

Cour européenne des droits l'homme, Grande chambre,
23 avril 2015

Président : Dean SPIELMANN

AFFAIRE MORICE c. FRANCE

(Requête no 29369/10)

Avocat - Statut - Droits de l'homme - Respect de la vie privée - Libertés publiques - Liberté d'expression - Propos tenus en dehors du prétoire - Critiques à l'égard d'un magistrat - Débat d'intérêt général quant au fonctionnement de la justice - Critiques assises sur une base factuelle suffisante.

Les magistrats peuvent faire, en tant que tels, l'objet de critiques personnelles dans des limites admissibles, et non pas uniquement de façon théorique et générale.

Le statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice. C'est à ce titre qu'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. De ce rôle particulier des avocats, professionnels indépendants, dans l'administration de la justice, découlent un certain nombre d'obligations, notamment dans leur conduite.

Si les avocats ne peuvent être assimilés à des journalistes, la liberté d'expression vaut aussi pour les avocats. Outre la substance des idées et des informations exprimées, elle englobe leur mode d'expression. Les avocats ont ainsi, notamment, le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, même si leur critique ne saurait franchir certaines limites. Ces dernières se retrouvent dans les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau.

Concernant les propos tenus en dehors du prétoire, 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. Il reste que les avocats ne peuvent tenir des propos d'une gravité dépassant le commentaire admissible sans une solide base factuelle.

Des critiques de manque de partialité et de loyauté formulées par un avocat à l'égard d'une juge d'instruction, même si elles consistent nécessairement en jugements de valeur, n'excèdent pas les limites admissibles à partir du moment où elles prennent appui sur des faits avérés, liés aux instructions qui lui sont confiées.

Si, en règle, la défense d'un client par son avocat doit se dérouler non pas dans les médias mais devant les tribunaux compétents, ce qui inclut l'exercice des voies de droit disponibles, on ne peut reprocher à un avocat, qui a, avec diligence mais sans succès, exercé les recours qui lui étaient ouverts, d'avoir exprimé des critiques, même virulentes, contre une juge 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.

I. Faits¹

¹ Le résumé des faits a été réalisé par le Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme dans son Communiqué de presse du 23 avril 2015. Cour Eur. D. H., Communiqué de presse du Greffier de la Cour, 142 (2015), 23 avril 2015.

PROJET PUBLICATION RCJB

Arrêt Morice découpé avec sommaire et début note d'observations

Version 08.02.2017

Le requérant, Me Olivier Morice, est un ressortissant français, né en 1960 et résidant à Paris (France). Il est l'avocat de Mme Borrel, veuve du juge français Bernard Borrel qui, le 19 octobre 1995, fut retrouvé mort à quatre-vingts kilomètres de la ville de Djibouti.

En 1997, l'information judiciaire relative à ce décès fut confiée aux juges d'instruction M. et L.L. Le 21 juin 2000, sur un recours de Me Morice, la Cour d'appel de Paris annula une ordonnance de ces juges refusant d'organiser une reconstitution des faits sur les lieux en présence des parties civiles et, par ailleurs, les dessaisit du dossier, qui fut confié à un autre juge d'instruction, le juge P. Ce dernier rédigea un procès-verbal le 1er août 2000 pour consigner ce qui suit : d'une part, une cassette vidéo, réalisée à Djibouti en mars 2000 pendant un déplacement des juges accompagnés d'experts sur les lieux du décès, ne figurait pas au dossier d'instruction qui lui avait été transmis et n'était pas référencée comme une pièce à conviction ; d'autre part, cette cassette lui avait été remise, à sa demande, par la juge M., dans une enveloppe adressée au nom de celle-ci, accompagnée d'un mot manuscrit destiné à la magistrate, rédigé par le procureur de la République de Djibouti ; cette carte, qui utilisait le tutoiement et mettait en cause Mme Borrel et ses avocat en évoquant une « *entreprise de manipulation* », se terminait par les mots « *Je t'embrasse. Djama* ».

Le 6 septembre 2000, Me Morice et son confrère adressèrent une lettre à la garde des Sceaux pour se plaindre des faits consignés par le juge P. dans son procès-verbal et dénoncer le « *comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté* » des magistrats M. et L.L. Ils demandèrent que soit ordonnée une enquête de l'inspection générale des services judiciaires sur « *les nombreux dysfonctionnements (...) mis au jour dans le cadre de l'information judiciaire* ». Le lendemain, cette lettre fut reprise, dans un article du journal *Le Monde*, accompagnée de déclarations du requérant au journaliste, dans lequel il était écrit que les avocats de Mme Borrel avaient « *vivement* » mis en cause la juge M. auprès de la garde des Sceaux, en l'accusant notamment d'avoir « *un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté* ». L'article poursuivait en citant intégralement le texte du « *mot manuscrit et assez familier* » adressé par le procureur de Djibouti à la juge M., lequel démontrait selon les avocats, « *l'étendue de la connivence [existant] entre le procureur de Djibouti et les magistrats français* ». L'article faisait également référence à l'existence de poursuites disciplinaires contre la juge M. devant le Conseil supérieur de la magistrature, notamment pour la disparition de pièces dans un dossier dit de la Scientologie. Me Morice, qui représentait également les parties civiles dans cette dernière affaire, avait également obtenu le dessaisissement de la juge M. et, en 2000, la condamnation de l'État pour faute lourde commise par le service public de la justice en raison de la disparition du dossier de la Scientologie du cabinet de la juge.

En octobre 2000, Les juges M. et L.L. déposèrent plainte pour diffamation publique envers un fonctionnaire public, contre le directeur du journal *Le Monde*, l'auteur de l'article et le requérant. Me Morice fut déclaré coupable de complicité du délit de diffamation envers un fonctionnaire public par la Cour d'appel de Rouen en 2008. Celle-ci le condamna à une amende de 4 000 euros (EUR), au versement de 1 000 EUR à la juge M. pour ses frais et, solidairement avec les deux autres prévenus, au paiement de 7 500 EUR de dommages-intérêts à chacun des juges, outre une publication d'un communiqué dans le journal *Le Monde*.

Par un arrêt du 10 novembre 2009, la Cour de cassation rejeta le pourvoi de Me Morice, jugeant notamment que les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action des magistrats avaient été dépassées. Elle siégea dans une formation différente de celle annoncée aux parties. Le conseiller J.M. y était présent, ce dont Me Morice se plaint, J.M. ayant, le 4 juillet 2000 à l'occasion de l'Assemblée générale des magistrats du siège du tribunal de grande instance de Paris, exprimé son soutien à la juge M. dans le contexte de poursuites disciplinaires à l'encontre de la magistrate concernant l'instruction du dossier de la Scientologie.

GRIEFS, PROCÉDURE ET COMPOSITION DE LA COUR

Invoquant l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable) de la Convention, Me Morice estimait que, devant la Cour de cassation, sa cause n'avait pas été examinée équitablement et par un tribunal impartial, compte tenu de la présence du conseiller J.M. dans la formation de jugement. Le requérant alléguait par ailleurs que sa condamnation pénale avait entraîné une violation de son droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention.

La requête a été introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme le 7 mai 2010.

Par un arrêt du 11 juillet 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 § 1, et, à la majorité, à la non-violation de l'article 10.

Le 3 octobre 2013 le requérant a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre conformément à l'article 43 de la Convention (renvoi devant la Grande Chambre). Le 9 décembre 2013, le collège de la Grande Chambre a accepté ladite demande. Une audience a eu lieu à Strasbourg le 21 mai 2014.

Le Conseil des Barreaux européens, l'Ordre des avocats au Barreau de Paris, le Conseil National des Barreaux et la Conférence des Bâtonniers ont été autorisés à intervenir en qualité des tierces parties dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention). (...) »

II. Arrêt (extraits) ²

« *EN DROIT*

(...)

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

93. Le requérant allègue que sa condamnation pénale a entraîné une violation de son droit à la liberté d'expression tel que prévu par l'article 10 de la Convention, lequel se lit comme suit :

« *1. 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. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.*

2. 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 ».

A. L'arrêt de la chambre

94. **La chambre a conclu à la non-violation de l'article 10 de la Convention.** Elle a estimé que le requérant

2 Cour Eur. D. H., arrêt Morice c. France, 23 avril 2015, n° 29369/10. Nous ne reproduisons que la deuxième partie de l'arrêt qui traite de la liberté d'expression de l'avocat. L'arrêt sanctionne également la France pour violation des règles relatives au droit à un tribunal impartial dans la mesure où le siège de la Cour de cassation qui avait eu à connaître de l'affaire comprenait un magistrat qui avait exprimé antérieurement son soutien à la juge mise en cause. Pour cette première partie de l'arrêt, voyez *J.L.M.B.*, 2015, p. 969.

ne s'était pas limité à des déclarations factuelles concernant la procédure en cours, puisqu'il les avait assortis de jugements de valeur mettant en cause l'impartialité et la loyauté d'un juge.

95. La chambre, après avoir noté que la juge d'instruction en cause n'était plus chargée de la procédure, a estimé, d'une part, que le requérant aurait dû attendre le résultat de sa demande adressée la veille à la Garde des Sceaux pour obtenir une enquête de l'inspection générale des services judiciaires sur les nombreux dysfonctionnements de l'instruction allégués et, d'autre part, qu'il avait déjà exercé avec succès un recours juridique pour tenter de remédier à d'éventuels dysfonctionnements de la justice, la juge visée par ses propos ayant été dessaisie de l'affaire. *Compte tenu de ces éléments et de l'emploi de termes qu'elle a estimés particulièrement virulents, la chambre a considéré que le requérant avait dépassé les limites que les avocats doivent respecter dans la critique publique de la justice.* Elle a ensuite ajouté que sa conclusion était renforcée par la gravité des accusations lancées dans l'article, la chronologie des événements pouvant par ailleurs laisser penser que les propos du requérant étaient dictés par une animosité personnelle envers la juge. Quant à la « proportionnalité » de la sanction, la chambre a jugé qu'une amende de 4 000 EUR, ainsi que la condamnation solidaire à payer 7 500 EUR de dommages-intérêts à chacun des juges ne paraissaient pas démesurées.

B. Les thèses des parties devant la Grande Chambre

1. Le requérant

96. Le requérant considère que la jurisprudence de la Cour garantit à la liberté d'expression des avocats, qui jouent un rôle central dans l'administration de la justice et le maintien de l'État de droit, une intense protection, une restriction ne pouvant qu'être exceptionnelle. Une telle protection s'explique pour deux motifs : d'une part, aucune circonstance particulière ne justifie d'accorder une large marge d'appréciation aux États, les textes européens et internationaux protégeant au contraire les avocats dans l'exercice de leur activité de défense; d'autre part, leur liberté d'expression renvoie également au droit de leurs clients de bénéficier d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention. Il considère en outre que le droit des avocats à intervenir dans la presse, dans l'optique de la défense de leurs clients, est admis explicitement et que la tolérance européenne à l'égard des critiques d'avocats visant des magistrats est en principe conséquente, même lorsqu'elles sont proférées dans l'espace public et médiatique. Il estime cependant que l'arrêt de la chambre témoigne des graves incertitudes et variations jurisprudentielles qui affectent l'exercice de cette liberté, tout particulièrement hors de l'enceinte du prétoire (...).

