, de fraude ou de criminalité; (e) les activités visant à lutter contre la désinformation* ».

16. Rebecca Bonello Ghio et Dalia Nasreddin, The Daphne Caruana Galizia Foundation, *Shutting Out Criticism : How SLAPPs Threaten European Democracy – A Report By CASE*, 16 mars 2022.

17. Il en va ainsi des procédures pour dénigrement commercial engagées par le groupe Bolloré, v. par exemple T. com. de Paris, 12 juin 2018, n°2016045660 et CA Paris, Pôle 2, chambre 7, 27 mars 2019, n° 18/15647.

18. C'est le cas des procédures en diffamation intentées par des États en dépit d'une jurisprudence claire de la Cour de cassation aux termes de laquelle la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne permet pas à un État d'engager des poursuites sur le fondement de la diffamation. Voir par exemple [les poursuites engagées par l'Azerbaïdjan à l'encontre d'Élise Lucet](#), ou encore celles [engagées par le royaume du Maroc contre plusieurs ONG et médias français](#).

19. Cette solution serait plus proche de celle retenue pour lutter contre les procédures bâillons au Canada, où le code de procédure civile du Québec définit en son article 51 les procédures bâillons en les assimilant aux procédures abusives au regard de leurs effets : « *L'abus peut résulter, sans égard à l'intention, d'une demande en justice ou d'un autre acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent. Il peut aussi résulter 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, entre autres si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics* ».

20. [Les dispositifs de lutte contre les procédures-bâillons](#), note réalisée à la demande de la commission des affaires européennes du Sénat. Étude de législation comparée n° 312 - janvier 2023.

21. En effet, l'article exige des États Membres qu'ils maintiennent la possibilité pour les personnes victimes de procédures-bâillons de demander les mesures de protection prévues au Chapitre IV de la directive (adjudication des dépens, réparation des dommages et sanctions) même lorsque le demandeur au principal modifie ses demandes ou abandonne son action en cours de procédure. Si le Chapitre IV est explicitement visé par l'article, **celui-ci ne mentionne en revanche pas le Chapitre III concernant la demande de rejet rapide**.

22. L'article 8 dispose que « *Les États membres veillent à ce que, dans le cadre d'une procédure judiciaire altérant le débat public, la juridiction saisie ait le pouvoir d'obliger le requérant à fournir une garantie pour les frais de procédure, ou pour les frais de procédure et les dommages-intérêts, si elle estime qu'une telle garantie est appropriée compte tenu de la présence d'éléments indiquant une procédure judiciaire abusive.* ».

23. CEDH, Steel et Moris c/ Royaume-Uni, 15 févr. 2005, n°68416/01 ; voir également Justin Borg-Barthet, Benedetta Lobina et Magdalena Zabrocka, « L'utilisation des poursuites-bâillons pour réduire au silence les journalistes, les ONG et la société civile », Parlement Européen, étude demandée par la commission JURI, PE 697.288, Juin 2021, p.33 : « L'affaire Steel & Morris, communément désignée comme l'affaire McLibel, est peut-être l'exemple le plus emblématique de la manière dont les droits nationaux ont eu tendance à favoriser un demandeur en négligeant le préjudice qu'un défendeur pouvait subir dans l'exercice de sa liberté d'expression, simplement en raison de l'absence d'aide judiciaire et de moyens financiers. Ces éléments constituent un obstacle substantiel à l'accès à la justice qui revêt une très grande importance lorsque le défendeur tente de diffuser librement des informations d'intérêt public. ».

24. Le mécanisme apparaît désormais à l'article 10-1, III de la n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « *Sapin 2* »): « *En cas de recours contre une mesure de représailles mentionnée au II, dès lors que le demandeur présente des éléments de fait qui permettent de supposer qu'il a signalé ou divulgué des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8, [...] le demandeur peut demander au juge de lui allouer, à la charge de l'autre partie, une provision pour frais de l'instance en fonction de la situation économique respective des parties et du coût prévisible de la procédure ou, lorsque sa situation financière s'est gravement dégradée en raison du signalement ou de la divulgation publique, une provision visant à couvrir ses subsides. Le juge statue à bref délai.* ».

25. En France, le mécanisme de provision de la loi dite « *Waserman* » est d'ailleurs également couplé à un aménagement de la charge de la preuve, aux termes duquel lorsqu'une partie se prévalant de la qualité de lanceur d'alerte « *présente des éléments de fait qui permettent de supposer qu'elle a signalé ou divulgué publiquement des informations dans les conditions prévues [par la loi]* », il incombe à la partie adverse de prouver que la décision prise à son encontre était dûment justifiée.

26. Le considérant n°26 indique que « *[...] C'est aux États membres qu'il devrait appartenir de décider si une garantie doit être ordonnée d'office ou sur demande du défendeur par la juridiction saisie* ».

27. L'article 14 dispose en effet que « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'un requérant qui a engagé une procédure judiciaire abusive altérant le débat public puisse être condamné à supporter tous les frais de procédure, y compris l'intégralité des frais de représentation en justice engagés par le défendeur, à moins que ces frais ne soient excessifs* ».

28. Coalition Against SLAPPs in Europe (CASE), [Expert Brief on the European Commission's EU anti-SLAPP Proposals](#), juin 2022 : « *As regards the award of costs, EU and national lawmakers should not only uphold, but go beyond the Commission's proposal (Article 14 of the proposed Directive) and ensure that ordering a claimant who has brought abusive court proceedings against public participation to bear all the costs of such proceedings is an automatic feature of the court's decision* ».

29. Position du CCBE sur les recours abusifs visant des journalistes et des défenseurs des droits humains, 10 décembre 2021, § 43: « Il est nécessaire de s'assurer que les poursuites-bâillons **ne constituent pas**, du moins en fin de compte, **un fardeau financier** pour les cibles. Pour ce faire, **le principe du perdant-payeur** devrait être une norme minimale. [...] Ainsi, le plaignant débouté doit payer ses dépens, ainsi que tous les frais de justice et les frais de la partie défenderesse (la cible) ».

30. Les dispositions de cet article sont cependant jugées « *impraticables* » par les professionnels du droit, de sorte qu'il apparaît d'autant plus pertinent de faciliter la prise en charge des frais de procédure en matière pénale par la partie civile à l'origine d'une procédure-bâillon. Voir par exemple Légipresse, « Les procédures « bâillons » et le coût d'un procès de presse », 27 octobre 2022 ; Légipresse, Basile Ader, « Y a-t-il un remède aux « procédures bâillons » ? », 2017.

31. Voir notamment 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*** ».

32. Voir par exemple Cass. Crim. 1er mars 2005, n°04-81.981 : « [...] selon [l'article 472 du code de procédure pénale], la partie civile qui a mis en mouvement l'action publique ne peut être condamnée à des dommages intérêts que s'il est constaté qu'elle a agi de mauvaise foi ou témérement ; **que tel ne peut être le cas lorsque l'action est fondée sur des faits reconnus diffamatoires** ».

33. Ces deux critères sont également défendus par la coalition CASE, « *The possibility for the court to impose penalties for initiating abusive court proceedings against public participation provided for in the Commission's proposal (Article 16 and recital 32 of the proposed Directive) is welcome and should be upheld. EU and national lawmakers are also advised to clarify, in this context, that the determination of the penalty should have due regard to the amount of the claim and the financial situation of the claimant.* » Coalition Against SLAPPS in Europe (CASE), Expert Brief on the European Commission's EU anti-SLAPP Proposals, juin 2022.