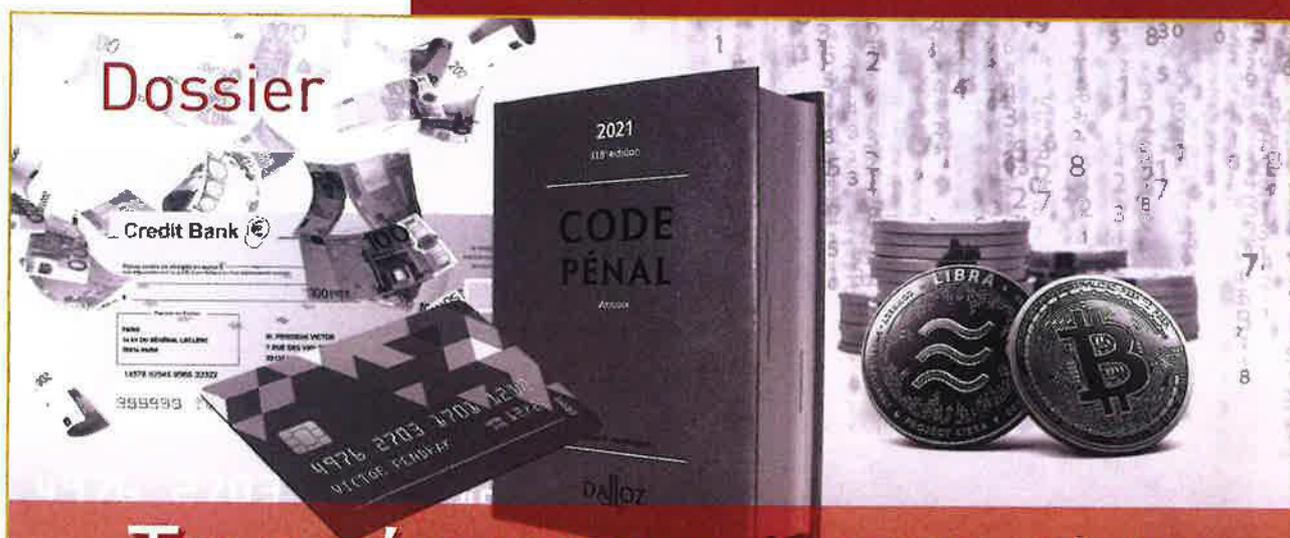


AJ Pénal

ACTUALITÉ JURIDIQUE PÉNAL



495 TOUR D'HORIZON DU DROIT PÉNAL DES INSTRUMENTS DE PAIEMENT

- 514** Conflits de lois dans le temps et aménagements *ab initio* : pas de rétroactivité *in pejus*
Martine H-Evans
- 517** La liberté d'expression de l'avocat implique nécessairement la liberté pour le journaliste de rapporter ses propos
Emmanuel Mercinier et Julien Roelens
- 537** Charges de travail en probation : état des connaissances, réflexions et enjeux
Elliot Louan

DAJLOZ



Version numérique incluse*



LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DE L'AVOCAT IMPLIQUE NÉCESSAIREMENT LA LIBERTÉ POUR LE JOURNALISTE DE RAPPORTER SES PROPOS

par Emmanuel Mercinier

Avocat au barreau de Paris, ancien secrétaire de la Conférence, Associé Vigo avocats

et Julien Roelens

Avocat au barreau de Paris, Vigo avocats

RELEVÉ Paris 24 septembre 2020, n° 18/06151

Observations : Aux termes d'un arrêt rendu le 24 septembre 2020, la cour d'appel de Paris a jugé que « la liberté d'expression reconnue à l'avocat hors des prétoires implique la possibilité pour le journaliste d'informer le public de ces propos, lorsqu'il le fait, comme en l'espèce, sans déformation ni excès, et en s'appuyant sur une base factuelle suffisante dans le cadre d'un débat d'intérêt général ».