97. Il propose à cet égard de retenir une conception formelle de la liberté d'expression des avocats, indexée sur la défense et l'intérêt de leurs clients, pour offrir dans ce cadre une protection privilégiée au nom de l'article 10 de la Convention. Une telle conception permettrait en outre de dissiper une ambiguïté concernant le statut des avocats : ces derniers participent au bon fonctionnement de la justice mais ils n'ont pas à adopter une posture conciliante envers le système judiciaire et les magistrats, leur mission première étant de défendre leurs clients. (...) Une telle conception fonctionnelle permettrait également de sanctionner efficacement les éventuels excès et dérapages d'avocats en violation des règles déontologiques et de préserver l'indispensable protection des magistrats contre les attaques indues. Tout détournement de la finalité première de la protection renforcée de la liberté d'expression de l'avocat, à savoir la protection des droits de la défense, pourrait ainsi être sanctionné.

98. En l'espèce, le requérant constate que sa condamnation s'analyse en une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression. Il ne conteste pas le fait qu'elle était prévue par la loi, en l'espèce les articles 23, 29 et 31 de la loi du 29 juillet 1881.

99.(...) Le requérant estime en outre que la chambre a mis sur le même plan, à tort, d'une part la liberté

PROJET PUBLICATION RCJB

Arrêt Morice découpé avec sommaire et début note d'observations

Version 08.02.2017

d'expression des avocats et le droit du public d'être informé des questions d'intérêt général et, d'autre part, la dignité de la profession d'avocat et la bonne réputation des magistrats : les premiers sont en effet des droits garantis par l'article 10 de la Convention, tandis que les seconds ne sont que des intérêts susceptibles de justifier une restriction qui doit être exceptionnelle. (...)

102. Le requérant estime que les propos relatifs au dysfonctionnement de la justice, au service de la mission de défense du client, justifiaient des garanties plus intenses encore. Il estime n'avoir pas dépassé les limites de la critique admissible : ses propos visaient uniquement le comportement professionnel des juges M. et L.L., si crucial pour les parties civiles ; ses propos se fondaient sur une base factuelle suffisante, à savoir, d'une part, sur le fait que la cassette litigieuse n'avait pas été transmise au nouveau juge d'instruction avec le reste du dossier et, d'autre part, sur la carte manuscrite rédigée par le procureur de Djibouti à la juge M., ces deux éléments factuels étant avérés ; au demeurant, les poursuites des juges M. et L.L. à l'encontre du requérant et de son confrère Me de Caunes pour dénonciation calomnieuse, à la suite de leur demande adressée à la Garde des Sceaux, a fait l'objet d'une ordonnance de non-lieu, confirmée en appel.

103. Quant au reproche selon lequel il aurait fait preuve d'une animosité personnelle, le requérant réfute cette accusation, rappelant que seuls comptent la teneur et l'objet des propos litigieux, et non des intentions que l'on voudrait lui attribuer et qui n'étaient pas les siennes. Le requérant ajoute qu'il n'était pas à l'origine de la mention de la procédure disciplinaire en cours contre la juge M. et il relève qu'en tout état de cause le juge L.L. a également déposé plainte sans que personne ne songe à caractériser une animosité personnelle à son égard. Le requérant conteste en outre qu'une insulte, injure ou invective puisse être décelée dans ses propos relatés par l'article du journal *Le Monde*. Enfin, il indique s'être borné à défendre publiquement les thèses de sa cliente, en gardant à l'esprit ses intérêts et sans dépasser le cadre de sa mission de défense. Il estime à cet égard que cela ne pouvait aucunement influencer les autorités ministérielles et juridictionnelles et il conteste par ailleurs qu'une action juridique d'un avocat pour son client soit exclusive d'une expression par voie de presse pour une affaire suscitant l'intérêt du public ; il estime au contraire qu'un avocat a le droit de définir librement sa stratégie de défense au service du client.

104. Enfin, le requérant estime la sanction infligée particulièrement disproportionnée. (...)

2. *Le Gouvernement*

105. Le Gouvernement ne conteste pas que la condamnation du requérant constitue une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression. Il estime toutefois que cette ingérence était prévue par la loi, puisqu'elle trouvait sa base légale dans les articles 23, 29 et suivants de la loi du 29 juillet 1881, et qu'elle poursuivait un but légitime. Sur ce dernier point, il considère qu'elle tendait à garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, ainsi que la protection de la réputation ou des droits d'autrui, les propos visant des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions et portant aussi atteinte à la confiance des citoyens dans la magistrature. (...)

107. Le Gouvernement identifie des situations différentes dans la jurisprudence de la Cour en matière de liberté d'expression : la participation de l'avocat à un débat d'intérêt général indépendamment de toute procédure en cours, avec une liberté d'expression particulièrement étendue ; l'expression de l'avocat dans son rôle de défenseur de son client, avec une large liberté d'expression au cours d'une audience au sein du prétoire. Cette liberté d'expression dans la défense d'un client à l'occasion d'une procédure en cours connaît toutefois certaines limites afin de préserver l'autorité judiciaire, comme par exemple lorsque l'avocat tient des propos critiques avant même d'avoir recouru aux voies légales à sa disposition pour remédier aux dysfonctionnements rencontrés. Le Gouvernement estime que les avocats, auxiliaires de justice, ont ainsi l'obligation de recourir aux voies judiciaires pour obtenir la correction d'erreurs alléguées ; au contraire, la dénonciation violente dans la presse, alors qu'il existe des moyens juridiques d'y remédier, n'est pas justifiée

par les impératifs d'une défense efficace du client de l'avocat et contribue à jeter le doute sur la probité du système judiciaire.

108. En l'espèce, le Gouvernement considère que le requérant disposait de multiples voies judiciaires, dont il a effectivement fait usage, pour assurer l'efficacité de cette défense. Son intervention dans les médias ne pouvait donc avoir pour but que d'informer l'opinion publique sur un sujet d'intérêt général mais, s'agissant d'une affaire en cours, son intervention devait être faite avec mesure.

109. Dans le cadre de l'examen des propos litigieux, il renvoie à la marge d'appréciation reconnue aux États en la matière. L'article litigieux concernait une affaire particulièrement sensible qui a connu dès ses débuts un retentissement médiatique très important. À ses yeux, il ressort de la lecture de l'article du journal *Le Monde* que les propos litigieux visaient, de manière non équivoque, les deux magistrats en des termes attentatoires à leur honneur, le requérant ne s'étant pas borné à une critique générale des institutions mais s'étant exprimé de façon partielle et sans la moindre prudence. Il estime qu'il ne s'agissait pas de déclarations factuelles se rapportant au fonctionnement de la justice, mais de jugements de valeurs mettant gravement en cause la probité des juges d'instruction. Le Gouvernement indique que les juridictions internes ont fait une analyse minutieuse de chacun des propos reprochés, pour estimer qu'ils dépassaient les limites de la critique admissible. Il estime en outre que les pièces produites par le requérant étaient dépourvues de valeur probante. (...)

111. Le Gouvernement considère que de telles attaques dirigées contre des magistrats ne contribuaient ni à une exacte appréciation par le public des enjeux, alors que l'institution judiciaire est privée d'un droit de réplique, ni à la sérénité des débats judiciaires dans un contexte où le magistrat instructeur objet des vives critiques avait été déchargé du dossier. Selon lui, il ne s'agissait pas non plus d'une défense zélée par un avocat de son client puisqu'il avait à sa disposition des voies judiciaires de contestation. Le Gouvernement renvoie à la décision d'irrecevabilité de la Cour dans l'affaire *Floquet et Esménard c. France* (no 29064/08, 10 janvier 2002) qui concernait des propos tenus par des journalistes dans l'affaire Borrel, et ce d'autant qu'il s'agit en l'espèce non pas d'un journaliste mais d'un avocat s'exprimant de surcroît à l'occasion d'une affaire pendante devant les juridictions internes.

112. Quant à la sanction infligée au requérant, il estime qu'elle ne saurait être considérée comme excessive ou de nature à emporter un effet dissuasif pour l'exercice de la liberté d'expression. Il conclut donc à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention.

C. Les tierces interventions devant la Grande Chambre

1. Observations du Conseil des Barreaux européens (CCBE) (...)

114. Il rappelle la jurisprudence de la Cour, selon laquelle une restriction à la liberté d'expression emporte violation de l'article 10 si elle ne relève pas des exceptions mentionnées par le paragraphe 2 de ce texte. Les critères d'examen renvoient à l'existence de l'ingérence, sa prévisibilité légale, sa nécessité dans une société démocratique pour répondre à un « *besoin social impérieux* » et les circonstances spécifiques de l'espèce. Pour le CCBE, ces critères valent d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un avocat qui défend les droits protégés par la Convention.

115. Les limites à la liberté d'expression devraient tout d'abord être raisonnablement prévisibles, avec une

définition plus restrictive et plus précise des critères quant aux limites pouvant être apportées à la liberté d'expression des avocats. Le CCBE relève des divergences d'appréciation des sections de la Cour, une affaire connexe (*July et Sarl Libération*, précitée) ayant donné lieu à un constat de violation de l'article 10 alors que la chambre a, en l'espèce, conclu à la non-violation. Le CCBE relève que ces divergences d'appréciation trouvent apparemment leur source dans l'approche différente des propos de l'avocat : une certaine immunité s'appliquerait pour les propos, même violents, à l'égard du système judiciaire ou d'une juridiction, tandis que la mise en cause d'un magistrat ne bénéficierait d'aucune immunité. Le CCBE estime qu'une telle distinction est extrêmement difficile à mettre en oeuvre et qu'elle génère des difficultés quasi-insurmontables, du fait de l'interdépendance entre le général et le personnel dans la conduite d'une procédure, outre le fait que dans le système inquisitoire la fonction se confond avec l'institution.

116. La présente affaire concernant la liberté d'expression en dehors du prétoire, les limites devraient également tenir compte du fait que dans des affaires sensibles et médiatisées, notamment face à la raison d'État, l'avocat n'a parfois pas d'autre choix que de dénoncer publiquement les obstacles au bon déroulement de la procédure ; à ce titre, sa liberté de parole et d'expression devrait être équivalente à celle des journalistes. Restreindre leur liberté d'expression, surtout dans le cadre d'une procédure inquisitoire comme en France, les empêcherait de contribuer au bon fonctionnement de la justice et d'assurer la confiance du public en celle-ci. (...)

2. Observations communes de l'Ordre des avocats au Barreau de Paris, du Conseil National des Barreaux et de la Conférence des Bâtonniers

118. Ces tierces parties rappellent tout d'abord que, jusqu'à une période récente, la question de la liberté de parole ne s'est posée qu'à l'intérieur des palais de justice et que, dans le cadre de la défense de son client à l'audience, l'avocat bénéficie d'une immunité de poursuites, cette dernière étant une immunité de la parole et des écrits judiciaires, posée par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. Cette immunité couvre les propos susceptibles d'être considérés comme outrageants, diffamatoires ou injurieux.

119. Selon elles, la présente affaire pose la question de principe de la liberté de l'expression de l'avocat pour la défense de son client lorsqu'il s'adresse à la presse et que l'affaire connaît un certain écho auprès du public. La question corollaire est de savoir quand commence l'excès d'un propos, même très vif, qui touche un adversaire, un magistrat ou un confrère.

