

RAPPORT SUR LES PROCÉDURES BÂILLONS

Rapport rédigé, à la demande de M. Thierry Mandon, secrétaire d'Etat chargé de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, par une commission ainsi composée :

- Camille Broyelle, professeur de droit public ;
- Emmanuelle Filiberti, présidente directrice générale du groupe Lextenso ;
- Valérie Malabat, professeur de droit privé ;
- Denis Mazeaud, professeur de droit privé, président de la commission ;
- Yves Surel, professeur de science politique.

AVANT-PROPOS

Depuis plusieurs années, des enseignants-chercheurs sont l'objet de plaintes en diffamation ou en dénigrement, à la suite de leurs travaux scientifiques publiés dans des revues académiques ou dans la presse généraliste. Ces plaintes, dénommées « procédures bâillons », ont manifestement pour objet ou pour effet de porter atteinte à leur liberté d'expression.

Mission a donc été confiée à la présente commission, qui a rédigé ce rapport en s'appuyant sur l'ensemble des travaux en cours sur le sujet et en tenant compte de l'avis de la Conférence des Présidents d'Université, dûment sollicité, de réfléchir sur l'amélioration de la protection fonctionnelle dont bénéficient, d'ores et déjà, ces enseignants-chercheurs et, plus encore, d'émettre des propositions afin de renforcer leur indépendance, tout en envisageant des moyens juridiques permettant de protéger également les Universités contre ces procédures bâillons.

BREF HISTORIQUE DES PLAINTES EN DIFFAMATION ET EN DENIGREMENT CONTRE DES ENSEIGNANTS-CHERCHEURS

➤ *Affaire X. contre Société Y.*

Spécialiste de l'éthique en droit des affaires, le professeur **X.** a orienté ses travaux sur la loi du 11 juillet 1986 relative à la défiscalisation des DOM-TOM. Dans une de ses études il s'est particulièrement intéressé à certaines sociétés spécialisées dans la vente et la gestion de bateaux.

L'une d'entre elles s'estimant victime de dénigrement a assigné l'auteur en réparation.

Le TGI de Paris a rendu le 21 décembre 1994 un jugement de relaxe sur le principe de la liberté professorale.

➤ *Affaire E. contre Etat T.*

En 2001, Monsieur **E.**, professeur de droit constitutionnel, a publié dans une revue juridique un article critiquant la décision de la Cour constitutionnelle d'un autre pays de dissoudre un parti politique pour non-respect de la laïcité, notamment au regard de la régularité de la décision, de la compétence des juges et de leur impartialité. Il fut condamné pour diffamation à verser des dommages-intérêts à trois des juges de la juridiction.

Par une décision en date du 27 mai 2014, la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, en estimant que les juridictions nationales n'avaient pas ménagé un juste équilibre entre les droits du requérant et la protection des droits d'autrui, en l'espèce, le droit pour les juges d'être protégés contre les injures.

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'est attachée à la fois à la qualité de l'auteur de la critique et à celle de ceux qui la subissent. Concernant ces derniers, la Cour affirme que les juges, à l'instar des politiciens, ne sont pas à l'abri de la critique, laquelle est acceptable dans une limite plus large que pour les citoyens ordinaires sous réserve de ne pas basculer dans l'injure. La Cour reconnaît l'importance de protéger les juges contre des attaques personnelles gratuites.

S'agissant du titulaire du droit à liberté d'expression, en l'espèce un professeur de droit, la Cour souligne l'importance de la liberté académique et, en particulier, de la possibilité pour les universitaires d'exprimer librement leurs opinions, fussent-elles polémiques ou impopulaires, dans les domaines relevant de leurs recherches, de leur expertise professionnelle et de leur compétence. Elle s'attache également à la forme de la publication et observe que l'article a été publié dans une revue trimestrielle de droit et non dans un journal populaire.

➤ **Affaire N. contre Me E.**

Monsieur **N.**, professeur de littérature, reprochait dans un ouvrage à un avocat, Me **E.**, de ne pas avoir suffisamment signalé dans son travail les emprunts qu'il avait réalisés.

Pour obtenir réparation de ces propos qu'il estimait diffamatoires, l'avocat poursuivit devant le juge civil le professeur, qui contesta la compétence de cet ordre de juridiction. Devant le refus du préfet d'élever le conflit, il souleva une exception d'incompétence. La Cour d'appel le débouta au motif que « *la publication par une maison d'édition privée, d'un ouvrage destiné au public, plus de deux années après les recherches universitaires lui ayant permis d'obtenir une habilitation à diriger des recherches est un fait matériel détachable des fonctions administratives d'enseignement* » (Cour d'appel de Versailles, 16 septembre 2009).

Sur pourvoi formé par le professeur, la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 23 février 2011) considéra au contraire que seul le juge administratif était compétent, car « *quel qu'en soit le support, la publication d'un ouvrage, qui est le résultat de recherches universitaires, entre dans la mission du service public de l'enseignement supérieur et relève des fonctions des enseignants chercheurs qui s'exercent dans le domaine de la diffusion des connaissances* ».

➤ **Affaire D. contre société F.**

En 2012, Monsieur **D.**, professeur d'économie, a rédigé une étude expliquant les impacts négatifs de l'arrivée d'un nouvel opérateur sur le marché des opérateurs de téléphonie mobile. Il prédisait notamment une baisse du chiffre d'affaires de 6,5 milliards d'euros dans ce secteur économique et une réduction de 55 000 emplois sur 2 ans.

Cette étude a donné lieu à une tribune dans *Les Echos*, en juin 2012.

Le président du nouvel opérateur en question a alors décidé de poursuivre Monsieur **D.** pour dénigrement et a obtenu par ordonnance du TGI de Paris le 15 novembre 2012 la saisie de plusieurs fichiers informatiques au domicile de Monsieur **D.** Devant le manque de motifs justifiant cette intervention, le TGI de Paris est revenu sur sa décision et a condamné la société **F.** à verser 2000 euros à Monsieur **D.**

➤ **Affaire C. contre Monsieur T.**

Par acte d'huissier, Monsieur **T.** a fait citer devant le TGI de Paris Monsieur **C.** pour que celui-ci y réponde, comme complice civilement responsable, du délit de diffamation publique envers un particulier pour une interview que celui-ci, professeur de droit, avait accordée à un hebdomadaire à propos de la légalité d'une procédure d'arbitrage à laquelle Monsieur **T.** était partie.

Monsieur **T.** sollicitait notamment la condamnation solidaire du professeur de droit et des directeurs des deux publications à lui payer la somme de 150 000 euros à titre de dommages et intérêts.