Il s'agissait des propos tenus il y a vingt ans hors audience par l'avocat de la famille du magistrat Bernard Borrel, assassiné à Djibouti en 1995, mettant en cause l'impartialité et la loyauté des juges d'instruction chargés du dossier, qu'avait rapportés le journal *Le Monde*. Cette affaire illustre la conquête par les avocats du droit à s'exprimer publiquement sur les affaires où ils interviennent et ce, grâce à la Cour européenne des droits de l'homme dont la jurisprudence vient éclairer et bousculer le juge français, trop souvent arc-bouté dans une posture rétive aux progrès des droits de la défense, comme ce fut le cas notamment à propos de la présence de l'avocat en garde à vue¹, du droit au silence² ou du principe *non bis in idem*.

En matière de liberté d'expression de l'avocat, la loi apparaît dépassée par la hauteur de vue de la Cour européenne, ce que reflète particulièrement cette affaire.

La liberté d'expression de l'avocat dans le prétoire : la loi obsolète

Les discours et les écrits judiciaires bénéficient d'une immunité judiciaire consacrée au 4^e alinéa de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 : « Ne donneront

lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage [...] les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ». Cette immunité n'est cependant pas absolue ; elle est enfermée dans certaines limites. Premièrement, le tribunal, dans sa décision au fond, peut prononcer la suppression des termes outrageants, injurieux ou diffamatoires contenus dans les conclusions écrites et condamner l'auteur à des dommages-intérêts (art. 41, al. 5). Deuxièmement, les propos étrangers à la cause échappent à la protection (art. 41, al. 6). Autrement dit, l'immunité ne couvre que les propos dont l'objet est en lien avec l'objet du procès et qui sont formulés dans l'intérêt de la thèse défendue : c'est une idée qui doit être exprimée. Troisièmement, la Cour de cassation considère que l'immunité ne s'applique pas aux poursuites disciplinaires exercées contre l'avocat : « l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, qui n'institue qu'une immunité pénale, et dans la mesure où les propos n'excèdent pas les limites du droit de la défense, n'est pas applicable en matière disciplinaire »³. Quatrièmement, conformément à la lettre du texte, les propos tenus hors du prétoire sont exclus du bénéfice de l'immunité.

Cette dernière limite, on va le voir, a été sensiblement assouplie par la Cour de cassation s'inclinant à la suite d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, justement dans l'affaire qui nous occupe⁴.

S'agissant de la précédente en revanche, en l'état la jurisprudence de la Cour de cassation apparaît constante : « un avocat peut donc faire l'objet de poursuites disciplinaires, alors même que les propos qu'il a tenus à l'audience ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales ; une telle situation s'est rencontrée à plusieurs reprises dans la pratique judiciaire »⁵.

En choisissant la voie disciplinaire, le magistrat qui entend voir poursuivre l'avocat pour des propos qu'il considère outrageants n'a pas à démontrer que ceux-ci sont étrangers à la cause, ce qui lui serait indispensable sur le terrain pénal en application de l'article 41 de la loi 1881. Si l'on peut effectivement observer cette pratique (les cas sont très rares au demeurant), l'on voit aussi des conseils de discipline résister et faire application de l'immunité de l'article 41 à condition que le propos ne soit pas étranger à la cause.

Du reste, le Conseil d'État juge, lui, que l'immunité prévue par l'article 41 fait échec aux poursuites disciplinaires⁶. Il y a donc contradiction entre celui-ci et la Cour de cassation. Il nous apparaît souhaitable que cette dernière opère un revirement. Si le propos de l'avocat n'est pas étranger à la cause, s'il exprime une idée dont l'objet est en lien avec l'objet du procès, alors il doit bénéficier de l'immunité de l'article 41 sur le plan disciplinaire comme sur le plan pénal.

Au demeurant, ce débat apparaît dépassé par la hauteur de vue de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci ne connaît pas de cette immunité, mais elle opère un contrôle approfondi des sanctions prononcées contre l'avocat, tant sur le terrain disciplinaire que

(1) E. Daoud et E. Mercinier, *Garde à vue : faites entrer l'avocat !*, Constitutions 2010. 571.

(2) P. Comblès de Nayves et E. Mercinier, *Le silence est d'or*, AJ pénal 2017. 27.