120. Tout avocat, célèbre ou non, est le dépositaire de la parole de son client. Lorsque l'affaire est portée devant l'opinion publique, il lui appartient de continuer à la défendre, qu'il s'agisse d'engager les procédures *ad hoc* ou d'apporter lui-même sa voix au concert médiatique, ce qui est devenu usuel. Il ne s'agit plus d'un droit de l'avocat, mais d'un devoir de sa charge, et ce, que l'affaire éclate soit bien avant l'audience publique, ce qui est souvent le cas, soit après celle-ci.

121. L'avocat est en droit de critiquer la décision de justice et d'exprimer les critiques de son client ; son propos est alors nécessairement interprété et reçu par le public comme une expression partielle et subjective. Le parallèle entre le devoir de réserve des magistrats et la liberté de parole de l'avocat n'est pas convaincant : alors que la parole du magistrat serait considérée comme objective, celle de l'avocat est prise comme l'expression de protestations d'une partie : il n'est donc pas anormal qu'un magistrat soit tenu de se taire ; l'expression de l'avocat, pour une partie au procès, ne perturbe en rien l'autorité et l'indépendance de la justice.

D. L'appréciation de la Cour

I. Les principes généraux

a) Concernant la liberté d'expression

124. Les principes généraux permettant d'apprécier la nécessité d'une ingérence donnée dans l'exercice de la liberté d'expression, maintes fois réaffirmés par la Cour depuis l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (7 décembre 1976, série A no 24), ont été résumés dans l'arrêt *Stoll c. Suisse* ([GC], no 69698/01, § 101, CEDH 2007-V) et rappelés plus récemment dans l'arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* ([GC], no 48876/08, § 100, CEDH 2013) :

« i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...)

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...) »

125. Par ailleurs, s'agissant du niveau de protection, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans deux domaines : celui du discours politique et celui des questions d'intérêt général (*Sürek c. Turquie* [no 1] [GC], no 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], nos 21279/02 et 36448/02, § 46, CEDH 2007-IV, et *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], no 39954/08, § 90, CEDH 2012). Partant, un niveau élevé de protection de la liberté d'expression, qui va de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte, sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général, ce qui est le cas, notamment, pour des propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire, et ce alors même que le procès ne serait pas terminé pour les autres accusés (*Roland Dumas c. France*, no 34875/07, § 43, 15 juillet 2010, et *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c. Portugal*, no 1529/08, § 47, 29 mars 2011). Une certaine hostilité (*E.K. c. Turquie*, no 28496/95, § 79-80, 7 février 2002) et la gravité éventuellement susceptible de caractériser certains propos (*Thoma c. Luxembourg*, no 38432/97, § 57, CEDH 2001-III) ne font pas disparaître le droit à une protection élevée compte tenu de l'existence d'un sujet d'intérêt général (*Patrel c. France*, no 54968/00, § 42, 22 décembre 2005).

126. En outre, dans les arrêts *Lingens* (*Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 46, série A no 10) et *Oberschlick* (*Oberschlick c. Autriche (no 1)*, 23 mai 1991, § 63, série A no 204), la Cour a distingué entre déclarations de fait et jugements de valeur. La matérialité des déclarations de fait peut se prouver ; en revanche, les jugements de valeur ne se prêtant pas à une démonstration de leur exactitude, l'obligation de preuve est donc impossible à remplir et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10 (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 42, *Recueil* 1997-I). ***Cependant, en cas de***

jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une « base factuelle » suffisante sur laquelle reposent les propos litigieux : à défaut, ce jugement de valeur pourrait se révéler excessif (*De Haes et Gijssels*, précité, § 47, *Oberschlick c. Autriche (no 2)*, 1er juillet 1997, § 33, *Recueil 1997-IV, Brasilier c. France*, no 71343/01, § 36, 11 avril 2006, et *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July*, précité, § 55). ***Pour distinguer une imputation de fait d'un jugement de valeur, il faut tenir compte des circonstances de l'espèce et de la tonalité générale des propos*** (*Brasilier*, précité, § 37), ***étant entendu que des assertions sur des questions d'intérêt public peuvent constituer à ce titre des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait*** (*Paturel*, précité, § 37).

127. Enfin, la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence, la Cour ayant souligné qu'une atteinte à la liberté d'expression peut risquer d'avoir un effet dissuasif quant à l'exercice de cette liberté. Le caractère relativement modéré des amendes ne saurait suffire à faire disparaître le risque d'un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression, ce qui est d'autant plus inacceptable s'agissant d'un avocat appelé à assurer la défense effective de ses clients (*Mor*, précité, § 61). D'une manière générale, s'il est légitime que les institutions de l'État soient protégées par les autorités compétentes en leur qualité de garantes de l'ordre public institutionnel, la position dominante que ces institutions occupent commande aux autorités de faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale (*Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 46, série A no 236, *Incal c. Turquie* [GC], 9 juin 1998, § 54, *Recueil 1998-IV, Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 57, *Recueil 1998-VII, Öztürk c. Turquie* [GC], 28 septembre 1999, § 66, *Recueil 1999-VI*, et *Otegi Mondragon c. Espagne*, 15 mars 2011, § 58, CEDH 2011).

b) Concernant la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire

128. Les questions concernant le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique, relèvent de l'intérêt général. À cet égard, il convient de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir (*Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, § 34, série A no 313, *Karpetas c. Grèce*, no 6086/10, § 68, 30 octobre 2012, et *Di Giovanni c. Italie*, no 51160/06, § 71, 9 juillet 2013).

129. L'expression « *autorité du pouvoir judiciaire* » reflète notamment l'idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour statuer sur les différends juridiques et se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence quant à une accusation en matière pénale, que le public les considère comme tels et que leur aptitude à s'acquitter de cette tâche lui inspire du respect et de la confiance (*Worm c. Autriche*, 29 août 1997, § 40, *Recueil 1997-V*, et *Prager et Oberschlick*, précité).

130. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer non seulement au justiciable, à commencer, au pénal, par les prévenus (*Kyprianou*, précité, § 172), mais aussi à l'opinion publique (*Kudeshkina c. Russie*, no 29492/05, § 86, 26 février 2009, et *Di Giovanni*, précité).

131. Il reste qu'en dehors de l'hypothèse d'attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, compte tenu de leur appartenance aux institutions fondamentales de l'État, les magistrats peuvent faire, en tant que tels, l'objet de critiques personnelles dans des limites admissibles, et non pas uniquement de façon théorique et générale (*July et Sarl Libération*, précité, § 74). À ce titre, les limites de la critique admissibles à leur égard, lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions officielles, sont plus larges qu'à l'égard de simples particuliers (voir, notamment, *July et Sarl Libération*, précité).

c) Concernant le statut et la liberté d'expression des avocats

132. Le statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice. C'est à ce titre qu'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 (*Schöpfer c. Suisse*, 20 mai 1998, §§ 29-30, *Recueil* 1998-III, *Nikula c. Finlande*, no 31611/96, § 45, CEDH 2002-II, *Amihalachioaie c. Moldova*, no 60115/00, § 27, CEDH 2004-III, *Kyprianou*, précité, § 173, *André et autre c. France*, no 18603/03, § 42, 28 juillet 2008, et *Mor*, précité, § 42). Toutefois, pour croire en l'administration de la justice, le public doit également avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables (*Kyprianou*, précité, § 175).

133. De ce rôle particulier des avocats, professionnels indépendants, dans l'administration de la justice, découlent un certain nombre d'obligations, notamment dans leur conduite (*Van der Mussele c. Belgique*, 23 novembre 1983, série A no 70, *Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, § 46, série A no 285-A, *Steur c. Pays-Bas*, no 39657/98, § 38, CEDH 2003-XI, *Veraart c. Pays-Bas*, no 10807/04, § 51, 30 novembre 2006, et *Coutant c. France* (déc.), no 17155/03, 24 janvier 2008). Toutefois, s'ils sont certes soumis à des restrictions concernant leur comportement professionnel, qui doit être empreint de discrétion, d'honnêteté et de dignité, ils bénéficient également de droits et des privilèges exclusifs, qui peuvent varier d'une juridiction à l'autre, comme généralement une certaine latitude concernant les propos qu'ils tiennent devant les tribunaux (*Steur*, précité).

134. Ainsi, la liberté d'expression vaut aussi pour les avocats. Outre la substance des idées et des informations exprimées, elle englobe leur mode d'expression (*Foglia c. Suisse*, no 35865/04, § 85, 13 décembre 2007). Les avocats ont ainsi notamment le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, même si leur critique ne saurait franchir certaines limites (*Amihalachioaie*, précité, §§ 27-28, *Foglia*, précité, § 86, et *Mor*, précité, § 43). Ces dernières se retrouvent dans les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau (*Kyprianou*, précité, § 173), à l'instar des dix principes essentiels énumérés par le CCBE pour les avocats européens, qu'il s'agisse notamment de « la dignité, l'honneur et la probité » ou de « la contribution à une bonne administration de la justice » (paragraphe 58 ci-dessus). De telles règles contribuent à protéger le pouvoir judiciaire des attaques gratuites et infondées qui pourraient n'être motivées que par une volonté ou une stratégie de déplacer le débat judiciaire sur le terrain strictement médiatique ou d'en découdre avec les magistrats en charge de l'affaire.

135. La question de la liberté d'expression est liée à l'indépendance de la profession d'avocat, cruciale pour un fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice (*Sialkowska c. Pologne*, no 8932/05, § 111, 22 mars 2007). ***Ce n'est qu'exceptionnellement qu'une limite touchant la liberté d'expression de l'avocat de la défense – même au moyen d'une sanction pénale légère – peut passer pour nécessaire dans une société démocratique*** (*Nikula* et *Kyprianou*, précités, respectivement §§ 55 et 174, et *Mor*, précité, § 44).

136. Il convient toutefois de distinguer selon que l'avocat s'exprime dans le prétoire ou en dehors de celui-ci.

137. S'agissant tout d'abord des « faits d'audience », dès lors que la liberté d'expression de l'avocat peut soulever une question sous l'angle du droit de son client à un procès équitable, l'équité milite également en faveur d'un échange de vues libre, voire énergique, entre les parties (*Nikula*, précité, § 49, et *Steur*, précité, § 37) et l'avocat a le devoir de « défendre avec zèle les intérêts de ses clients » (*Nikula*, précité, § 54), ce qui le conduit parfois à s'interroger sur la nécessité de s'opposer ou non à l'attitude du tribunal ou de s'en plaindre (*Kyprianou*, précité, § 175). De plus, la Cour tient compte du fait que les propos litigieux ne sortent pas de la salle d'audience. Par ailleurs, elle opère une distinction selon la personne visée, un procureur, qui est une « partie » au procès, devant « tolérer des critiques très larges de la part de [l'avocat de la défense] », même si

certaines termes sont déplacés, dès lors qu'elles ne portent pas sur ses qualités professionnelles ou autres en général (*Nikula*, précité, §§ 51-52, *Foglia*, précité, § 95, et *Roland Dumas*, précité, § 48).

138. *Concernant ensuite les propos tenus en dehors du prétoire, la Cour rappelle que 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* (*Mor*, précité, § 59). *À ce titre, la Cour estime qu'un avocat ne saurait être tenu responsable de tout ce qui figurait dans l'« interview » publiée*, compte tenu du fait que c'est la presse qui a repris ses déclarations et que celui-ci a démenti par la suite ses propos (*Amihalachioaie*, précité, § 37). *Dans l'affaire Foglia précitée, elle a également considéré qu'il ne se justifiait pas d'attribuer à l'avocat la responsabilité des agissements des organes de presse* (*Foglia*, précité, § 97). *De même, lorsqu'une affaire fait l'objet d'une couverture médiatique en raison de la gravité des faits et des personnes susceptibles d'être mises en cause, on ne peut sanctionner pour violation du secret de l'instruction un avocat qui s'est contenté de faire des déclarations personnelles sur des informations déjà connues des journalistes et que ces derniers s'apprêtent à diffuser avec ou sans de tels commentaires. Pour autant, l'avocat n'est pas déchargé de son devoir de prudence à l'égard du secret de l'instruction en cours lorsqu'il s'exprime publiquement* (*Mor*, précité, §§ 55 et 56).