Après que le conseil du professeur de droit a communiqué ses conclusions en défense, Monsieur **T.** s'est finalement désisté de son action. Monsieur **C.** a alors agi en abus de constitution de partie civile.

A l'audience, le conseil du professeur de droit, a développé des conclusions tendant notamment à la condamnation de Monsieur T. au paiement de 50 000 euros à titre de dommages et intérêts pour abus de constitution de partie civile et au remboursement des frais de justice d'un montant de 23 791 euros.

Le TGI de Paris a condamné Monsieur T. à payer à Monsieur C. à titre de dommages-intérêts en application de l'article 472 du Code de procédure pénale la somme de 10 000 euros en réparation de son préjudice moral et 23 791 au titre de son préjudice matériel.

Puis, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement sauf en ses dispositions allouant des dommages et intérêts « *Considérant que les différentes dispositions du Code de procédure pénale ne permettent pas l'indemnisation de la personne poursuivie à l'initiative de la partie civile tant pour ses frais d'instance que pour réparer le préjudice subi, le cas échéant, à raison du caractère abusif de la procédure dans le cas comme en l'espèce du désistement de la partie civile poursuivante* ».

➤ **Affaire N. contre société T.**

En 2014, Monsieur N., professeur de droit privé, a publié, dans une revue juridique spécialisée en droit de l'environnement un commentaire d'une décision de justice rendue par un tribunal de grande instance à propos d'un trafic de déchets pollués.

Outre l'explication de la décision, l'auteur partageait une réflexion plus personnelle et prospective sur « *l'extension de la circonstance aggravante de commission d'infraction en bande organisée à la délinquance écologique la plus grave* ».

La société T., mise en cause dans le jugement, s'estimant diffamée par ce commentaire a porté plainte en diffamation avec constitution de partie civile contre Monsieur N. qui est mis en examen le 11 mars 2015.

Le 27 juillet 2015, Monsieur N. est renvoyé devant la chambre criminelle du TGI de Paris pour répondre des faits de complicité de diffamation publique envers particulier (l'éditeur est poursuivi à titre d'auteur de l'infraction).

Le 13 janvier 2017, le TGI de Paris a rendu une décision de relaxe et a condamné les parties civiles à verser des dommages et intérêts « au regard du caractère abusif des constitutions de partie civile ».

Chaque partie civile est ainsi condamnée à verser 3.000 euros de dommages et intérêts à Monsieur N. et 2000 euros au directeur de la Revue.

Affaire G. c/ Monsieur B. c.

G., professeur de science politique à l'Université Paris Ouest - La Défense (Paris X) avait déclaré dans un entretien accordé à *Libération*, à propos du conseiller et des finances de l'Élysée au sujet de la facturation de sondages effectués par lui : « Soit c'est un escroc, soit c'est un petit soldat qui constitue un trésor de guerre... ».

Ledit conseiller M. B. décida alors de poursuivre le professeur en diffamation et de lui réclamer 160.000 €. Dans un jugement du 16 février 2011 le Tribunal de Grande Instance de Paris a débouté M. B.

Au vu de l'ensemble des sources d'informations utilisées par le chercheur et en raison de sa compétence spécialisée, c'est-à-dire du vaste travail de recherche réalisé

pendant plusieurs années par lui sur ce domaine, notamment dans le cadre de « L'observatoire des sondages », le juge conclut que *"compte tenu du sujet d'intérêt public alors abordé du contexte politique à forte tonalité polémique dans lequel elle a été proférée, l'hypothèse envisagée n'a pas excédée les limites de la liberté d'opinion volontairement polémique (...)".* M. B. fit alors appel et sollicita la protection fonctionnelle à son Université qui la lui a accordée. Le jugement fut confirmé.

Mais une semaine avant cette confirmation, une nouvelle action en diffamation fut engagée par la société F. au sujet d'un autre article publié dans la presse généraliste. G. sollicita alors à nouveau la protection fonctionnelle de la part de son Université, qui lui fut cette fois refusée.

Dans un jugement du 6 février 2015, le TGI de Paris condamna la société F. qualifiant même sa plainte de « poursuite bâillon » : *« 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 œuvre 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 les cadre d'un débat d'intérêt général ».* La cour d'appel confirma le jugement, mais refusa les dommages et intérêts.

➤ *Affaire C. c/ société I*

Le 25 mars 2011 la Société I. déposait une plainte du chef de diffamation publique contre C. professeur agrégé de droit, spécialiste de droit de l'arbitrage pour avoir affirmé dans la cadre d'une interview accordée dans la revue juridique *La Gazette du Palais* : *« Une autre affaire est en train de défrayer la chronique, puisque l'arbitrage semble être cette fois-ci utilisé par des opérateurs russes comme moyen d'escroquer le groupe Total à qui il est réclamé plus de 170 milliards de dollars pour un contrat datant du début des années 1990 et qui n'a jamais été exécuté ».* Les poursuites seront arrêtées avant le débat au fond pour vice de procédure soulevé par C.

➤ *Conclusion sur le rappel de ces affaires :*

Ces différentes affaires qui, comme d'autres encore, non ici rappelées, ont valu à des enseignants-chercheurs de subir les désagréments de tous ordres, financiers et psychologiques notamment, suscités par une action en diffamation ou en dénigrement, révèlent le danger que font planer ces actions en justice, qui tendent manifestement à les dissuader de faire usage de leur liberté d'expression en toute indépendance et à opérer une autocensure par volonté d'éviter ce type d'actions.

Insidieusement, les auteurs de ces actions mettent donc à mal les grands principes sur lesquels est fondée la recherche dans notre démocratie.

PROTECTION FONCTIONNELLE

ET « PROCEDURE-BAILLON » : LES GRANDS PRINCIPES

Les développements qui suivent visent à rappeler les principes qui peuvent justifier de rendre plus difficile le recours à des procédures-bâillons et d'étendre la protection fonctionnelle, spécialement dans le cas des universitaires. On peut mettre en avant plusieurs éléments qui, corrélés, légitiment une évolution du droit dans un sens plus favorable à l'expression des scientifiques : la liberté d'expression, la liberté académique, le droit à un procès équitable et la protection fonctionnelle dont peuvent en théorie bénéficier les agents publics.