(3) Civ. 1^{re}, 10 sept. 2015, n° 14-24.208, Bull. civ. I, n° 296 ; Civ. 1^{re}, 14 oct. 2010, n° 09-69.266 ; v. aussi, Civ. 1^{re}, 16 déc. 2003, n° 03-13.353 et 03-14.649, Bull. civ. I, n° 25 ; D. 2004. 977, note B. Beignier ; *ibid.* 2826, obs. B. Blanchard.

(4) CEDH, gr. ch., 23 avr. 2015, n° 29369, *Morice c/ France*.

(5) F. Saint-Pierre, *Pratique de défense pénale*, LGDJ, 2020, p. 288.

(6) CE 22 mai 2015, n° 370429, Lebon ; D. 2015. 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail.

pénal. Elle a ainsi affirmé que l'indépendance de l'avocat constitue une composante essentielle du fonctionnement d'une justice équitable⁷. La liberté d'expression des avocats fait partie intégrante de leur indépendance, si bien qu'une limitation ne pourrait être considérée comme nécessaire dans une société démocratique que dans des cas exceptionnels⁸. Dans une affaire où l'avocat avait été condamné pour avoir accusé à l'audience le procureur d'abus, de manipulations et d'avoir inventé des charges, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « la critique [...] se limitait strictement à la conduite du procureur dans cette affaire et ne visait pas ses qualités professionnelles ou autres en général »⁹. Dans l'arrêt *Bono c/ France* rendu à propos d'une sanction disciplinaire prononcée contre un avocat, la CEDH a statué comme suit : « La Cour relève que les propos litigieux, de par leur virulence, avaient, à l'évidence, un caractère outrageant pour les magistrats en charge de l'instruction. [...] Elle considère en

Cette affaire illustre la conquête par les avocats du droit à s'exprimer publiquement sur les affaires où ils interviennent et ce, grâce à la Cour européenne des droits de l'homme dont la jurisprudence vient éclairer et bousculer le juge français.

revanche qu'ils reposaient sur une base factuelle [...] la Cour estime que le contrôle *ex post facto* des paroles ou des écrits litigieux d'un avocat doit être mis en œuvre avec une prudence et une mesure particulières. En effet, s'il appartient aux autorités judiciaires et disciplinaires, dans l'intérêt du bon fonctionnement de la justice, de relever et parfois même de sanctionner certains comportements des avocats, elles doivent veiller à ce que ce contrôle ne constitue pas pour ceux-ci une menace ayant un effet "inhibant", qui porterait atteinte à la défense des intérêts de leurs clients »¹⁰.

Il nous semble nécessaire que le juge interne entérine les critères retenus par la Cour européenne des droits de l'homme afin de contrôler les sanctions prononcées contre des avocats pour leurs propos tenus dans le prétoire (base factuelle, proportionnalité de la sanction, absence d'effet inhibant), ainsi qu'il en a été, on va le voir, s'agissant des propos tenus hors du prétoire.

L'arrêt *Morice c/ France* : la conquête de la liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire

Le 19 octobre 1995, à quatre-vingts kilomètres environ de la ville de Djibouti, en contrebas d'une route isolée, était retrouvé le corps sans vie du magistrat français Bernard Borrel. Ancien procureur de la République de Lisieux, ce dernier avait obtenu en 1994 une mutation en qualité de conseiller technique auprès du ministre de la Justice djiboutien dans le cadre d'une coopération visant la mise en œuvre d'une grande réforme de la justice pénale. Les enquêteurs djiboutiens concluaient rapidement à un suicide. Une information judiciaire était cependant ouverte et confiée à des magistrats toulousains, avant que le dossier ne soit dépaycé à Paris et confié aux juges d'instruction M. et LL. Saisie d'un appel des parties civiles à l'encontre de décisions de refus d'ordonner une reconstitution et une contre-expertise, la chambre de l'instruction avait ordonné le dessaisissement des juges M. et LL. le 21 juin 2000.