139. Il reste que les avocats ne peuvent tenir des propos d'une gravité dépassant le commentaire admissible sans solide base factuelle (*Karpetas*, précité, § 78 ; voir également *A c. Finlande* (déc.), no 44998/98, 8 janvier 2004) ou proférer des injures (*Coutant* (déc.), précitée). Au regard des circonstances de l'affaire *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, un ton non pas injurieux mais acerbe, voire sarcastique, visant des magistrats, a été jugé compatible avec l'article 10 (*Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, précitée, § 48). La Cour apprécie les propos dans leur contexte général, notamment pour savoir s'ils peuvent passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite (*Ormanni c. Italie*, no 30278/04, § 73, 17 juillet 2007, et *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, précité, § 51) et pour s'assurer que les expressions utilisées en l'espèce présentent un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce (*Feldek c. Slovaquie*, no 29032/95, § 86, CEDH 2001-VIII, et *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, précité).

2. Application de ces principes au cas d'espèce

140. En l'espèce, la Cour constate que le requérant a été condamné pénalement et civilement en raison de propos relatifs à la procédure dans l'affaire Borrel, reproduits dans un article du quotidien *Le Monde* qui reprenait, d'une part, les termes d'une lettre adressée par le requérant et son confrère à la Garde des Sceaux pour demander une enquête administrative et, d'autre part, des déclarations faites au journaliste auteur de l'article litigieux.

141. La Cour relève d'emblée que les parties s'accordent à considérer que la condamnation pénale du requérant constitue une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10 de la Convention. C'est également l'opinion de la Cour.

142. Elle constate ensuite que l'ingérence était prévue par la loi, à savoir les articles 23, 29 et 31 de la loi du 29 juillet 1881, ce que reconnaît le requérant.

143. Les parties conviennent également de ce que l'ingérence avait pour but la protection de la réputation ou des droits d'autrui. La Cour n'aperçoit pas de raison d'adopter un point de vue différent. Certes, le requérant entend nuancer le fait que les poursuites engagées contre lui auraient aussi été de nature à « garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » (paragraphe 99 ci-dessus), mais cela relève de la question de la « nécessité » de l'ingérence et ne saurait remettre en cause le fait que celle-ci poursuivait bien au moins l'un des « buts légitimes » reconnus par le paragraphe 2 de l'article 10.

144. Il reste donc à examiner si cette ingérence était « *nécessaire dans une société démocratique* », ce qui requiert de vérifier si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les juridictions internes étaient pertinents et suffisants.

145. La Cour note que, pour condamner le requérant, les juges d'appel ont estimé que le simple fait d'affirmer qu'un juge d'instruction avait eu un « *comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté* » constituait une accusation particulièrement diffamatoire (paragraphe 47 ci-dessus). Ils ajoutaient que les propos du requérant relatifs au retard de transmission de la cassette vidéo et sa référence à la carte manuscrite adressée par le procureur de Djibouti à la juge M. avec l'emploi du terme « *connivence* » ne faisaient que conforter ce caractère diffamatoire (*ibidem*), la « *preuve de la vérité* » des propos tenus n'étant pas rapportée (paragraphe 48 ci-dessus) et la bonne foi du requérant étant exclue (paragraphe 49 ci-dessus).

a) La qualité d'avocat du requérant

146. La Cour constate tout d'abord que les propos reprochés au requérant proviennent à la fois des déclarations faites à la demande du journaliste auteur de l'article et de la lettre adressée à la Garde des Sceaux. Formulés par le requérant en sa qualité d'avocat de la partie civile, ils concernaient des faits s'inscrivant dans le cadre de la procédure Borrel.

147. À cet égard, elle relève d'emblée que le requérant l'invite à préciser sa jurisprudence concernant l'exercice de la liberté d'expression par un avocat, spécialement hors des prétoires, et à consacrer une protection la plus large possible de la parole de l'avocat (paragraphe 96, 97 et 102 ci-dessus). Le Gouvernement, tout en estimant que la qualité d'auxiliaires de justice des avocats les différencie fondamentalement des journalistes (paragraphe 106 ci-dessus), identifie quant à lui différentes situations, dans lesquelles la liberté d'expression serait « *particulièrement étendue* », « *large* » ou au contraire soumise « *à certaines limites* » (paragraphe 107 ci-dessus).

148. La Cour renvoie les parties aux principes dégagés dans sa jurisprudence, s'agissant en particulier du statut et de la liberté d'expression des avocats (paragraphe 132 à 139 ci-dessus), notamment en ce qui concerne la nécessité de distinguer selon que l'avocat s'exprime dans le cadre du prétoire ou en dehors de celui-ci. Par ailleurs, compte tenu de son statut spécifique et de sa position dans l'administration de la justice (paragraphe 132 ci-dessus), la Cour estime, contrairement à ce que soutient le CCBE (paragraphe 116 ci-dessus), que l'avocat ne saurait être assimilé à un journaliste. En effet, leurs places et leurs missions respectives dans le débat judiciaire sont intrinsèquement différentes. Il incombe au journaliste de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général, y compris celles qui se rapportent à l'administration de la justice. Pour sa part, l'avocat agit en qualité d'acteur de la justice directement impliqué dans le fonctionnement de celle-ci et dans la défense d'une partie. Il ne saurait donc être assimilé à un témoin extérieur chargé d'informer le public.

149. Certes, le requérant soutient que ses déclarations publiées dans le journal *Le Monde* étaient précisément au service de la mission de défense de sa cliente, qu'il lui appartenait de déterminer. Cependant, s'il est incontestable que les propos litigieux s'inscrivaient dans le cadre de la procédure, ils visaient des juges d'instruction définitivement écartés de la procédure lorsqu'il s'est exprimé. ***La Cour ne décèle donc pas dans quelle mesure ses déclarations pouvaient directement participer de la mission de défense de sa cliente, dès lors que l'instruction se poursuivait devant un autre juge qui n'était pas mis en cause.***

b) La contribution à un débat d'intérêt général

150. Il reste que le requérant invoque aussi son droit d'informer le public sur des dysfonctionnements dans le déroulement d'une procédure en cours et de contribuer à un débat d'intérêt général.

151. Sur ce point, la Cour relève, d'une part, que les propos du requérant s'inscrivaient dans le cadre de l'information judiciaire diligentée à la suite du décès d'un magistrat français, Bernard Borrel, détaché auprès du ministère de la Justice de Djibouti en qualité de conseiller technique. La Cour a déjà eu l'occasion de relever que cette affaire a connu, dès son commencement, un retentissement médiatique très important (*July et Sarl Libération*, précité, § 67), ce qui témoigne de la place significative qu'elle occupe dans l'opinion publique. Avec le requérant, la Cour note d'ailleurs que la justice a également contribué à l'information du public sur cette affaire, le juge d'instruction chargé de l'affaire en 2007 ayant demandé au procureur de la République, de faire un communiqué, en application de l'article 11, alinéa 3, du code de procédure pénale, afin de préciser que la thèse du suicide était écartée au profit de celle d'un assassinat (paragraphe 24 et 55 ci-dessus).

152. D'autre part, elle rappelle avoir déjà jugé que le public a un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur les procédures en matières pénales (*July et Sarl Libération*, précité, § 66) et que les propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire concernent un sujet d'intérêt général (paragraphe 125 ci-dessus). La Cour a d'ailleurs déjà été saisie à deux reprises, dans les affaires *Floquet et Esménard* et *July et Sarl Libération* (précitées), de griefs en lien avec l'affaire Borrel et le droit au respect à la liberté d'expression concernant des propos sur le déroulement de l'instruction, concluant à chaque fois à l'existence d'un débat public d'intérêt général.

153. Partant, la Cour estime que les propos reprochés au requérant, qui concernaient également, à l'instar des affaires Floquet et Esménard et July et Sarl Libération (précitées), le fonctionnement du pouvoir judiciaire et le déroulement de l'affaire Borrel, s'inscrivaient dans le cadre d'un débat d'intérêt général, ce qui implique un niveau élevé de protection de la liberté d'expression allant de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte.

c) La nature des propos litigieux

154. La Cour note qu'après avoir vu ses propos jugés « *particulièrement diffamatoires* », le requérant n'a pu établir leur véracité, une telle preuve devant être, comme l'ont rappelé les premiers juges, « *parfaite et complète et corrélative à l'ensemble des imputations retenues comme diffamatoires* » (paragraphe 40 ci-dessus). Sa bonne foi a également été écartée. Sur ce point, le tribunal correctionnel et la Cour d'appel ont notamment estimé que la mise en cause professionnelle et morale des juges M. et L.L. dépassait largement le droit de critique (paragraphe 40 et 50 ci-dessus). En outre, alors que les premiers juges ont considéré que les profondes divergences entre les avocats de Mme Borrel et les juges d'instruction ne justifiaient pas une absence totale de prudence dans l'expression, les juges d'appel ont estimé que la décision de non-lieu, prononcée en faveur du requérant dans le cadre de la plainte déposée contre lui par les deux juges d'instruction, n'excluait pas la mauvaise foi. Selon eux, l'animosité personnelle du requérant et sa volonté de discréditer les juges, en particulier la juge M., résultait du caractère excessif de ses propos et du fait que la publication de l'article relatif à l'affaire Borrel coïncidait avec la saisine de la chambre d'accusation contre la juge M. dans le cadre du dossier de la Scientologie (*ibidem*).

155. Or, la Cour a rappelé qu'il convient de distinguer entre déclarations de fait et jugements de valeur (paragraphe 126 ci-dessus). Si la matérialité des premières peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude et dans ce cas l'obligation de preuve, impossible à remplir, porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10 (*ibidem*). En outre, l'existence de garanties procédurales à la disposition de la personne accusée de diffamation fait partie

des éléments à prendre en compte dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence sous l'angle de l'article 10 : en particulier, il est indispensable que l'intéressé se voit offrir une chance concrète et effective de pouvoir démontrer que ses allégations reposaient sur une base factuelle suffisante (voir, notamment, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, no 68416/01, § 95, Recueil 2005-II, *Andrushko c. Russie*, no 4260/04, § 53, 14 octobre 2010, *Dilipak et Karakaya c. Turquie*, nos 7942/05 et 24838/05, § 141, 4 mars 2012, et *Hasan Yazıcı c. Turquie*, no 40877/07, § 54, 15 avril 2014). Tel n'a pas été le cas en l'espèce.

156. La Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce, les déclarations incriminées constituent davantage des jugements de valeur que de pures déclarations de fait, compte tenu de la tonalité générale des propos comme du contexte dans lequel ils ont été tenus, dès lors qu'elles renvoient principalement à une évaluation globale du comportement des juges d'instruction durant l'information.

157. Il reste dès lors à examiner la question de savoir si la « base factuelle » sur laquelle reposaient ces jugements de valeur était suffisante.