Comme l'ont rappelé les affaires récentes, qu'elles concernent des collectifs de citoyens mobilisés, des lanceurs d'alerte ou des universitaires, le caractère abusif des procédures-bâillons tient tout d'abord au fait qu'elles remettent en cause la liberté d'expression, telle qu'elle a peu à peu été établie et consacrée dans les démocraties contemporaines. Plusieurs textes servent de référence et de point d'appui aux décisions judiciaires récentes. C'est le cas tout d'abord de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui établit que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». La référence à la DDHC de 1789 est souvent complétée par celle faite à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme signée le 4 novembre 1950, dont la formulation plus précise a nourri une abondante jurisprudence : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. [...] L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »¹. Au fond, ces grands principes rappellent certaines des caractéristiques essentielles de tout régime démocratique : le pluralisme des opinions, la transparence des informations nécessaires à l'expression des citoyens, l'existence d'un espace public fondé sur la délibération collective. Ils font ainsi des procédures-bâillons une atteinte potentielle au respect de ces droits fondamentaux.

¹ Cf. notamment le dossier édité par le Conseil de l'Europe, La liberté d'expression en Europe, 2006, qui fait un état de la jurisprudence. Disponible à l'adresse suivante : [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-18\(2006\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-18(2006).pdf). Consulté le 27 mars 2017.

Ces principes généraux sont complétés par une série de dispositions relatives aux supports utilisés pour transmettre cette libre expression. Dans la mesure où les analyses des universitaires sont le plus souvent publiées dans des revues ou des ouvrages scientifiques, il n'est pas étonnant que la liberté de la presse soit souvent invoquée contre les procédures-bâillons. Comme l'a montré par exemple la récente « affaire Neyret »², la publication par un universitaire d'une analyse pouvant remettre en cause les intérêts d'une entreprise est susceptible d'avoir des conséquences très directes pour l'auteur du texte comme pour le directeur de la publication, en l'occurrence le directeur de la revue *Environnement et développement durable*, qui se retrouvent attaqués en justice. En France, c'est alors la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui est supposée garantir concrètement cette liberté d'expression. Elle met en œuvre plusieurs critères d'appréciation qui tiennent autant au contenu de ce qui est exprimé (base factuelle suffisante, bonne foi, etc.) qu'à la forme de la publication, ce qui peut conduire à des aménagements avec la diversification des supports nourris par les nouvelles technologies d'information et de communication.

Ces éléments généraux sont particulièrement importants lorsqu'ils concernent les travaux des universitaires et la possibilité offerte à ces derniers de transmettre, y compris de façon critique, les conclusions de leurs recherches au sein de la communauté académique comme dans l'espace public. A la liberté d'expression s'ajoutent ainsi d'une certaine façon des éléments attachés à la liberté particulière dont bénéficient les universitaires dans leurs tâches académiques. Ce n'est pas le lieu de (re)faire l'histoire de la consécration progressive de principes qui remontent à la création des universités au Moyen Âge, mais simplement de rappeler que plusieurs textes et décisions des autorités judiciaires s'appliquent à consacrer cette liberté académique. Ainsi, l'article L. 952-2 du Code de l'éducation rappelle-t-il que les enseignants-chercheurs « *jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité* ». Ces dispositions générales ont été sans cesse réaffirmées, en particulier par le Conseil constitutionnel, qui, dans une décision de 1984, établit que « *le service public de l'enseignement supérieur est laïc et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique* »³. Cette indépendance tient en particulier au rôle essentiel des universitaires dans la formation et l'animation du débat public. Mais elle peut être étendue, selon plusieurs auteurs, aux différentes catégories de fonctions attachées au travail des enseignants-chercheurs : Daniel Kuri et Jean-Pierre Marguénaud suggèrent ainsi de consacrer la liberté et l'indépendance académiques tout à la fois dans les tâches d'enseignement, de recherche et d'administration⁴.

² Sixième affaire citée *supra*.

³ Cons. constit., 20 janv. 1984, décis. n° 83-165 DC, Loi relative à l'enseignement supérieur, JO du 21 janv., p. 365, consid. n° 18.

⁴ D. Kuri, J.-P. Marguénaud, « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2921.

Enfin, dernier ensemble d'élément justifiant une évolution du droit à l'égard des procédures-bâillons, la nécessité de garantir un droit à un procès équitable, spécialement dans le cas d'universitaires pouvant faire valoir une protection fonctionnelle. Ce que révèlent en effet la plupart des « procédures-bâillons », c'est la très grande inégalité des ressources des parties au procès. L'universitaire, comme le lanceur d'alertes, doit faire face le plus souvent à des acteurs publics ou privés puissants qui disposent de ressources importantes pour menacer, voire sanctionner, la libre expression de travaux ou propos qui remettent en cause leurs intérêts. Dans un rapport publié en 2007 au Québec sur les procédures-bâillons, les auteurs rappelaient ainsi que, « *au regard du SLAPP [Strategic Lawsuit Against Public Participation, acronyme anglo-saxon relatif aux procédures-bâillons], il est raisonnable de croire que cette extension graduelle des principes visant à garantir l'impartialité et l'indépendance du système judiciaire impose aux États l'obligation de contrôler certaines formes de recours aux tribunaux. C'est notamment le cas lorsque ces recours sont exercés dans des formes qui constituent manifestement un déni des conditions d'accès à la justice et d'égalité devant le droit* »⁵. Le caractère abusif des procédures-bâillons tient ainsi non seulement à la remise en cause de libertés fondamentales, mais également à une potentielle inégalité devant la justice.

Cette garantie d'équité peut être enfin reliée, dans le cas des enseignants-chercheurs en France, à la notion de protection fonctionnelle. En tant qu'agent de l'Etat, les universitaires peuvent faire valoir en théorie une protection fonctionnelle établie par la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Celle-ci s'applique en particulier à protéger les fonctionnaires mis en cause voire diffamés comme agents de la puissance publique et en cas de menaces ou d'atteintes à la liberté académique déjà évoquée. Cette protection garantit un soutien de la puissance publique à ses agents dans le cas de procédures judiciaires les concernant, ce qui pourrait précisément rétablir le rapport de forces initialement défavorable le plus souvent dans ce genre d'affaires. Reste à s'assurer de la mise en œuvre effective d'une telle protection, dont on s'aperçoit qu'elle est parfois refusée aux agents qui en font la demande.

Après l'exposé des grands principes qui régissent l'activité scientifique des enseignants-chercheurs, il n'est pas inutile de jeter un œil sur les protections mises en œuvre à leur profit dans d'autres pays que le nôtre.

⁵ Roderick MacDonald et alii, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique - les poursuites-bâillons (SLAPP)*, Rapport du Comité au Ministre de la Justice, Montréal, 2007.

