

## **La justification de la diffamation au défi de la libération de la parole des femmes**

Note sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2022, n° 21-16.156 et Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2022, n° 21-16.497

Evan RASCHEL, Professeur à l'Université Clermont Auvergne, Directeur du Centre Michel de l'Hospital EA 4232

Solution : En matière de diffamation, lorsque l'auteur des propos soutient qu'il était de bonne foi, il appartient aux juges, qui examinent à cette fin si celui-ci s'est exprimé dans un but légitime, était dénué d'animosité personnelle, s'est appuyé sur une enquête sérieuse et a conservé prudence et mesure dans l'expression, de rechercher au titre de l'article 10 de la Convention européenne, si lesdits propos s'inscrivent dans un débat d'intérêt général et reposent sur une base factuelle suffisante, afin, s'ils constatent que ces deux conditions sont réunies, d'apprécier moins strictement ces quatre critères, notamment l'absence d'animosité personnelle et la prudence dans l'expression.

Impact : la libération de la parole des femmes, dans le sillage des #metoo et #balancetonporc, se trouve ainsi légitimée, puisqu'il est largement admis que les prévenues de diffamation puissent invoquer la justification de leurs propos au titre de la bonne foi, largement renforcée par la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention.

Critère de sélection : décision médiatique

Les extraits des arrêts à reproduire sont les §§ 6-12 (21-16156) et 3-9 (§§ 21-16497).

Le déferlement de dénonciations diverses de comportements masculins abusifs, relayé par les fameux « #metoo » et « #balancetonporc », constitue sans doute l'un des phénomènes sociétaux les plus marquants de ces dernières années. Il suscite depuis les passions et attentions les plus vives, médiatiques d'abord, juridiques plus récemment. En effet, aussi légitime soit-elle, la libération collective de la parole des femmes est censée composer avec d'autres impératifs primordiaux, notamment – lorsque les personnes visées sont identifiables - la présomption d'innocence et la protection de l'honneur et de la considération (B. Teyssié, Alerte, dénonciation, délation, variations sur un risque : JCP G 2021/18, 482 ; R. Le Gunhec, #Balancetonporc : diffamation, dénonciation, délation ? Retour sur une jurisprudence qui se cherche dans le monde d'après : Légipresse 2021, n° 394, p. 330).

Sous cet aspect, la vague #balancetonporc n'a-t-elle pas mis de côté une toute autre balance, celle des droits et des intérêts que la justice se doit justement de mesurer et de peser avec soin ? C'est l'impression que laisse la lecture de ces deux arrêts (V. déjà l'aperçu rapide d'E. Derieux, Diffamation et bonne foi au temps des « #metoo » et « #balancetonporc » : JCP G 2022, 636), rendus dans deux affaires extrêmement médiatiques, ayant chacun vocation à être publié au Bulletin.

Ces deux affaires avaient pour point commun d'imputer à des hommes identifiables des comportements (pour l'un) et des propos (pour l'autre) grossiers, voire constitutifs d'agressions sexuelles, les deux ayant par conséquent engagé une action (devant les juridictions civiles) en diffamation (L. 29 juill. 1881, art. 29).

La caractérisation de la diffamation n'étant guère contestable, les prévenues espéraient la justification de leurs propos respectifs. Rappelons qu'une cause justificative est prévue par la loi sur la liberté de la presse, celle de la vérité du fait diffamatoire, mais que celle-ci est soumise à des conditions formelles et substantielles si restrictives qu'elle est pratiquement délaissée par la pratique judiciaire (E. Dreyer, Droit de la communication, LexisNexis, coll. Manuel, 2018, n° 1154 et s.) au profit du fait justificatif d'origine jurisprudentielle de « bonne foi », largement conforté et modifié par la portée accordée à la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne (P. Wachsmann, Les éléments constitutifs de la bonne foi en matière de diffamation et les exigences européennes : D. 2021, n° 33, p. 1727). Si cette liberté d'expression a été érigée via les contrôles de conventionalité et de proportionnalité comme une cause autonome de justification (V. not. H. Leclerc, Une nouvelle cause d'irresponsabilité : AJ Pénal 2021, p. 507 ; Cass. Ass. Plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605 : JurisData n° 2019-018487 ; comp. Cass. Crim., 18 mai 2022, n° 21-86685, dans l'affaire dite des décrocheurs du portrait du président de la République), elle complète et prolonge la bonne foi, davantage qu'elle ne la remplace (V. E. Raschel, Diffamation – Justification : J.-Cl. Communication, fasc. 116, 2020, n° 25 à 31).

C'est précisément cette combinaison de la bonne foi et de la liberté d'expression qui fut au centre des deux arrêts du 11 mai 2022. Afin de mieux l'appréhender, il convient de revenir en premier lieu sur cette articulation si délicate (I), avant de vérifier la réunion des deux critères permettant, au titre de cette liberté, d'étendre considérablement le champ de la bonne foi (II).