158. La Cour est d'avis que cette condition est remplie en l'espèce. En effet, après le dessaisissement des juges M. et L.L. par la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris (paragraphe 23 ci-dessus), il est apparu qu'une pièce importante du dossier, à savoir une cassette vidéo réalisée pendant un déplacement des juges accompagnés d'experts sur les lieux du décès, bien que visée dans la dernière ordonnance rendue par ces juges, n'avait pas été transmise au magistrat désigné pour leur succéder avec le dossier de l'information. Ce fait était non seulement établi, mais également suffisamment sérieux pour justifier que le juge P. rédige un procès-verbal pour le consigner et relever expressément ce qui suit : d'une part, cette cassette vidéo ne figurait pas au dossier d'instruction et n'était pas référencée comme une pièce à conviction ; d'autre part, elle lui a été remise dans une enveloppe, adressée au nom de la juge M., ne portant pas trace de scellés et qui contenait également une carte manuscrite à l'en-tête du procureur de la République de Djibouti, rédigée par ce dernier et adressée à la juge M. (paragraphe 32 ci-dessus).

159. De plus, outre le fait que cette carte atteste d'une certaine familiarité du procureur de la République de Djibouti à l'égard de la juge M. (paragraphe 32 ci-dessus), elle accusait les avocats des parties civiles de se livrer à une « *entreprise de manipulation* ». Or, la Cour souligne à ce titre que non seulement les autorités de Djibouti soutiennent depuis l'origine la thèse d'un suicide, mais que plusieurs représentants de cet État ont été nommément mis en cause ultérieurement dans le cadre de l'information diligentée en France, ce dont atteste en particulier l'arrêt de la Cour internationale de Justice (paragraphe 63-64 ci-dessus), ainsi que la procédure diligentée pour subornation de témoin (paragraphe 18 ci-dessus).

160. Enfin, il est avéré que le requérant est intervenu en sa qualité d'avocat dans deux affaires médiatiques instruites par la juge M. Un dysfonctionnement a été identifié par les juridictions d'appel à chaque fois, entraînant le dessaisissement de la juge M., et ce à la demande du requérant (paragraphe 22-23 et 26 ci-dessus). Dans le cadre du premier dossier relatif à l'affaire dite de la Scientologie, le requérant a en outre obtenu la condamnation de l'État français pour dysfonctionnement du service public de la justice (paragraphe 30 ci-dessus).

161. Elle considère en outre que les expressions utilisées par le requérant présentaient un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce, outre le fait que les propos ne pouvaient passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite (paragraphe 139 ci-dessus). Elle rappelle à ce titre que la liberté d'expression « *vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent* ». De même, l'emploi d'un « *ton acerbe* » dans l'expression visant des magistrats n'est pas contraire aux dispositions de l'article 10 de la Convention (voir, par exemple, *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, précitée, § 48).

d) Les circonstances particulières de l'espèce

i. La prise en compte de l'ensemble du contexte

162. La Cour rappelle que, dans le cadre de l'article 10 de la Convention, il convient d'examiner les propos litigieux à la lumière des circonstances et de l'ensemble du contexte de l'affaire (voir, parmi beaucoup d'autres, *Lingens*, précité, § 40, et *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], no 21980/93, § 62, CEDH 1999-III). En l'espèce, précisément, le contexte de l'affaire se caractérisait non seulement par le comportement des juges d'instruction et par les relations du requérant avec l'un d'eux, mais également par l'historique très spécifique de l'affaire, la dimension interétatique qui en découle, ainsi que par son important retentissement médiatique. La Cour constate cependant que la Cour d'appel a donné une portée très générale à l'expression « *comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté* », reprochée au requérant envers un magistrat instructeur, jugeant qu'elle constituait, en soi, une accusation particulièrement diffamatoire synonyme de violation de son éthique professionnelle et de son serment par un magistrat (paragraphe 47 ci-dessus). Or, une telle citation aurait dû être replacée dans le contexte propre aux circonstances de l'espèce, et ce d'autant plus qu'il s'agissait en réalité non pas d'une déclaration faite à l'auteur de l'article, mais d'un extrait du texte de la lettre adressée de concert avec son confrère L. de Caunes à la Garde des Sceaux le 6 septembre 2000. De plus, lorsque le requérant a répondu aux questions du journaliste, celui-ci avait déjà eu connaissance du courrier adressé à la Garde des Sceaux non par le requérant, mais par ses propres sources, ce que le tribunal correctionnel a jugé établi (paragraphe 40 ci-dessus). Le requérant soutient également, sans que cela soit contesté, que la référence aux poursuites disciplinaires exercées contre la juge M. dans le cadre de l'affaire de la Scientologie relevait de la seule responsabilité de l'auteur de l'article. Là encore, la Cour rappelle que les avocats ne peuvent être tenus pour responsables de tout ce qui figure dans une « *interview* » publiée par la presse ou des agissements des organes de presse.

163. Ainsi, la Cour d'appel devait examiner les propos litigieux en tenant pleinement compte à la fois du contexte de l'affaire et du contenu de la lettre pris dans leur ensemble.

164. Pour les mêmes raisons, les propos litigieux ne pouvant être appréciés sortis de leur contexte, la Cour ne saurait partager le point de vue de la Cour d'appel de Paris selon lequel l'emploi du terme de « *connivence* » portait « *à lui seul* » gravement atteinte à l'honneur et à la considération de la juge M. et du procureur de Djibouti (paragraphe 47 ci-dessus).

165. ***Quant au motif tiré d'une animosité personnelle du requérant à l'égard de la juge M., en raison de conflits dans le cadre des affaires Borrel et de la Scientologie, la Cour estime qu'il ne présente pas la pertinence et la gravité nécessaires à une condamnation du requérant. En tout état de cause, dès lors que les juges ont constaté l'existence de conflits entre les deux protagonistes, et compte tenu des circonstances particulières de la présente affaire, un tel reproche d'animosité personnelle pouvait indifféremment être adressé au requérant et à la juge M. (voir, mutatis mutandis, Paturel, précité, § 45), et ce d'autant plus qu'avant de déposer plainte contre le requérant pour complicité de délit de diffamation, la juge M. avait déjà vainement déposé plainte contre lui pour dénonciation calomnieuse (paragraphe 35 ci-dessus).*** D'autres éléments viennent également, sinon contredire, du moins relativiser ce motif de la Cour d'appel tiré de l'animosité personnelle du requérant. En premier lieu, les propos ayant trait au « *comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté* » ne visaient pas uniquement la juge M., mais également le juge L.L., envers lequel le requérant ne s'est pas vu reprocher une animosité personnelle. Ensuite, si le requérant a été poursuivi pour l'extrait précité de la lettre adressée à la Garde des Sceaux, ladite lettre avait en réalité été signée et envoyée par deux avocats, le requérant et son confrère Me de Caunes. Or, non seulement ce dernier n'a pas été poursuivi pour les propos qui lui étaient pourtant imputables autant qu'au requérant, mais il ne s'est en outre pas vu reprocher une quelconque animosité à l'égard des juges M.

et L.L.

166. *En définitive, la Cour considère que les déclarations du requérant ne pouvaient être réduites à la simple expression d'une animosité personnelle, c'est-à-dire à une relation conflictuelle entre deux personnes, le requérant et la juge M. Les propos litigieux s'inscrivaient en réalité dans un cadre plus large, impliquant également un autre avocat et un autre juge. De l'avis de la Cour, ce fait est de nature à soutenir la thèse selon laquelle ils ne relevaient pas d'une démarche personnelle du requérant qui aurait été animé par un désir de vengeance, mais d'une démarche commune et professionnelle de deux avocats, en raison de faits nouveaux, établis et susceptibles de révéler un dysfonctionnement grave du service de la justice, impliquant les deux anciens juges chargés d'instruire l'affaire dans laquelle leurs clients étaient parties civiles.*

167. *En outre, si les propos du requérant avaient assurément une connotation négative, force est de constater que, malgré une certaine hostilité (E.K. c. Turquie, no 28496/95, §§ 79-80, 7 février 2002) et la gravité susceptible de les caractériser (Thoma, précité), la question centrale des déclarations concernait le fonctionnement d'une information judiciaire, ce qui relevait d'un sujet d'intérêt général et ne laissait donc guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression. En outre, un avocat doit pouvoir attirer l'attention du public sur d'éventuels dysfonctionnements judiciaires, l'autorité judiciaire pouvant tirer un bénéfice d'une critique constructive.*

ii. La garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire

168. Certes, le Gouvernement invoque le fait que les autorités judiciaires ne pouvaient pas répliquer. Il est vrai que la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société impose aux magistrats un devoir de réserve (paragraphe 128 ci-dessus). Cependant, ce dernier poursuit une finalité particulière, comme le relèvent les tiers intervenants : la parole du magistrat, contrairement à celle de l'avocat, est reçue comme l'expression d'une appréciation objective qui engage non seulement celui qui s'exprime mais aussi, à travers lui, toute l'institution de la Justice. L'avocat, quant à lui, ne parle qu'en son nom et en celui de ses clients - ce qui le distingue d'ailleurs également d'un journaliste -, dont la place dans le débat judiciaire et la mission sont intrinsèquement différents. Il n'en reste pas moins que s'il peut s'avérer nécessaire de protéger les autorités judiciaires contre des attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, le devoir de réserve interdisant aux magistrats visés de réagir (paragraphe 128 ci-dessus), cela ne saurait avoir pour effet d'interdire aux individus de s'exprimer, par des jugements de valeur reposant sur une base factuelle suffisante, sur des sujets d'intérêt général liés au fonctionnement de la justice ou de prohiber toute critique à l'égard de celle-ci. *En l'espèce, les juges M. et L.L., étaient des magistrats et ils appartenaient tous deux aux institutions fondamentales de l'État : les limites de la critique admissible étaient donc plus larges à leur égard que pour les simples particuliers et ils pouvaient donc faire, en tant que tels, l'objet des commentaires litigieux (paragraphe 128 et 131 ci-dessus).*

169. *La Cour estime en outre, contrairement à ce que soutient le Gouvernement, que les propos du requérant n'étaient pas de nature à perturber la sérénité des débats judiciaires, compte tenu du dessaisissement, par la juridiction supérieure, des deux juges d'instruction visés par les critiques. Ni le nouveau juge d'instruction ni les juridictions supérieures n'étaient en aucune façon visés par les propos litigieux.*

170. *Pour les mêmes motifs, et compte tenu de ce qui précède, on ne saurait davantage considérer que la condamnation du requérant ait pu être de nature à préserver l'autorité du pouvoir judiciaire. La Cour entend néanmoins souligner l'importance, dans un État de droit et une société démocratique, de préserver l'autorité du pouvoir judiciaire. En tout état de cause, le bon fonctionnement des tribunaux ne saurait être possible sans des relations fondées sur la considération et le respect mutuels entre les différents acteurs de*

la justice, au premier rang desquels les magistrats et les avocats.

iii. L'exercice des voies de droit disponibles

171. Quant à l'argument du Gouvernement tiré de la possibilité d'exercer des voies de droit disponibles, la Cour l'estime pertinent mais non suffisant en l'espèce pour condamner le requérant. Elle relève tout d'abord que l'exercice des recours disponibles, d'une part, et du droit à la liberté d'expression, d'autre part, ne poursuivent pas la même finalité et ne sont pas interchangeables. Cela étant, la Cour estime que la défense d'un client par son avocat doit se dérouler non pas dans les médias, sauf circonstances très particulières (paragraphe 138 ci-dessus), mais devant les tribunaux compétents, ce qui inclut l'exercice des voies de droit disponibles. Elle note qu'en l'espèce la saisine de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris témoigne manifestement d'une volonté première du requérant et de son confrère de régler la question par les voies de droit disponibles. Ce n'est en réalité qu'après leur exercice qu'est apparu un dysfonctionnement, relevé par le juge d'instruction P. dans son procès-verbal du 1er août 2000 (paragraphe 32 ci-dessus). Or, à ce stade, la chambre d'accusation ne pouvait plus être saisie de ces faits, puisqu'elle avait précisément déjà dessaisi les juges M. et L.L. du dossier. La Cour note également qu'en tout état de cause, quatre ans et demi s'étaient déjà écoulés depuis l'ouverture de l'instruction, laquelle n'est toujours pas close à ce jour. Elle constate en outre que les parties civiles et leurs avocats ont été diligents et, en particulier, qu'ils ont, selon les termes de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 28 mai 2009, permis de faire entendre un témoin important en Belgique malgré le désintérêt des juges d'instruction M. et L.L. à son égard (paragraphe 16 ci-dessus).