EXEMPLES ETRANGERS

➤ *La protection des libertés académiques en Europe*

Allemagne

En Allemagne, la protection clé accordée par la Constitution est la liberté scientifique (« Wissenschaftsfreiheit »), établie dans l'article 5, alinéa 3 Grundgesetz (Loi fondamentale, c'est-à-dire la constitution) ; décision fondamentale du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale): « Hochschulurteil », BVerfGE 35, 79 ; NJW 1973, 1176, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035079.html>). La seule limite à cette liberté réside dans la « Verfassungstreue » (fidélité à la constitution) énoncée dans l'article 5, alinéa 3, phrase 2 Grundgesetz ; et cette limite est appliquée restrictivement par la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht. Elle est seulement retenue en cas « d'atteintes malintentionnées, agressives et méprisables » contre des idéaux fondamentaux et les principes de l'ordre constitutionnel libre et démocratique « qui constituent un abus de la liberté d'enseignement » (voir Kempen dans Epping/Hillgruber (dir.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31ère éd., 2016, Art. 5, n° 200).

Article 5 [Liberté d'opinion]

(1) Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources accessibles au public. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure.

(2) Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel.

(3) L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres. La liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la constitution.

Italie

La législation italienne sur la protection de la libre activité de recherche est inscrite dans les normes constitutionnelles. La Constitution italienne protège et favorise le libre exercice de la recherche scientifique. Ainsi, on trouve dans l'article 9 de la Constitution l'affirmation de ce principe, de façon active puisque la protection accordée à l'exercice de la recherche implique la promotion de la recherche de la part de l'Etat.

ARTICOLO N.9

[1] La République favorise le développement de la culture et la recherche scientifique et technique.

ARTICOLO N. 33

[I] L'art et la science sont libres ainsi que leur enseignement⁶.

On retrouve à l'article 21 de la Constitution italienne, le droit à la libre manifestation de la pensée par la parole, par l'écrit et par tout autre moyen de diffusion, et la négation de la censure

ARTICOLO N.21

[I] Tout individu a le droit de manifester librement sa pensée par la parole, par l'écrit et par tout autre moyen de diffusion.

[II] La presse ne peut être soumise à des autorisations ou à des censures.

[III] Il ne peut être procédé à une saisie que par un acte motivé de l'autorité judiciaire en cas de délits ou de crimes, pour lesquels la loi sur la presse l'autorise expressément, ou en cas de violation des règles que la loi elle-même prescrit pour l'indication des responsables.

[IV] Dans ces cas, lorsque l'urgence est absolue et que l'intervention de l'autorité judiciaire ne peut avoir lieu en temps utile, la saisie de la presse périodique peut être effectuée par des officiers de police judiciaire, qui doivent immédiatement, et au plus tard dans les vingt-quatre heures, en avvertir l'autorité judiciaire. Si celle-ci ne confirme pas la saisie dans les vingt-quatre heures qui suivent, la saisie est considérée comme révoquée et privée de tout effet.

[V] La loi peut établir, par des règles de caractère général, que les moyens de financement de la presse périodique soient rendus publics.

[VI] Sont interdits les imprimés, les spectacles et toutes les autres manifestations contraires aux bonnes mœurs. La loi fixe les mesures aptes à prévenir et à réprimer les violations.

Au niveau de la loi ordinaire, on peut signaler :

- Code pénal italien, art. 595,

La diffamation est définie, à l'article 595, comme un préjudice porté à la réputation d'une personne à travers une communication avec plusieurs personnes. Il existe trois formes de diffamation aggravée : un acte spécifique est allégué (article 595, paragraphe 2) ; l'auteur utilise la presse ou tout autre vecteur de publicité ou un acte public (paragraphe 3) ; les propos visent un organe politique, administratif ou judiciaire (paragraphe 4).

- Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, CODICE IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

6 Costituzione della Repubblica, Gazzetta Uff., 27/12/1947, n.298

➤ *La protection des libertés académiques en Amérique du sud*

Argentine

En Argentine, il n'existe pas de textes spécifiques sur cette question. Les enseignants-chercheurs universitaires jouissent de la protection accordée par la Constitution Nationale et les traités internationaux (notamment la Convention Américaine des Droits de l'Homme) à la liberté d'expression.

La règle est que la censure préalable est interdite, mais il peut y avoir des responsabilités, ultérieures à la publication, civiles ou pénales.

En ce qui concerne ces responsabilités, il faut distinguer selon que les expressions en cause consistent en des affirmations de fait ou traduisent simplement des simples opinions.

Dans le premier cas, si les propos considérés diffamatoires ou dénigrants portent sur une matière d'intérêt public, ou concernent des "personnes publiques" ou des fonctionnaires, son auteur n'en répond que s'il connaissait leur fausseté ou s'il a agi avec un notoire désintérêt concernant leur véracité ou fausseté.

Quant aux opinions, si elles portent sur des matières d'intérêt public, elles sont absolument libres ; elles ne donnent lieu à responsabilité que si son auteur a employé des termes insultants pour les exprimer.

Tous ces principes ont été établis par la Cour Suprême de Justice argentine en matière de responsabilité civile de la presse, mais la même Cour les a étendus à d'autres cas qui concernent la liberté d'expression (par ex., publication de livres portant sur des faits historiques) ; ils seraient donc applicables aussi à la tâche des enseignants-chercheurs universitaires.

Brésil

La Constitution fédérale brésilienne consacre comme « principe » directeur de l'éducation (art. 206) « la liberté (...) d'enseignement, de recherche et de divulgation de toute pensée, art et savoir » (n. II) ; pour ces activités, la Constitution consacre également le « pluralisme d'idées et de méthodes pédagogiques » (n. III)⁷.

En garantissant la liberté scientifique et de pensée ainsi que le pluralisme des activités d'enseignement et de recherche au Brésil, la Constitution établit un important socle de protection pour les enseignants-chercheurs concernant leurs travaux académiques, y compris la publication de leurs écrits. Ainsi au Brésil, la responsabilité des enseignants-chercheurs pour diffamation ou dénigrement en raison de leurs publications présuppose, à défaut de règle spécifique, que les conditions établies par la Code pénal pour les crimes contre l'honneur soient constatées, à savoir : la fausse imputation d'un fait criminel (pour le crime de calomnie, CP art. 138) ; la fausse imputation d'un fait offensant pour la réputation

⁷ Constitution fédérale, art. 206. « *O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber ; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino* ».

d'une personne (pour le crime de diffamation, CP art. 139) ; ou l'offense à sa dignité (pour le crime de dénigrement, « *injuria* » selon le CP art. 140). Or, en raison du caractère d'innovation de la recherche et de l'investigation scientifique, qui selon la loi « ont pour but le développement de la science et de la technologie ainsi que la création et la diffusion de la culture » (loi fédérale n. 9.369/1996, art. 43, III)⁸, le contrôle des conditions établies par le Code pénal pour les crimes contre l'honneur doit être fait, dans l'ordre juridique brésilien, à la lumière de cette liberté que la Constitution consacre comme principe directeur et nécessaire à toute activité d'enseignement et recherche.