Le 1^{er} août 2000, le juge d'instruction désigné en remplacement avait rédigé un procès-verbal constatant qu'une cassette vidéo réalisée lors d'un déplacement de ses deux prédécesseurs à Djibouti ne figurait pas au dossier qui lui avait été transmis. La juge M. lui avait alors remis une enveloppe contenant ladite cassette ainsi qu'une carte à l'en-tête du procureur de Djibouti, sur laquelle figurait un message très familier à l'adresse de cette dernière. Vingt-cinq ans après la mort de Bernard Borrel, l'instruction est

toujours en cours. En 2017, un collège d'experts a confirmé l'origine criminelle de son décès. Par jugement du 16 mars 2020, le tribunal judiciaire de Paris a condamné l'État français à indemniser la famille en raison des fautes lourdes commises dans la mise en œuvre des investigations. Il s'agit donc d'un naufrage judiciaire, que les parties civiles et leurs avocats, dont Olivier Morice, conseil de la famille Borrel, ont à plusieurs reprises dénoncé dans la presse. Le 6 septembre 2000, ce dernier avait adressé une lettre au garde des Sceaux pour exposer un « comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté des magistrats Madame [M.] et Monsieur [L.L.] » et demander « une enquête de l'Inspection générale des services judiciaires, sur les nombreux dysfonctionnements qui ont été mis au jour dans le cadre de l'information judiciaire ». Il était précisé que la forme et le fond de la carte adressée par le procureur de Djibouti à la juge M. révélaient une surprenante et regrettable intimité complice, le procureur se trouvant sous la dépendance directe du gouvernement dont le chef était « soupçonné très ouvertement et très sérieusement d'être l'instigateur de l'assassinat de Bernard Borrel ». Dans son édition du 8 septembre 2000, le quotidien *Le Monde* publiait un article intitulé « Affaire Borrel : remise en cause de l'impartialité de la juge M. » comportant les passages suivants :

« Celle-ci [la juge M.] est accusée par M^{es} Olivier Morice et Laurent de Caunes d'avoir "un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté" et semble avoir omis de coter et de transmettre une pièce de procédure à son successeur » ;

« Les juges M. et LL. avaient gardé par^{de}vers eux cette cassette, proteste M^e Olivier Morice, qu'ils avaient omis de placer sous scellés, plus d'un mois après leur dessaisissement » ;

« Les avocats de M^{me} Borrel sont évidemment furieux. "Cette pièce démontre l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français", assure M^e Morice, et on ne peut qu'être scandalisés ».

Les 12 et 15 octobre 2000, les juges M. et LL. avaient déposé plainte avec constitution de partie civile du chef de diffamation publique envers un fonctionnaire public contre Olivier Morice, le directeur de publication du *Monde* ainsi que l'auteur de l'article.

Par jugement du 4 juin 2002, le tribunal correctionnel de Nanterre les avait dits tous trois coupables au terme de la motivation suivante : « L'accusation d'impartialité et de déloyauté à l'encontre d'un juge constitue, à l'évidence, une imputation particulièrement diffamatoire puisqu'elle revient à mettre en cause ses qualités, sa rigueur morale professionnelle et en somme sa capacité à exercer des fonctions de magistrat ».

Le tribunal avait alors écarté l'immunité prévue par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 que les prévenus soulevaient au motif que l'article ne faisait que reprendre la lettre adressée au garde des Sceaux,

(7) CEDH 22 mars 2017, n° 8932/05, *Sialkowska c/ Pologne*.

(8) CEDH 15 déc. 2005, n° 73797/01, *Kyprianou c/ Chypre*, D. 2007. 825, obs. B. Blanchard.

(9) CEDH 21 mars 2002, n° 31611/96, *Nikula c/ Finlande*.

(10) CEDH 15 déc. 2015, n° 29024/11, *Bono c/ France* § 51, 53 et 55.

estimant que cette lettre n'était pas un acte de saisine du Conseil supérieur de la magistrature et que son contenu devait être considéré comme purement informatif. Le tribunal avait fondé le montant important de l'amende sur le fait que, de par sa qualité d'avocat, Olivier Morice « n'avait pu méconnaître la portée et la gravité de propos dépourvus de toute prudence ». Cette inquiétante décision avait été confirmée par la cour d'appel de Versailles le 28 mai 2003, dont l'arrêt était toutefois cassé le 12 octobre 2004 pour des motifs liés au délai de prescription.