## I. L'extension (la dénaturation ?) de la bonne foi au prétexte de la liberté d'expression

Relevons d'abord que, comme dans d'autres arrêts antérieurs (V. par ex. : Cass. Crim., 30 oct. 2018, n° 18-81663 : Juris-Data n° 2018-019062), c'est bien l'article 10 qui sert ici de fondement textuel à la bonne foi, puisque la loi du 29 juillet 1881 n'y fait que des références accessoires et récentes (en ses articles 35 et 51-1).

Ensuite, et surtout, les quatre conditions classiques de la bonne foi (légitimité du but poursuivi, absence d'animosité personnelle, mesure et prudence dans l'expression et sérieux de l'enquête) sont explicitement rappelées dans chacun des deux arrêts commentés, qui précisent néanmoins immédiatement qu'il appartient aux juges de rechercher en outre si les propos « s'inscrivent dans un débat d'intérêt général et reposent sur une base factuelle suffisante » (soit les deux critères d'application de l'article 10, tel qu'interprété par la Cour EDH). L'un des deux arrêts (n° 21-16497, § 4) va beaucoup plus loin, en ajoutant que si ces deux conditions sont réunies, il convient « d'apprécier moins strictement ces quatre critères, notamment l'absence d'animosité personnelle et la prudence dans l'expression ». Cette formule est issue de la jurisprudence de la chambre criminelle (V. utilisant une formule similaire : Cass. Crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.172, § 16 : Juris-Data n° 2020-006103), et il est notable que la première chambre civile la fasse sienne... mais alors, pourquoi le second arrêt (n° 21-16156) ne reprend-il pas cette précision, qui est loin d'être anodine ?

En tous les cas, ce n'est pas un hasard si ces deux seules conditions de la bonne foi peuvent être sacrifiées sur l'autel de la liberté d'expression, les deux autres correspondant largement aux critères européens (sans pouvoir leur être totalement assimilés). Le débat d'intérêt général rejoint en effet la légitimité du but poursuivi (E. Raschel, fasc. Préc., n° 121), de même que la base factuelle suffisante recoupe le sérieux de l'enquête (*idem*, § 123). Voilà une nouvelle illustration (mais en fallait-il ?) de l'influence du droit européen des droits de l'homme en droit de la presse.

Avec cette solution, la liberté d'expression y gagne ce que la cohérence et la lisibilité du droit y perdent, puisque les critères habituels de la bonne foi sont considérablement assouplis (dans d'autres affaires, il furent même évincés). En l'occurrence, si la Cour de cassation (n° 21-16.497) ne nie pas que les termes utilisés étaient « outranciers », ils demeurent néanmoins « mesurés » (§ 7) et « suffisamment prudents » (§ 8), « dès lors que les propos attribués à M. [L] étaient accompagnés du mot-dièse « #balancetonporc », ce qui permettait aux internautes de se faire leur idée personnelle sur le comportement de celui-ci et de débattre du sujet en toute connaissance de cause » (§ 7).

Faut-il encourager ces extensions de la bonne foi ? Dans l'affaire mentionnée, en première instance, l'identification d'un « porc » identifié à « balancer » fut jugée excessive, justifiant le rejet de la bonne foi au vu des attaques personnelles réalisées (TGI Paris, 17ème ch. Civ., 25 sept. 2019, E. Brion c./ S. Muller et SARL Audiovisual business system media : Légipresse oct. 2019 (n° 375), p. 519). De fait, le plaignant a subi une atteinte immédiate et irréversible à sa réputation, sans que personne ne se soucie des amalgames ; le « hashtag » « a tué la nuance : ils sont tous coupables et peu important la consistance et la gravité des actes reprochés » (M. Burguburu, Présomption d'innocence et liberté d'expression : pas l'un sans l'autre ! : JCP G 2022, 271). Qu'on en juge ! Le plaignant aurait tenu des propos, certes grossiers et dérangeants, mais qui n'auraient sans doute pas pu être qualifiés pénalement, qu'il avait par ailleurs partiellement reconnus et pour lesquels il s'était excusé... et le voilà assimilé, parmi les « porcs » qui sont « balancés », aux violeurs et autres agresseurs sexuels. Ceci par une journaliste qui pouvait

anticiper l'impact de ses accusations, ce que souligna – sans succès – l'un des moyens de cassation.

## **II. La réunion des critères européens favorisant la liberté d'expression**

Dans les affaires commentées, les deux critères européens – soit le débat d'intérêt général (A) et la base factuelle suffisante (B) - sont réunis, donnant ainsi à la liberté d'expression toute sa portée.