⁸ La loi fédérale n. 9.369/1996, dite « *des diretrizes e bases* » établit le cadre normatif de l'éducation nationale. Selon son art. 43, « *a educação superior tem por finalidade: (...) III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive* ».

➤ La protection des libertés académiques en Amérique du nord

Québec

Extraits du code de procédure :

« SECTION III : DU POUVOIR DE SANCTIONNER LES ABUS DE LA PROCÉDURE

La présente section a été insérée par l'article 2 du chapitre 12 des lois de 2009 (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). Le préambule de cette loi se lit ainsi:

«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 veiller à favoriser un meilleur équilibre dans les forces économiques des parties en justice ».

54.1. *Les tribunaux peuvent à tout moment, sur demande et même d'office après avoir entendu les parties sur le point, déclarer qu'une demande en justice ou un autre acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive.*

L'abus peut résulter d'une demande en justice ou d'un acte de procédure manifestement mal fondé, frivole ou dilatoire, ou d'un comportement vexatoire ou quérulent. Il peut aussi résulter 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.

54.2. *Si une partie établit sommairement que la demande en justice ou l'acte de procédure peut constituer un abus, il revient à la partie qui l'introduit de démontrer que son geste n'est pas exercé de manière excessive ou déraisonnable et se justifie en droit.*

La requête visant à faire rejeter la demande en justice en raison de son caractère abusif est, en première instance, présentée à titre de moyen préliminaire.

54.3. *Le tribunal peut, dans un cas d'abus, rejeter la demande en justice ou l'acte de procédure, supprimer une conclusion ou en exiger la modification, refuser un interrogatoire ou y mettre fin ou annuler le bref d'assignation d'un témoin.*

Dans un tel cas ou lorsqu'il paraît y avoir un abus, le tribunal peut, s'il l'estime approprié :

1° assujettir la poursuite de la demande en justice ou l'acte de procédure à certaines conditions ;

2° requérir des engagements de la partie concernée quant à la bonne marche de l'instance ;
3° suspendre l'instance pour la période qu'il fixe ;
4° recommander au juge en chef d'ordonner une gestion particulière de l'instance ;
5° ordonner à la partie qui a introduit la demande en justice ou l'acte de procédure de verser à l'autre partie, sous peine de rejet de la demande ou de l'acte, une provision pour les frais de l'instance, si les circonstances le justifient et s'il constate que sans cette aide cette partie risque de se retrouver dans une situation économique telle qu'elle ne pourrait faire valoir son point de vue valablement.

54.4. Le tribunal peut, en se prononçant sur le caractère abusif d'une demande en justice ou d'un acte de procédure, ordonner, le cas échéant, le remboursement de la provision versée pour les frais de l'instance, condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, notamment pour compenser les honoraires et débours extrajudiciaires que celle-ci a engagés ou, si les circonstances le justifient, attribuer des dommages-intérêts punitifs.

Si le montant des dommages-intérêts n'est pas admis ou ne peut être établi aisément au moment de la déclaration d'abus, il peut en décider sommairement dans le délai et sous les conditions qu'il détermine.

➤ La protection des libertés académiques en Afrique

Cameroun

- Article 306 du Code pénal camerounais : exceptions à la diffamation
*« Ne constitue aucune infraction :
5. La publication des décisions judiciaires, y compris celles rendues en matière de diffamation ;
9. La critique d'une œuvre, d'un spectacle, d'une opinion quelconque manifestée publiquement, à condition que ladite critique ne traduise pas une animosité personnelle.
10. L'œuvre historique faite de bonne foi ».*

- Loi n° 005 du 16 avril 2001 Portant orientation de l'Enseignement Supérieur
*Article 29 : « (1) Les Institutions d'Enseignement Supérieur publiques ou privées sont des lieux clos et apolitiques.
(2) Elles sont des hauts lieux de savoir et de tolérance des opinions.
Toutefois, toute forme de propagande politique ou idéologique, ainsi que d'emprise partisane de quelque nature que ce soit, y est prohibée. De même toute atteinte à la dignité de la personne humaine y est proscrite ».*

- Décret n°93/035 du 19 janvier 1993 Portant Statut Spécial des Personnels de l'Enseignement Supérieur
Article 47 : « Sans préjudice des droits et obligations des personnels régis soit par le statut général de la fonction publique, soit par le Code du travail, et leurs textes d'application, le Gouvernement garantit aux personnels régis par le présent statut dans l'exercice de leurs fonctions, le bénéfice des franchises et libertés universitaires traditionnelles, dans le respect des lois et règlements, de l'ordre public et des bonnes mœurs ».

*Article 51 : « Sans préjudice des textes particuliers définissant les obligations des différentes catégories d'agents publics, les comportements et fautes professionnelles passibles de sanctions disciplinaires au sein du présent décret sont ceux relatifs :
4) aux infractions de droit commun ;
5) à la participation aux activités subversives ».*

Avant d'émettre des propositions tendant à dissuader les auteurs de recours-bâillons et à renforcer la situation des enseignants-chercheurs quand ils sont victimes de telles procédures, il convient de s'arrêter sur l'état du droit français en matière de protection fonctionnelle.

ETAT DU DROIT FRANÇAIS

Comme tous les agents publics, les universitaires bénéficient, dans l'exercice de leurs fonctions, de la protection fonctionnelle de l'administration. Prévues à l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, cette protection joue en cas de poursuites judiciaires ou d'attaques extra-judiciaires en tout genre dont ils font l'objet de la part de tiers (agressions physiques, diffamations ou tout autre mise en cause).

Cette protection dite « statutaire » (en réalité, cependant, elle n'est pas attachée au statut mais à la mission de service public exercée par l'agent, ce qui explique sa récente extension au collaborateur occasionnel de service public⁹) constitue évidemment une garantie. Une garantie pour l'universitaire, qui n'affrontera pas seul l'agression de tiers, quelle qu'en soit la forme ; une garantie aussi pour le service public : l'attaque visant le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire dans des situations où il s'est contenté de donner chair à l'action administrative, c'est elle à travers lui qui est attaquée.