Saisie sur renvoi, la cour d'appel de Rouen avait confirmé la condamnation de l'avocat et des deux journalistes par un arrêt du 16 juillet 2008, considérant notamment que l'affirmation selon laquelle un magistrat instructeur aurait, dans le traitement d'un dossier, « un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté » équivaldrait à lui reprocher un comportement contraire à l'éthique professionnelle et à son serment de magistrat, ce qui constitue une accusation particulièrement diffamatoire revenant à lui imputer une absence de probité, un manquement délibéré à ses devoirs dans l'exercice de ses fonctions et à remettre en cause sa capacité à les exercer.

Par arrêt du 10 novembre 2009, la Cour de cassation a rejeté les pourvois formés par les journalistes du Monde et Olivier Morice. Ce dernier seul saisissait la Cour européenne des droits de l'homme, dont la grande chambre rendait un arrêt le 23 avril 2015 condamnant la France pour violation des articles 6-1 et 10 de la Convention. La Cour, qui auparavant avait déjà reconnu la liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire, faisant prévaloir celle-ci sur le secret de l'instruction¹¹.

La Cour a condamné la France pour violation de l'article 10 : « ce n'est qu'exceptionnellement qu'une limite touchant la liberté d'expression de l'avocat de la défense peut passer pour nécessaire dans une société démocratique » (§ 135) ; « la défense d'un client peut se poursuivre avec une apparition dans un journal télévisé ou une intervention dans la presse et, à cette occasion, avec une information du public sur des dysfonctionnements de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction » (§ 138) ; « les propos reprochés au requérant ne constituaient pas des attaques gravement préjudiciables à l'action des tribunaux dénuées de fondement sérieux, mais des critiques à l'égard des juges M. et LL., exprimées dans le cadre d'un débat d'intérêt général relatif au fonctionnement de la justice et dans le contexte d'une affaire au retentissement médiatique important depuis l'origine. S'ils pouvaient certes passer pour virulents, ils n'en constituaient pas moins des jugements de valeur reposant sur une "base factuelle" suffisante » (§ 174).

Or, la Cour de cassation jugeait jusqu'alors que « en dehors du prétoire, l'avocat n'est pas protégé par l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 »¹². On l'a vu, pour conclure à la condamnation d'Olivier Morice, les juges du fond avaient écarté cette immunité. À la suite de la décision de Strasbourg, celui-ci sollicita donc le réexamen de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 2009 qui avait rejeté son pourvoi. La Cour de révision et de réexamen y fit droit par un arrêt du 14 avril 2016, jugeant que « par leur nature et leur gravité, les violations constatées entraînent pour M^e Olivier Morice des conséquences dommageables »¹³ et renvoya l'affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Par un arrêt du 16 décembre 2016, celle-ci cassa sans renvoi l'arrêt de la cour d'appel de Rouen du 16 juillet 2008 et renvoya Olivier Morice des fins de la poursuite, au motif que « les propos litigieux, qui portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante [...] ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression d'un avocat dans les critiques et le jugement de valeur portés sur l'action des magistrats¹⁴ », après avoir toutefois rappelé que « l'article 41, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881 ne protège pas les écrits faisant l'objet, en dehors des juridictions, d'une publicité étrangère aux débats ».

L'arrêt *Morice c/ France*, rendu à l'unanimité par la grande chambre, constitue ainsi un apport extrêmement précieux de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection de la liberté d'expression des avocats, dont la Cour de cassation a entériné les critères que sont la base factuelle suffisante et le débat d'intérêt général.

Restait cependant en suspens la situation des journalistes du Monde, qui n'avaient pas formé de recours devant la CEDH.

Or il est évident que la liberté d'expression reconnue à l'avocat hors des prétoires implique la possibilité pour le journaliste d'informer le public des propos de ce dernier.