### **A. La présence d'un débat d'intérêt général**

Le débat d'intérêt général (sur lequel, V. L. François, La réception du critère européen de « débat d'intérêt général » en droit français de la diffamation, D. 2018, p. 636) a été défini par la première chambre civile de la Cour de cassation comme englobant « les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement » (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-22.946), la Cour européenne y ajoutant « les questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé » (CEDH, gd ch., 27 juin 2017, n° 931/13, § 171). On ajoutera que, pour la même Cour, « la possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression » (CEDH, gd ch., 16 juin 2015, n° 64569/09, Delfi AS c/ Estonie, § 110) – l'idée a été reprise par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 18 juin 2020, n° 2020-801 DC), au titre de la libre communication des pensées et des opinions (DDHC, art. 11).

Au vu de cette définition du débat d'intérêt général, sa caractérisation dans les affaires commentées est assez évidente, ayant pour contexte « la libération de la parole des femmes » (n° 21-16.156, § 8) ; plus précisément, « les propos litigieux contribuaient à un débat d'intérêt général sur la dénonciation de comportements à connotation sexuelle non consentis de certains hommes vis-à-vis des femmes et de nature à porter atteinte à leur dignité » (n° 21-16.497, § 5).

En présence d'un débat d'intérêt général, il est déduit « que la marge d'appréciation dont disposaient les autorités pour juger de la « nécessité » [de l'ingérence dans la liberté d'expression est] particulièrement restreinte » (CEDH, 5<sup>ème</sup> sect., 15 juill. 2010, n° 34875/07, Roland Dumas c/ France, § 43). Mais même alors, la base factuelle suffisante doit être vérifiée (V. par ex., explicité : Cass. Crim., 11 juill. 2017, n° 16-84671), les deux critères étant cumulatifs.

## B. La présence d'une base factuelle suffisante

L'existence d'une base factuelle suffisante suscitait une difficulté plus grande, sans émouvoir outre-mesure les magistrats de la première chambre civile. Dans une affaire, il fut relevé que « les propos imputés à M. [L] avaient déjà été dénoncés par Mme [J] dans un message publié sur Facebook, que M. [L] avait admis dans divers médias les avoir tenus, que le message, reproduisant ces propos, visait uniquement à dénoncer un tel comportement sans contenir l'imputation d'un délit et que les termes « balance » et « porc » ne conduisaient pas à lui attribuer d'autres faits qui auraient pu être commis à l'égard de Mme [J] ou d'autres femmes » (n° 21-16.497, § 6). Dans l'autre, la prévenue avait confié avoir subi une agression, après la soirée, à plusieurs personnes de son entourage (qui avaient contribué à la dissuader de déposer plainte), une expertise psychiatrique amiable, effectuée huit ans après les faits dénoncés, ne faisant état d'aucune pathologie mentale qui aurait pu affecter la crédibilité des propos.

En cela, les arrêts commentés illustrent parfaitement ce qu'est une base factuelle suffisante. Il ne s'agit certainement pas d'exiger la preuve « parfaite, complète et corrélative aux imputations diffamatoires dans toute leur portée » (Cass. Crim., 2 juin 1980, n° 78-93482 ; Cass. crim., 11 déc. 2018, n° 18-80455), la vérité du fait diffamatoire et la bonne foi devant être soigneusement distinguées (Cass. Civ. 1ère, 17 mars 2011, n° 10-11.784 : JurisData n° 2011-003670). Peu importe que les faits relatés ne soient pas avérés, il suffit qu'ils soient crédibles, étant encore précisé que la jurisprudence est moins exigeante s'agissant – comme tel était ici le cas – d'une personne témoignant de son propre vécu, à qui on ne peut imposer la même distance et la même objectivité qu'à un tiers (C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, n° 321-344). Autrement dit, et pour reprendre la formule de Me Bigot, il existe un « droit à l'approximation » (note sous Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2022 : D. 2022, p. 1071), qui est consubstantiel au mouvement de libération de la parole des victimes d'infractions : « En effet, s'agissant de faits souvent anciens et commis hors la présence de tiers, exiger la production d'éléments en pratique impossibles à réunir aurait conduit, mécaniquement, à des condamnations qui devenaient des entraves majeures à la libération de la parole ». C'est donc en vain que les pourvois formés à l'encontre des arrêts d'appel insistaient sur différentes erreurs factuelles (n° 21-16.156), en l'espèce relatives à l'opéra représenté et à l'existence d'un entracte, d'autant que la Cour de cassation (§ 10) laisse explicitement le soin à la cour d'appel d'apprécier souverainement si les erreurs mentionnées étaient ou non « de nature à discréditer l'ensemble de ses propos ». Tel n'était pas le cas, aux yeux des magistrats de la cour d'appel, dès lors que la prévenue s'exprimait plus de sept ans et demi après les faits et que cette durée faisait également obstacle à la recherche de témoins directs (n° 21-16.156, § 9-10).