S'agissant de la problématique particulière des « procédures bâillons », en particulier lorsqu'elles consistent en une action en diffamation, la protection fonctionnelle, si elle constitue un filet de sécurité, ne se présente cependant pas comme un outil de dissuasion. Elle ne l'est pas dans son objet, le mécanisme étant appelé à jouer une fois seulement que « l'agression » d'un tiers s'est produite, et elle ne l'est pas davantage dans ses effets, la protection accordée par l'administration n'étant pas suffisamment puissante pour dissuader l'auteur d'une procédure bâillon. La protection fonctionnelle intéresse avant tout les relations entre l'agent et l'administration sans produire de véritables impacts au-delà de ce cercle. Pour les tiers, notamment pour l'auteur d'une procédure bâillon, la cible reste l'individu, la présence latente de l'administration n'étant en rien intimidante.

L'absence d'effet de la protection fonctionnelle sur la procédure bâillon résulte de ses mécanismes de mise en œuvre.

Si l'on s'en tient en effet à son champ d'application, la protection fonctionnelle couvre un spectre large d'hypothèses dans lesquelles un fonctionnaire est susceptible d'être mis en cause :

- « poursuites civiles » pour faute de service (art. 11, II, L. 13 juill. 1983) ;
- « poursuites pénales » (art. 11, III, L. 13 juill. 1983), la loi du 20 avril 2016 ayant précisé que la protection de l'administration était requise dès le stade de la garde à vue, lorsque l'agent est entendu en qualité de témoin assisté ou quand il se voit proposer une mesure de composition pénale ;
- « atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, violences, agissements constitutifs de harcèlement, menaces, injures, diffamations ou outrages » (art. 11, IV, L. 13 juill. 1983), c'est-à-dire attaques extra-judiciaires dont la liste n'est pas exhaustive, comme l'a jugé le Conseil d'État (CE, 12 mars 2010, Commune de Hoenheim, n° 308974).

⁹ CE, 13 janv. 2017, n° 38679.

La charge judiciaire que représente une action bâillon en diffamation nécessite cependant une défense puissante et immédiate, susceptible de faire contre-feux à très brève échéance. De toute évidence, la protection fonctionnelle ne présente pas cette force de frappe. Cela tient à ses modalités de mise en œuvre qui rendent son déclenchement aléatoire.

Même si la protection fonctionnelle (qui doit être sollicitée par l'intéressé¹⁰) constitue pour l'administration une obligation (les agents ont un droit à la protection fonctionnelle), ses conditions de mise en œuvre sont en effet l'occasion d'appréciations qui, pour des non-juristes, peuvent donner lieu à des hésitations. Ces appréciations se situent à trois niveaux.

1°/ L'administration doit tout d'abord vérifier que les conditions d'obtention de la protection sont réunies. Pour cela, elle est tenue de s'assurer que les faits à l'origine de la mise en cause sont liés à l'exercice des fonctions et qu'aucune faute personnelle n'est imputable à l'agent¹¹. Ce travail de qualification peut se révéler d'une redoutable difficulté. Par exemple, les messages publiés sur le compte personnel Twitter d'un universitaire doivent-ils, par hypothèse, être regardés comme diffusés en dehors du service ? Qu'en est-il des propos tenus à l'occasion d'un colloque organisé dans une Université étrangère, à laquelle l'agent s'est rendu pendant ses congés, sans ordre de mission ?

2°/ Ensuite, bien qu'estimant réunies les conditions d'obtention de la protection fonctionnelle, l'administration a la possibilité de la refuser au nom de l'intérêt général (jurisprudence constante depuis, CE, 14 févr. 1975, Teitgen, Rec. 112). Sans doute, l'intérêt général est ici strictement entendu par le juge. Encore faut-il toutefois que l'administration parvienne à placer correctement le curseur. Saura-t-elle, par exemple, que le souci d'apaiser un climat tendu au sein d'un service ne justifie pas le refus de protéger un agent des attaques dont il fait l'objet de la part de grévistes (CE, 16 déc. 1977, Vincent, Rec. 507), alors que la volonté de ne pas aggraver un climat conflictuel justifie le refus de soutenir l'action d'un agent contre les membres d'un syndicat de l'établissement (CE, 26 juillet 2011, n° 336114).

3°/ Enfin, l'administration dispose d'une importante latitude dans le choix des mesures de protection : il lui appartient « d'apprécier par quelle mesure appropriée à la gravité des faits doit être apportée [sa] protection » (CE, 12 oct. 2009, n° 321444). Que l'agent soit victime d'attaques judiciaires ou d'attaques extra-judiciaires, l'administration peut se contenter de lui apporter son aide dans la recherche d'un avocat ou de prendre publiquement position en sa faveur. Elle peut également décider d'agir à ses côtés sur le terrain pénal, en se constituant partie civile¹² ou encore de prendre en charge les honoraires d'avocat exposés par l'agent pour se défendre ou engager une action en justice, décisions qui résultent de la prise en compte « de l'ensemble des circonstances de l'espèce,

¹⁰ Cette demande doit être adressée à l'Université (CE, 7 juin 2004, n° 245562), plus précisément au président de l'Université (CE, 31 déc. 2008, n° 310172).

¹¹ L'existence d'une faute personnelle justifiant le refus de la protection : CE, 14 nov. 2007, *Cne de Coudekerque-Branche*, n° 296698.

¹² A condition, toutefois, que l'action publique ait déjà été mise en mouvement, Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-84.633, *Conseil général Alpes-Maritimes*.

notamment de la question posée au juge et du caractère éventuellement manifestement dépourvu de chances de succès des poursuites entreprises »¹³.

Sans doute, aucune de ces questions – faute personnelle ; intérêt général ; mesure de protection appropriée – n’est-elle laissée à la discrétion de l’administration. Toutes sont placées sous le contrôle du juge. Les appréciations auxquelles l’administration doit se livrer constituent cependant des nids à contentieux. C’est le cas par exemple de la question des frais d’avocat. L’administration n’étant pas tenue, selon une jurisprudence constante¹⁴, de les prendre intégralement à sa charge, les recours sont fréquents ce qui, d’ailleurs, a nécessité l’intervention du législateur (L. 20 avr. 2016¹⁵).

Il n’est pas rare, ainsi, que la protection de l’agent soit réglée par la voie juridictionnelle, ce qui aura supposé un recours de l’agent – recours pour excès de pouvoir contre le refus de protection ou action en responsabilité relative au dommage causé par ce refus –, c’est-à-dire une procédure contraignante et parfois coûteuse. Surtout, en admettant que l’agent obtienne satisfaction devant le juge, sa protection aura été obtenue après coup, laissant l’agent seul face aux attaques dont il a été l’objet. Il se trouvera en quelques sortes entre deux feux : en aval contre celui qui l’attaque en diffamation, en amont contre son administration pour qu’elle veuille bien le défendre.