Pas de liberté d'expression de l'avocat sans celle du journaliste pour rapporter sa parole

L'auteur de l'article et le directeur de la publication n'ayant pas eux-mêmes saisi la Cour européenne des droits de l'homme, ils n'étaient pas recevables à solliciter le réexamen de leur condamnation sur le fondement des articles 621-1 et suivants du code de procédure pénale. En revanche, ils déposèrent une requête en révision sur le fondement des articles 622 et suivants, considérant que l'arrêt de l'assemblée plénière du 16 décembre 2016 constituait un élément nouveau au sens de ce texte. Par arrêts des 5 juillet 2018 et 24 juin 2019, la Commission de révision y fit droit – c'est là un enseignement notable – et renvoya la cause devant la cour d'appel de Paris : « la relaxe prononcée par la Cour de cassation à l'égard de M^e Morice, poursuivi comme complice du délit de diffamation publique pour lequel MM. C et J ont été condamnés respectivement comme auteur et comme complice, constitue un élément nouveau, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité de ceux-ci [...] de nouveaux débats sont possibles et nécessaires ».

Au soutien de leur requête, leur conseil écrivait que « toute distinction faite entre le régime juridique applicable à l'avocat s'exprimant dans la presse sur un sujet d'intérêt général et celui des journalistes publiant les propos de cet avocat produirait un effet inacceptable : la liberté d'expression de l'avocat serait en effet neutralisée, puisque ses propos ne pourraient être publiés dans un organe de presse, sans risque pour le journaliste de se voir mis en cause ».

Dans les termes précités en introduction, par arrêt du 24 septembre 2020, la cour d'appel de Paris a fait droit à cette requête et

(11) CEDH 15 déc. 2011, n° 28198/09, *Mor c/ France*, D. 2012. 667, obs. S. Lavric ; *ibid*, note L. François ; *ibid*. 2013. 136, obs. T. Wickers ; AJ pénal 2012. 337, note C. Porteron ; RSC 2012. 260, obs. J.-P. Marguénaud.

(12) Civ. 1^{re} 5 avr. 2012, n° 11-11.044, Bull. civ., n° 82 ; D. 2013. 136, obs. T. Wickers ; AJ pénal 2012. 479, obs. C. Porteron.

(13) Cass., Commission de réexamen, 14 avr. 2016, n° 5R-EV135.

(14) Cass., ass. plén., 16 déc. 2016, n° 08-86.295, D. 2017. 434, obs. N. explicative de la Cour de cassation, *ibid*, note E. Raschel ; *ibid*. 2018. 87, obs. T. Wickers ; AJ pénal 2017. 187, obs. C. Porteron.

validé l'argumentation, renvoyant les prévenus des fins de la poursuite s'agissant de l'action du juge LL. Elle introduit sa motivation comme suit : « C'est à juste titre que les prévenus, comme le ministère public, soulignent que depuis vingt ans, la jurisprudence de la Cour de cassation a largement évolué en la matière, compte tenu de celle de la Cour européenne des droits de l'homme fondée sur l'article 10 de la Convention ».

Pour être précis, on notera que la cour d'appel a prononcé une relaxe s'agissant de l'action du juge LL., au motif précité, et qu'elle a jugé prescrite l'action du juge M., laquelle n'avait pas fait citer les prévenus devant la cour de renvoi après l'arrêt de révision du 24 juin 2019 : « Si la prescription est suspendue pendant l'instance en révision, comme elle l'est pendant l'instance en cassation après pourvoi, elle recommence à courir après la notification de la décision de cassation ou de révision ».

L'apport essentiel de l'arrêt, l'affirmation de la liberté d'expression du journaliste rapportant les propos de l'avocat hors prétoire, nous paraît bénéfique. L'avocat doit pouvoir user d'une grande liberté d'expression hors du prétoire, à condition d'exprimer une idée, de s'appuyer sur une base factuelle suffisante et que son propos relève d'un débat d'intérêt général. Or il est évident que la liberté d'expression reconnue à l'avocat hors des prétoires implique la

possibilité pour le journaliste d'informer le public des propos de ce dernier.

Comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Morice c/ France* notamment, le statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice. À ce titre, ils jouent un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux, dont la mission est fondamentale dans une démocratie et un État de droit. Mais pour croire en l'administration de la justice, le public doit également avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables.

Le parquet général de Paris, lui, après avoir requis la relaxe sur l'action du juge LL. et la prescription de l'action du juge M., a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt du 24 septembre 2020... Comprenez qui pourra.

Les auteurs remercient François Saint-Pierre pour sa précieuse documentation.