172. Par ailleurs, la demande d'enquête adressée à la Garde des Sceaux pour se plaindre de ces faits nouveaux n'était pas un recours juridictionnel, ce qui aurait éventuellement justifié de ne pas intervenir dans la presse, mais une simple demande d'enquête administrative soumise à la décision discrétionnaire de la ministre de la Justice. La Cour note à cet égard que les juges internes, en première instance comme en appel, ont eux-mêmes estimé que la lettre ne pouvait bénéficier de l'immunité accordée aux actes judiciaires, le tribunal correctionnel ayant précisé que son contenu était purement informatif (paragraphe 38 et 46 ci-dessus). La Cour relève qu'il n'est pas soutenu que cette demande aurait eu une quelconque suite et, de plus, elle note que les juges M. et L.L. ne l'ont manifestement pas envisagée comme un exercice normal d'une voie de recours offerte par le droit interne, mais comme une démarche justifiant le dépôt d'une plainte pour dénonciation calomnieuse (paragraphe 35 ci-dessus).

173. Enfin, la Cour constate que ni le procureur général ni le bâtonnier ou le Conseil de l'Ordre des avocats compétents n'ont estimé nécessaire d'engager des poursuites disciplinaires contre le requérant en raison de ses déclarations dans la presse, alors qu'ils en avaient la possibilité (*Mor*, précité, § 60).

iv. Conclusion sur les circonstances de l'espèce

174. La Cour estime que 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 L.L., 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 valeurs reposant sur une « base factuelle » suffisante.

e) Les peines prononcées

175. Pour ce qui est des peines prononcées, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence (voir, par exemple, *Sürek*, précité, § 64, *Chauvy et autres c. France*, no 64915/01, § 78, CEDH 2004-VI, et *Mor*, précité, § 61). Or, en l'espèce, la Cour d'appel a condamné le requérant au paiement d'une amende de 4 000 EUR. Ce montant correspond exactement à celui fixé par les juges de première instance, ces derniers ayant expressément tenu compte de la qualité d'avocat du requérant pour faire preuve de sévérité et le « *sanctionner (...) par une amende d'un montant suffisamment significatif* » (paragraphe 41 ci-dessus). De plus, outre une obligation sous astreinte de publier un communiqué dans le quotidien *Le Monde*, elle l'a condamné solidairement avec le journaliste et le directeur de la publication à payer 7 500 EUR de dommages-intérêts à chacun des juges et à verser 4 000 EUR au juge L.L. au titre de ses frais. La Cour note par ailleurs que seul le requérant a été condamné à verser une somme à la juge M. au titre de ses frais, à hauteur de 1 000 EUR.

176. Or, la Cour rappelle que même lorsque la sanction est la plus modérée possible, à l'instar d'une condamnation accompagnée d'une dispense de peine sur le plan pénal et à ne payer qu'un « *euro symbolique* » au titre des dommages-intérêts (*Mor*, précité, § 61), elle n'en constitue pas moins une sanction pénale et, en tout état de cause, cela ne saurait suffire, en soi, à justifier l'ingérence dans le droit d'expression du requérant (*Brasiler*, précité, § 43). Elle a maintes fois souligné qu'une atteinte à la liberté d'expression peut avoir un effet dissuasif quant à l'exercice de cette liberté (voir, *mutatis mutandis*, *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], no 33348/96, § 114, CEDH 2004-XI, et *Mor*, précité,), risque que le caractère relativement modéré des amendes ne saurait suffire à faire disparaître (*Dupuis et autres*, précité, § 48), la sanction d'un avocat pouvant en outre produire des effets directs (poursuites disciplinaires) ou indirects (au regard par exemple de leur image et de la confiance que le public et leur clientèle placent en eux). ***La Cour rappelle au demeurant que la position dominante des institutions de l'État commande aux autorités de faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale (paragraphe 127 ci-dessus). La Cour constate cependant qu'en l'espèce le requérant n'a pas seulement été condamné au pénal : il a fait l'objet d'une sanction qui n'était pas « la plus modérée possible » mais au contraire importante, sa qualité d'avocat ayant même été retenue pour justifier une plus grande sévérité.***

3. Conclusion

177. ***Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la condamnation du requérant pour complicité de diffamation s'analyse en une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression de l'intéressé, qui n'était donc pas « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 10 de la Convention.***

178. ***Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.***

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

(...)

2. Dit qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;

PROJET PUBLICATION RCJB

Arrêt Morice découpé avec sommaire et début note d'observations

Version 08.02.2017

3. *Dit*

a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les sommes suivantes :

i. 4 270 EUR (quatre mille deux cent soixante-dix euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage matériel ;

ii. 15 000 EUR (quinze mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;

iii. 14 400 EUR (quatorze mille quatre cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour frais et dépens ; b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus. (...) »

OPINION CONCORDANTE DU JUGE KÜRIS

(Traduction)

1. Mon désaccord avec la majorité porte sur deux questions, qui ne sont toutefois ni l'une ni l'autre suffisamment importantes pour jeter le doute sur la conclusion générale de violation des articles 6 § 1 et 10 de la Convention, à laquelle je souscris.

2. ...

3. Mon autre point de désaccord avec la majorité concerne le paragraphe 132 de l'arrêt. La Cour y répète sa déclaration, imprudemment employée entre autres dans l'arrêt de Grande Chambre *Kyprianou c. Chypre* (ainsi que dans quelques arrêts de chambre), à savoir que le « statut spécial » (ou « statut spécifique » au paragraphe 132) des avocats, « intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice » (*Kyprianou c. Chypre* [GC], no [73797/01](#), § 173, CEDH 2005-XIII).

Je ne saurais approuver une telle description. Il s'agit d'une question de principe. Les adjectifs « spécial » ou « spécifique » n'ont pas le sens de « central ». Un avocat représente toujours une partie et n'est par définition pas en mesure d'occuper « une position centrale dans l'administration de la justice ». Une partie n'est jamais « centrale », pas plus que son représentant ne peut être « central ». Ceux qui occupent « une position centrale dans l'administration de la justice » sont les juges (pour de bonnes raisons ou, comme c'est malheureusement parfois le cas, de mauvaises). Les « intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux » sont les porte-parole des tribunaux, les représentants de la presse ou – en tant que tels – les journalistes, mais en aucun cas les avocats, qui représentent les parties. Un avocat agit dans l'intérêt d'une partie, pour défendre un client par lequel, en règle générale, il est rémunéré. Un avocat doit tenir compte des intérêts de la partie qu'il représente même lorsqu'ils sont opposés à ceux des « justiciables », la société et l'État. Cela ne vise pas à nier ou diminuer l'importance de la fonction des avocats. Il est vrai que ceux-ci contribuent à la recherche de la justice et aident les tribunaux à exercer leur mission, mais ils peuvent aussi viser à entraver le cours de la justice pour défendre les intérêts de leurs clients, ce qu'ils font parfois. Cela dépend. Une partie représentée par un avocat peut se trouver dans le prétoire parce qu'elle demande justice mais il est probablement tout aussi fréquent que l'avocat représente une partie à qui l'on réclame justice.

Tout dictum est susceptible d'évoluer, dans une future affaire, pour devenir la ratio d'un jugement. Concernant ce dictum précis, je devrais probablement dire non pas qu'il est susceptible d'évoluer en ce sens, mais qu'il y a un danger qu'il le fasse. La répétition, dans un arrêt supplémentaire de la Grande Chambre de la Cour, du mantra consistant à dire que les avocats occupent ostensiblement « une position centrale dans l'administration de la justice » et sont les « intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux », surtout lorsque cette caractéristique n'est attribuée nulle part ailleurs dans la jurisprudence de la Cour à l'autre partie, à savoir l'accusation, déforme la situation. Quant à l'affaire à l'étude, elle aurait pu être tranchée, sans aucun inconvénient pour la conclusion de la Cour, sans recourir à cette répétition non critique.

NOTE D'OBSERVATIONS

Dans le prétoire, sur les marches du prétoire, hors du prétoire : la liberté d'expression de l'avocat

1. La liberté d'expression - Principes

2. « Avec la liberté d'aller et de venir et la liberté de conscience, la liberté d'expression est très certainement ressentie aujourd'hui, comme l'une des libertés les plus précieuses de l'homme »³, comme « un droit fondamental, en ce sens qu'il touche aux fondements mêmes de la Convention [européenne des Droits de l'Homme] »⁴.

Cette liberté est comprise comme la faculté que possède l'Homme de dire ce qu'il veut, comme il le veut et quand il le veut, sans subir la contrainte de quelque nature que ce soit⁵. « La liberté d'expression, c'est d'abord la liberté de penser, d'imaginer, de rêver, d'imaginer en dehors de toute concrétisation sous une forme particulière ou de toute communication avec autrui, notamment par la parole ou l'écrit », ajoute Stéphane Hoebeke dans un ouvrage de vulgarisation⁶.

Il faut ajouter que « la liberté d'expression est le fondement d'une société démocratique, marquée par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture. A de multiples reprises, la Cour [européenne des Droits de l'Homme] a rappelé l'importance cruciale de la liberté d'expression qui constitue l'une des conditions préalables au fonctionnement de la démocratie. Cette affirmation de la fonction sociale de la liberté d'expression constitue la philosophie de base de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10 [de la Convention européenne des droits de l'Homme]. Il en résulte, d'une part, que la liberté d'expression n'est pas seulement une garantie contre les ingérences de l'État (un droit subjectif) mais elle est aussi un principe fondamental objectif pour la vie en démocratie ; d'autre part, la liberté d'expression n'est pas une fin en soi mais un moyen pour l'établissement d'une société démocratique »⁷.

3 J. MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.1 ; L. JOSENDE, *La liberté d'expression et démocratie – Réflexion sur un paradoxe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.1 ; voyez aussi, pour une étude comparative de la liberté d'expression entre les droits allemand, américain, anglais, canadien et issus de la Convention européenne des droits de l'Homme, E. BARENDT, *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2^e éd., 2005.

4 F. TULKENS, « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions critiques et défis », *Rev. Trim. D.H.*, 2014/98, p. 340.

5 L. JOSENDE, *op. cit.*, p.3 ; voyez aussi P. WACHSMANN, V^o Liberté d'expression in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 628 à 633.