Certes, il existe des voies de droit existant, pour contraindre l’administration, à brève échéance, à accorder sa protection. C’est le cas du référé-suspension (Code de justice administrative, art. L. 521-1) dirigé contre le refus de protection, même s’il conduit avant tout au réexamen de la demande de protection, le juge des référés entendant laisser à l’administration le choix de la mesure adéquate¹⁶. C’est le cas également du référé-provision (Code de justice administrative, art. R. 541-1), qui permet d’obtenir sans attendre la prise en charge des frais d’avocat¹⁷.

S’agissant cependant d’action bâillon en diffamation, cette protection accordée à l’issue d’une procédure juridictionnelle, fût-elle accélérée, intervient nécessairement trop tard, la procédure enclenchée par la loi de 1881 étant marquée par son extrême célérité.

¹³ CE, 31 mars 2010, *Ville Paris*, n° 318710.

¹⁴ CE, 2 avr. 2003, n° 249805; CE, 24 oct. 2005, n° 259807.

¹⁵ Art. 11, VII, L. 13 juill. 1983, issu de la loi du 20 avr. 2016 : « *Un décret en Conseil d’Etat précise les conditions et les limites de la prise en charge par la collectivité publique, au titre de la protection, des frais exposés dans le cadre d’instances civiles ou pénales par le fonctionnaire ou les personnes mentionnées au V.* ». Ce décret a été adopté le 26 janvier 2017 (D. n° 2017-97).

¹⁶ Par exemple, CE, 18 sept. 2003, n° 259772 ; CE, 14 déc. 2007, n° 307950 ; de même, s’agissant d’une demande d’injonction adossée à un recours pour excès de pouvoir : TA Grenoble, 18 avr. 2003, n° 0002677, AJFP 2003. 22.

¹⁷ CE, 2 avr. 2003, n° 249805 ; CE, 8 mars 2010, n° 335543.

➤ *Conclusion sur l'état du droit*

La protection fonctionnelle n'est pas un instrument suffisamment puissant ni efficace pour dissuader les procédures bâillons. Son déclenchement, aléatoire, intervient souvent trop tard, à l'issue d'une procédure juridictionnelle que l'agent aura dû engager.

S'agissant d'actions portées au pénal pour des propos écrits relevant de la liberté académique, il faudrait prévoir un enclenchement automatique, ne laissant aucune marge d'appréciation à l'administration.

Propositions

Au regard de tous les éléments qui précèdent, la commission, à laquelle la rédaction de ce rapport a été confiée, a décidé d'émettre deux catégories de propositions.

En premier lieu, des propositions qui, en amont, tendent à renforcer la situation des enseignants-chercheurs contre des actions en diffamation et en dénigrement, et qui constitueraient, si elles étaient retenues, des mesures de dissuasion contre les atteintes à leur liberté d'expression.

En second lieu, des propositions qui, en aval, tendent à améliorer la protection des enseignants-chercheurs lorsqu'une action en justice, action en diffamation ou en dénigrement notamment, est exercée contre eux à la suite de l'expression de leur liberté d'opinion.

➤ *Propositions tendant à dissuader les atteintes à la liberté d'expression des enseignants-chercheurs*

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 3000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés.

Celui qui, dans les mêmes conditions, agit en justice pour entraver la liberté d'expression du défendeur peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 15.000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ».

Création d'une amende civile. 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.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise et aux facultés contributives de l'auteur.

Cette amende est affectée au Trésor public.

Cette amende n'est pas assurable ».

Modification de l'article 41 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse :

« Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées.

Ne donnera lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des assemblées visées à l'alinéa ci-dessus fait de bonne foi dans les journaux.

Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.

Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, les propos ou écrits rédigés ou exprimés de bonne foi par des chercheurs et des enseignants-chercheurs, dans le cadre de leurs activités d'enseignement ou de recherche, sous quelque forme et sur quelque support que ce soit.

Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts.

Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers ».

Modification du régime procédural de la diffamation et de l'injure lorsqu'elles sont reprochées à des chercheurs ou enseignants-chercheurs?

S'il n'est pas envisagé de reconnaître une immunité au bénéfice des chercheurs ou enseignants-chercheurs (voir *supra* la proposition de création d'un alinéa 4 à l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881), il serait alors souhaitable de limiter la possibilité d'engager des poursuites pénales contre ces agents conformément à l'objectif de protection de la liberté de la recherche. Un article 47-1 pourrait ainsi être intégré dans la loi du 29 juillet 1881 :

Art 47-1:

« La poursuite des chercheurs et enseignants-chercheurs pour diffamation ou injure pour des propos ou écrits exprimés ou rédigés dans leurs activités d'enseignement ou de recherche ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public ».

Dans tous les cas, il serait souhaitable de revoir le régime procédural de l'*exceptio veritatis*. Si la personne poursuivie pour diffamation peut en effet échapper à sa condamnation en prouvant la vérité des faits diffamatoires, cette offre de preuve est encadrée dans un régime

très strict à l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881. Ce régime empêche ainsi une protection efficace de la liberté d'expression et de la liberté de la recherche.

L'article 55 de la loi de 1881 prévoit en effet aujourd'hui que « *Quand le prévenu voudra être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, conformément aux dispositions de l'article 35 de la présente loi, il devra, dans le délai de dix jours après la signification de la citation, faire signifier au ministère public ou au plaignant au domicile par lui élu, suivant qu'il est assigné à la requête de l'un ou de l'autre :*

1° Les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité ;

2° La copie des pièces ;

3° Les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve.

Cette signification contiendra élection de domicile près le tribunal correctionnel, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve.

En cas de poursuites engagées sous la qualification prévues aux septième ou huitième alinéas de l'article 24 ou aux troisième ou quatrième alinéas de l'article 33, le présent article est également applicable devant la juridiction de jugement si celle-ci requalifie l'infraction sous la qualification prévue aux deuxième et troisième alinéas de l'article 32."

Si l'on peut comprendre le délai imposé par ce texte en ce qu'il permet de vérifier que, dès la diffusion des propos ou écrits diffamatoires, leur auteur possédait des éléments suffisants pour établir la vérité des faits relatés (ce qui est un élément fondamental pour établir sa bonne foi), les autres conditions posées pour recevoir l'offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires devraient en revanche être abandonnées. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour EDH de plus en plus protectrice de la liberté d'expression, on peut en effet se demander si ces conditions sont toujours acceptables et si la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a considéré que ces restrictions posées à la liberté de la presse étaient nécessaires à la protection de la réputation et des droits d'autrui au sens de l'article 10 de la Convention¹⁸ peut encore se maintenir.