6 S. HOEBEKE, *La liberté d'expression : pour qui, pour quoi, jusqu'où ?* Anthemis, 2015, p. 9.

7 Cour Eur.D.H., arrêt *London, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007, n^{os} 21279/02 et 36448/02, pt. I de l'opinion partiellement dissidente des juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta ; voir aussi S. SMIS et autres, *Handboek Mensenrechten – De internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 267 ; P-F. DOCQUIR « Le Droit de réponse 2.0 ou la tentation d'un droit subjectif d'accès à la tribune médiatique », *Rev. dr. U.L.B.*, 2007/1, p. 289 ; F. TULKENS, « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme bilan, questions critiques et défis », *op. cit.*, p. 340 ; L. JOSENDE, *op. cit.*, 2010, p. 4 ; M. OETHEIMER, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Paris, Ed. A. PEDONE, 2001, p.60.

Dans l'optique de préserver cette société démocratique, et à contre-courant des combats⁸ qui ont dû être menés pour obtenir cette liberté, on constate que « *l'évolution rapide des moyens et des techniques de communication a conduit les États, y compris libéraux, à jouer à nouveau un rôle actif. Non seulement leur intervention n'a pas suscité d'opposition majeure mais elle a été parfois réclamée par les défenseurs de la liberté [d'expression]* »⁹.

Très vite, il est apparu que l'exercice illimité de la liberté d'expression pouvait constituer une menace importante pour l'usage des autres droits individuels, et notamment ceux relatifs à la protection de la liberté de pensée et de la vie privée¹⁰.

Le contrôle de l'usage abusif de la liberté d'expression par les autorités, comme tout contrôle, est exercé *a posteriori*, ce qui permet de contourner l'interdiction de la « *censure* ». Il est mis en œuvre principalement au travers de la saisie et de la responsabilité civile ou pénale.¹¹

On considérera, dans la présente contribution, le concept de liberté d'expression dans son sens le plus large, qui correspond à celui qui résulte de l'article 10, § 1, de la Convention européenne des Droits de l'Homme, repris tel quel à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Traité établissant une Constitution pour l'Europe, art. II-71) : « *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'étendue conférée au droit ici examiné est une constante dans les sociétés libérales, quels que soient d'ailleurs les termes utilisés pour le désigner : liberté d'expression, de la pensée, d'opinion, d'information, de communication, de la presse, des médias¹².

La liberté d'expression, telle que nous la connaissons, n'est donc pas un droit absolu, même si, par son rang de liberté fondatrice, le système démocratique prétend lui assurer une protection particulière¹³.

3. La Cour européenne des droits de l'homme a vu porter devant elle, à plusieurs reprises, des conflits concernant une atteinte à la liberté d'expression de l'avocat, sur la base d'une violation de

8 Pour de plus amples informations sur l'évolution de la liberté d'expression durant et depuis la Révolution française, voyez C. WALTON, *La liberté d'expression en Révolution – Les mœurs, l'honneur et la calomnie*, Rennes, Presse Universitaire de Rennes, 2014.

9 J. MORANGE, *op. cit.*, p.113 et s.; voyez aussi J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2003, pp. 85 et s.

10 L. JOSENDE, *op. cit.*, p. 5.

11 J. MORANGE, *op. cit.*, 2009, p.113 et s. ; voir aussi L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 114 et s. : « *Le contenu de l'article 10 fait peser à la charge des États non seulement une obligation d'abstention - ne pas entraver la liberté de recevoir et de communiquer des informations – mais également une obligation positive, i.e. en assurer la libre circulation* ».

12 P. WACHSMANN, « La liberté d'expression », Fasc. 30, V° Libertés, *JurisClasseur Civil Annexes*, 2008 ; voyez aussi J.-L. SAURON et autres, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2014, p.294 ; P. WACHSMANN, V° Liberté d'expression in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 628 à 633.

13 L. JOSENDE, *op. cit.*, p. 5.

l'article 10 de la Convention¹⁴ :

1. 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. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. 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.

4. En son paragraphe 1^{er}, cet article protège le droit à la liberté d'expression d'une manière assez étendue, tant du point de vue des titulaires de ce droit (*toute personne*) que du point de vue du champ d'application (*la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées*).

Dans son célèbre arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, la Cour a déclaré que « [la] liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi »¹⁵.

C'est en son paragraphe 2 que l'article 10 de la Convention prévoit, non seulement, des devoirs et responsabilités inhérents à l'exercice de ce droit, mais encore la possibilité de restreindre l'exercice de ce droit pour divers motifs d'intérêt général¹⁶.

« Ainsi la Convention fait-elle prévaloir le principe de la liberté sur les restrictions ; elle lui reconnaît néanmoins des limites et s'inscrit de ce fait dans le sillage direct de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme, auquel renvoie le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « 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

¹⁴ Cons. Th. Bontinck, "La liberté d'expression de l'avocat", *J.T.*, 2016, p.361.

¹⁵ Cour Eur.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside*, n° 5493/72, § 49. Voyez aussi les arrêts *Stoll*, du 10 décembre 2007, n° 69698/01 et *Animal Defenders international*, du 22 avril 2013, n°48876/08.

¹⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 116 et s.

cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». *Le juge français, lorsqu'il exerce un contrôle de conventionnalité, doit discerner l'usage de la liberté de ses abus. Eux seuls peuvent être sanctionnés. Le paragraphe 2 de l'article 10 lui confère un rôle central* »¹⁷.

La Cour renforce la protection de la liberté d'expression lorsque la parole s'exprime dans deux domaines : ceux du débat politique et des questions dites « *d'intérêt général* »¹⁸.

Certes, le concept « *d'intérêt général* » n'est pas nécessairement aisé à cerner¹⁹, mais il ne fait guère de doute qu'il comprend en tout cas le bon fonctionnement de la justice²⁰. Ce n'est que lorsque les informations publiées échappent au domaine public, parce qu'ils concernent la vie privée des acteurs de justice, qu'ils échappent à l'intérêt général. On relèvera ainsi, tout particulièrement, que l'arrêt *Leempoel et E.D. Ciné Revue* exclut du domaine de l'intérêt général la publication des notes et documents personnels qu'une juge avait utilisés dans le cadre de sa défense devant une Commission d'enquête parlementaire et qu'elle n'avait accepté de déposer que parce que la confidentialité lui en avait été garantie (elles étaient d'ailleurs couvertes par le secret professionnel, s'agissant de notes prises lors d'entretien avec son avocat)²¹.

La Cour admet aussi que le droit de critique est plus étendu lorsqu'il s'exerce à l'endroit de fonctionnaires ou magistrats dans l'exercice de leurs fonctions²², même si elle a une attention particulière pour le respect qui est dû aux tribunaux, en raison de la fonction essentielle qu'ils exercent au sein d'une société démocratique²³. Dans un litige qui est, par ailleurs, lié à la présente affaire puisqu'il concerne aussi le décès du juge Borrel, elle admettra ainsi que le journal *Libération* ait consacré un article aux dénonciations de sa veuve, qui mettait en cause « *la partialité dont auraient fait preuve les juges* » et affirmait que « *l'instruction du dossier (était) menée de manière rocambolesque* », en relevant que, pour graves que soient ces accusations, elles ne pouvaient être considérées comme des attaques personnelles virulentes dépourvues de toute base factuelle²⁴.

Dans plusieurs arrêts, pour apprécier si des propos dépassent les limites admises, la Cour opère

17 D. DE BELLESCIZE, « La France et l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2005/61, p. 227.

18 Voyez, par exemple, les arrêts *Goodwin*, du 27 mars 1996, n°17488/90 ; *Vellutini et Michel*, du 6 octobre 2011, n° 32820/09 ; *Sürek*, du 8 juillet 1999, n° 26682/95 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July*, 22 octobre 2007, n°21279/02 et 36448/02.

19 Voyez sur cette question F. LYN, « Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de Strasbourg », *Légipresse*, n°317, juin 2014 ; C. MICHALSKI, « Liberté d'expression et débat d'intérêt général », *AJ Pénal*, janvier 2013, p. 21 ; B. de LAMY, « Droit de la presse et informations d'intérêt général », *Légipresse*, n°323, janvier 2015, p. 17. P. DOURNEAU-JOSETTE considère d'ailleurs « *qu'une définition serait nécessairement réductrice* » (« La notion de « débat d'intérêt général » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Légipresse*, n°323, janvier 2015, p. 25).

20 En témoignent plusieurs arrêts prononcés par la Cour : *July et SARL Libération* du 14 février 2008, n°20893/03 (qui a également trait à l'affaire Borrel) ; *Roland Dumas* du 15 juillet 2010, n°34875/07 ; *Tourancheau et July* du 24 novembre 2005, n°53886/00 ; *Du Roy et Malaurie* du 3 octobre 2000, n°34000/96 ; ou encore *Mor* du 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p.73 ; et, tout récemment, *Bédat* du 29 mars 2016, n°56925/08.

21 Cour Eur. D. H., 9 novembre 2006, n°64772/01.

22 Cour Eur. D. H., 29 mars 2001, *Thoma.*, n°38432/97.

23 D'autant que le devoir de réserve auquel ils sont soumis interdit généralement aux magistrats de réagir (Cour Eur. D. H., 27 mai 2004, *Rizos et Daskas*, n°65545/01)

24 Cour Eur. D. H., 14 février 2008, *July et SARL Libération*, n°20893/03.

également une distinction entre déclarations de fait et jugements de valeur. Si la matérialité d'un fait peut se prouver, les jugements de valeur ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude. Dans ce dernier cas, l'obligation de preuve est donc impossible à remplir et elle porterait atteinte à la liberté d'opinion elle-même, qui est un élément fondamental du droit garanti par l'article 10²⁵.

Dans son arrêt *Paturel c. France*²⁶, elle ajoute que « pour distinguer une imputation de fait d'un jugement de valeur, il faut tenir compte des circonstances de l'espèce et de la tonalité générale des propos, étant entendu que des assertions sur des questions d'intérêt public peuvent constituer à ce titre des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait ». Il faut admettre, en effet, qu'il n'est pas si simple, non plus, de distinguer déclarations de faits et jugements de valeur²⁷, spécialement dans le domaine qui nous occupe.

C'est dans cette mesure qu'elle est naturellement amenée à accorder une protection particulière à la parole des avocats. « La Cour attache également une importance fondamentale à la liberté d'expression de l'avocat, que ce soit au sein du prétoire - son lieu « naturel » de travail - mais également au dehors - notamment dans les médias - chaque fois, à vrai dire, que les intérêts de son client ou, plus généralement, des justiciables le commandent »²⁸.

2. La liberté d'expression de l'avocat – L'immunité de plaidoirie

4. L'article 444 du Code judiciaire dispose que :

« Les avocats exercent librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité. Ils doivent s'abstenir d'avancer aucun fait grave contre l'honneur et la réputation des personnes à moins que la nécessité de la cause ne l'exige et sous la réserve des poursuites disciplinaires et de l'application de l'article 445, s'il y a lieu ».

Cet article 445 est libellé comme suit :

« Si un avocat, dans ses plaidoiries ou dans ses écrits, attaque méchamment la Monarchie, la Constitution, les lois du peuple belge ou les autorités établies, le tribunal ou la cour qui connaît de l'affaire pourrait faire dresser procès-verbal par le greffier et saisir de l'incident le conseil de l'Ordre dont relève l'intéressé. »

Ces articles du Code judiciaire consacrent la liberté de parole de l'avocat dans l'exercice de sa mission de défense et, corollairement un privilège fondamental, l'immunité de la plaidoirie ou de défense au profit des avocats²⁹.