Ainsi, il est difficile de comprendre pourquoi seule la juridiction de jugement (à l'exclusion de la juridiction d'instruction) peut se prononcer sur cette offre de preuve¹⁹. Il serait en effet tout à fait possible pour un juge d'instruction d'apprécier la valeur des éléments de preuve apportés pour décider du non-lieu ou du renvoi. Ce pouvoir lui est en effet accordé pour les faits justificatifs qui sont prévus dans le Code pénal (voir art 177, al. 2, CPP) et l'on ne comprend pas qu'il lui soit refusé au sujet de l'*exceptio veritatis* pourtant présentée comme un fait justificatif.

¹⁸ V. en ce sens Cass. crim., 23 mai 1989, *Bull.* n° 215 et Cass. crim. 14 octobre 1997, *Bull.*, n° 333.

¹⁹ V. Cass. crim., 24 octobre 1989 *Bull.* n° 379 et Cass. crim., 26 mai 1992 *Bull.* n° 212.

Aggravation des sanctions prévues en cas de poursuites abusives

Le Code de procédure pénale prévoit déjà la possibilité pour le juge pénal d'accorder des dommages et intérêts en cas de non-lieu (art. 91 CPP) mais aussi en cas de relaxe lorsqu'il y a eu constitution de partie civile abusive (art 472 CPP) ou citation directe abusive (art. 425 CPP).

Par ailleurs l'infraction de dénonciation calomnieuse prévue à l'article 226-10 du Code pénal permet de sanctionner celui qui est à l'origine d'une « procédure bâillon ». Ce texte dispose en effet que *« La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*

La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu, déclarant que le fait n'a pas été commis ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée.

En tout autre cas, le tribunal saisi des poursuites contre le dénonciateur apprécie la pertinence des accusations portées par celui-ci ».

Il serait toutefois souhaitable de prévoir une circonstance aggravante lorsque la dénonciation vise un chercheur ou un enseignant-chercheur à raison de propos ou écrits exprimés ou rédigés dans ses activités d'enseignement ou de recherche.

Pourrait ainsi être introduit dans le Code pénal un article 226-10-1 disposant que **« 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 un chercheur ou un enseignant-chercheur pour des propos, écrits ou actes tenus ou réalisés dans ses activités d'enseignement ou de recherche ».**

Il serait également pertinent de prévoir que dans ce dernier cas, l'Université, le CNRS, etc. peuvent se constituer partie civile pour les dénonciations calomnieuses visant leurs chercheurs et enseignants-chercheurs. Actuellement en effet l'action civile n'est ouverte en matière de dénonciation calomnieuse qu'à la victime directe de la dénonciation. Cette solution permettrait ainsi peut-être des poursuites plus systématiques des « *slappeurs* » mais aussi offrirait la possibilité à ces établissements publics de demander au juge pénal réparation pour leur préjudice collectif subi du fait de l'atteinte aux libertés académiques.

Un article 2-25 pourrait ainsi être introduit dans le Code de procédure pénale :

« Les établissements publics d'enseignement et de recherche peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne la dénonciation calomnieuse visant un de leur chercheur ou un enseignant-chercheur à raison des propos, écrits ou actes tenus ou réalisés dans ses activités d'enseignement ou de recherche ».

➤ Propositions tendant à améliorer la protection fonctionnelle

Deux solutions peuvent être envisagées. La première se contenterait de rappeler aux présidents d'université que la protection fonctionnelle constitue pour l'agent un droit ; la seconde solution consisterait en la mise en place d'un mécanisme de déclenchement automatique de la protection.

Première solution

L'article L. 952-2 du Code de l'éducation, dans sa version actuelle, énonce : « Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité. »

Un nouvel alinéa introduit à l'article L. 952-2 du Code de l'éducation disposerait ainsi :
« La protection fonctionnelle leur est accordée de plein droit ».

Seconde solution

Il s'agit de mettre en place un mécanisme d'octroi automatique de la protection fonctionnelle, s'agissant du moins du cas particulier des SLAPP consistant en une action dirigée contre un enseignant-chercheur ou un chercheur mettant en cause l'exercice de sa liberté d'expression.

Le plus important dans une telle situation étant, pour l'agent, d'obtenir sans délai une protection pécuniaire, pour assurer les frais nécessaires à sa défense, seule cette couverture financière devrait faire l'objet d'une obtention automatique.

La prise en charge des frais d'assistance serait ainsi accordée sous forme d'autorisation tacite d'acceptation²⁰ qui permettrait le versement immédiat d'une provision forfaitairement fixée par voie de décret.

L'université ne pourrait ni s'opposer à la naissance de cette décision tacite ni la retirer.

Elle ne pourrait que la contester devant les juridictions administratives, par l'exercice des voies de recours ordinaires, recours pour excès de pouvoir contre la décision d'acceptation ou recours en référé (prévus au livre V du Code de justice administrative)

²⁰ En la matière, le principe d'une décision implicite d'acceptation apporterait une dérogation à la règle posée à l'article L. 231-4 du Code des relations entre le public et l'administration, selon laquelle le silence de l'administration vaut décision de rejet lorsque la demande présente un caractère financier et lorsqu'elle concerne les relations entre l'administration et ses agents : « Par dérogation à l'article L. 231-1, [Le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation] le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet : ... 3° Si la demande présente un caractère financier sauf, en matière de sécurité sociale, dans les cas prévus par décret ; ... 5° Dans les relations entre l'administration et ses agents ».

Un « VIII » serait ainsi introduit à l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 :

« VIII – Lorsqu'un enseignant-chercheur ou un chercheur fait l'objet d'une action mettant en cause l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre de ses fonctions, la collectivité publique prend immédiatement en charge, au titre de la protection, les frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales.

Cette prise en charge est accordée, à la demande de l'intéressé, par une autorisation tacite à la naissance de laquelle la collectivité publique ne peut s'opposer et qu'elle ne peut retirer.

Le montant des sommes prises en charge est fixé forfaitairement par voie de décret. Il constitue une avance sur les frais totaux qui auront dû être exposés, dont la prise en charge sera assurée dans les conditions prévues au VII du présent article.

L'autorisation tacite est susceptible de recours devant le juge administratif, dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent VIII ».