²⁵ Cour Eur. D. H., 8 juillet 1986, *Lingens*, n°9815/82 ; Cour Eur. D. H., 23 mai 1991, *Oberschlick*, n°11662/85 ; Cour Eur. D. H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels*, n°19983/82 ; Cour Eur. D. H., 12 juillet 2001, *Feldek*, n°29032/95 ; Cour Eur. D. H., 11 avril 2006, *Brasilier*, n°71343/01.

²⁶ Cour Eur. D. H., 22 décembre 2005, *Paturel*, n°54968/00.

²⁷ Voyez, à cet égard, Cour Eur. D. H., 30 janvier 2014, *Lesquen du Plessis Casso*, n°34400/10 et, tout particulièrement, l'opinion dissidente de Madame Power-Forde.

²⁸ F. KRENC, « Quels défis pour l'avocat dans l'Europe des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2015/101, p. 41.

²⁹ Ces droits sont exclusivement conférés aux avocats, et non aux éventuels autres mandataires des justiciables

Défenseur des libertés, l'avocat doit, pour exercer sa mission, bénéficier d'une liberté d'expression des plus étendues.

Ces prérogatives sont anciennes. On les retrouve déjà – mais sous un régime de soumission inadéquate au pouvoir judiciaire - dans les textes fondateurs des barreaux, lorsque Napoléon décide de rétablir en 1810 les tableaux d'avocats (abolis lors de la Révolution française) et organise l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau :

« Les avocats exerceront librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité (...) leur défendons de se livrer à des injures et personnalités offensantes envers les parties ou leurs défenseurs, d'avancer aucun fait grave contre l'honneur et la réputation des parties, à moins que la nécessité de la cause ne l'exige et qu'ils n'en aient charge expresse et par écrit de leurs clients ou des avoués de leurs clients : le tout à peine d'être poursuivis ainsi qu'il est dit dans l'article 371 du code pénal.

Leur enjoignons pareillement de ne jamais s'écarter, soit dans leurs discours, soit dans leurs écrits, ou de toute autre manière quelconque, du respect dû à la justice ; comme aussi de ne point manquer aux justes égards qu'ils doivent à chacun des magistrats devant lesquels ils exercent leur ministère. Si un avocat, dans ses plaidoiries ou dans ses écrits, se permettait d'attaquer les principes de la monarchie et les constitutions de l'empire, les lois et les autorités établies, le tribunal saisi de l'affaire prononcera sur le champ, sur les conclusions du ministère public, l'une des peines portées par l'article 25 ci-dessus, sans préjudice des poursuites extraordinaires s'il y a lieu »³⁰.

5. L'immunité de la plaidoirie est l'expression visible, ou encore la consécration de la liberté totale de défense et d'expression dont bénéficie tout avocat.

Cette liberté est indispensable à l'exercice même de la justice. L'indépendance du barreau et de ses avocats est une condition essentielle du fonctionnement normal des institutions judiciaires³¹.

L'avocat doit pouvoir soumettre au juge tout ce qui est dans l'intérêt de son client. Bien plus, il doit pouvoir défendre jusqu'au bout celui qui lui a confié une mission de défense au risque même de gêner par ses propos³². L'avocat doit être en mesure d'avancer tous les éléments utiles à la défense, que ce soit en fait ou en droit, qu'il s'agisse de circonstances atténuantes, d'arguments économiques, de considérations philosophiques ou politiques, que les propos soient agréables ou

lorsqu'ils sont autorisés à les représenter devant les prétoires (parents ou alliés, porteurs de procuration, délégués syndicaux,...) ou aux tiers intervenant devant les tribunaux (témoins, experts, interprètes, ...). F. GLANSBORFF défend aussi l'idée que « même si l'avocat est immunisé, la partie elle-même est responsable, en tout cas au civil, des propos injurieux tenus par les conclusions qui sont déposées en son nom » (F. GLANSBORFF, « Immunité de la plaidoirie et responsabilité du client », note sous Liège, 17 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 467).

³⁰ Articles 37 à 39 décret du 14 décembre 1810 contenant règlement sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau. Pour un historique de cette question, voyez P. HENRY et J. HENRY, « Je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le gouvernement », in *Deux siècles de liberté*, Barreau de Liège, 2011, p. 87.

³¹ Ch. VAN REEPINGHEN, « Rapport sur la réforme judiciaire », *Pasin.*, 1967, p.383 ; Bruxelles, 8 novembre 1995, *J.T.*, 1996, p.326.

³² A. HODEBAR, « La réaffirmation du principe de la liberté de défense », note sous Paris, 1^{ère} ch. F, 27 janvier 1999, *D.S.*, 2000, jurisprudence – commentaires, p.102.

non à entendre, qu'ils soient dérangeants ou même dangereux pour l'ordre public, par exemple dans le cadre d'une stratégie de défense de rupture³³.

L'avocat est là justement pour proférer ces propos quand il l'estime utile et en toute indépendance. Cette liberté de parole est une prérogative à ce point fondamentale de la profession qu'elle touche aux droits de la défense et, par là, constitue un principe général de droit.

L'immunité de défense doit bénéficier à l'avocat qui plaide devant l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire, tant au civil qu'au pénal, le Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle, les juridictions militaires et les conseils de discipline³⁴.

Nous pensons que cette immunité joue également devant une juridiction arbitrale tant interne qu'internationale³⁵, dès lors que l'article 445 lui-même vise « *le tribunal* » sans davantage de précisions. Cet article a une portée extrêmement large et doit pouvoir être invoqué devant toutes les juridictions soumises au respect des droits de la défense et au principe du contradictoire³⁶.

Le Code judiciaire permet au tribunal arbitral de trancher les litiges (définitivement ou avant dire droit) survenus (ou qui pourraient survenir) entre les parties lorsque celles-ci ont décidé par convention d'arbitrage de les lui soumettre (articles 1681 et 1713 C. Jud.) de se prononcer sur sa propre compétence (articles 1690 C. Jud.) et de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à la demande d'une partie (articles 1691 C. Jud.).

L'article 1699 du Code judiciaire impose que « ... *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire. Le tribunal arbitral veille au respect de cette exigence ainsi qu'au respect de la loyauté des débats* ».

Le tribunal arbitral possède, outre la dénomination de « *tribunal* », des pouvoirs comparables à un tribunal de l'ordre judiciaire et surtout les mêmes obligations concernant l'exigence de respect du contradictoire et de la loyauté des débats.

On ajoutera que, par la convention d'arbitrage prévue à l'article 1681 du Code judiciaire, le législateur a permis aux parties d'échapper aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et de porter leur litige devant un arbitre. De plus, afin d'assurer l'exécution de la sentence arbitrale, le législateur a aussi prévu à l'article 1719 du Code judiciaire la possibilité de revêtir la sentence de la

³³ J. FIERENS, « « Couvrez-vous et plaidez » : La liberté d'expression des avocats », in *Six figures de la liberté d'expression*, Anthemis, 2015, p. 167

³⁴ En ce sens : N. GHISLAIN, « Oui à une immunité de plaidoirie, non à une immunité de l'avocat ! », *Jour. Jur.*, 2002, liv. 13, p.2 ; G. de LEVAL, F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire – Tome I, Les institutions judiciaires : organisation et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 292, n° 453 ; J. STEVENS, *Advocatuur. Regels & deontologie*, Antwerpen, Kluwer, 2015, p.632.

³⁵ *Contra* J. STEVENS, *op. cit.*, p.632 qui justifie sa position en raison du fait que l'arbitre n'exerce aucun pouvoir judiciaire.

³⁶ Comp. en France, T.G.I., Paris 15 janvier 2001, *Rev. Arb.*, 2001, 183, *J.C.P.*, 2002, II, 10002 et note B. FILLION-DUFOULEUR, et 9 mai 2001, *Rev. Arb.*, 2001, 612. Sur ce sujet, voyez P. PIC, « La liberté de parole de l'avocat dans la procédure arbitrale (à propos de deux jugements des 15 janvier et 9 mai 2001) », *Gaz. Pal.*, mai-juin 2002, p.929.

formule exécutoire.

6. L'immunité de plaidoirie est un droit fondamental de l'avocat conçu dans le seul intérêt du justiciable. Elle est le garant indispensable de la manifestation éclairée de la vérité judiciaire, de l'indépendance de l'avocat et du respect de la présomption d'innocence. La justice ne peut être raisonnablement rendue sans que cette liberté d'expression soit totale et effective.

L'avocat doit pouvoir dire et écrire sans restriction ce qu'en conscience il juge nécessaire de divulguer pour l'accomplissement de la tâche qui lui a été confiée par son client³⁷.

Pour assurer la défense de son client, l'avocat doit parfois révéler des faits ou tenir des propos qui, en droit commun, justifieraient des poursuites pénales³⁸.

Dès lors, « *les discours prononcés ou les écrits produits par l'avocat devant les tribunaux échappent aux sanctions que la loi attache aux atteintes à l'honneur et à la considération des personnes* »³⁹.

L'article 444 du Code judiciaire précise d'ailleurs expressément, en visant une hypothèse toutefois particulièrement délicate puisqu'elle permet une dérogation à la protection de la vie privée, que les avocats peuvent avancer des faits graves « *contre l'honneur et la réputation des personnes lorsque la nécessité de la cause l'exige* ».

Doivent ainsi être tolérées toutes les critiques énoncées en termes d'argument⁴⁰.

Il a ainsi été jugé que les propos d'un avocat tels que « *... je ne vous écoute même pas, je ne peux pas rester ici à plaider devant une justice colonialiste...* » ne peuvent pas s'interpréter comme une attaque spécifiquement dirigée contre les membres d'une chambre d'accusation dans l'intention de les outrager mais comme une critique d'ordre général du fonctionnement de la justice, participant, en tant que telle, de l'exercice des droits de la défense et de la liberté de parole qui en est l'expression⁴¹.

Les termes blessants, voire insultants, en lesquels une des parties est qualifiée en conclusions par la partie adverse, ne peuvent, comme tels, donner lieu à des dommages et intérêts, leur expression relevant de l'exercice des droits de la défense⁴².

³⁷ A. BRAUN et Fr. MOREAU, *La profession d'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p.90, n°331 ; ces auteurs se réfèrent, par analogie, à ce que la Cour de cassation a décidé à propos du ministère public.

³⁸ G. de LEVAL, *Institutions judiciaires*, Liège, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, p.451, n°360.

³⁹ P. LAMBERT, « L'aspect déontologique et disciplinaire de la responsabilité civile de l'avocat », in *La responsabilité des avocats*, sous la dir. de E. JAKHIAN, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1992, p.30.

⁴⁰ C. LECLERCQ, *Devoirs et prérogatives de l'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.189.

⁴¹ Paris, 27 janvier 1999, *D.S.*, Jurisprudence, 1999, p.101 et note A. HODEBAR. Notre Cour de cassation n'a cependant pas admis si facilement les attaques contre les magistrats du parquet ou du siège. Voyez Cass., 24 mars 1873, *Pas.*, I, 153 (à propos d'un membre du ministère public) et 25 septembre 1950, *Pas.*, 1951, I, 22 (ces deux arrêts ont reproduits partiellement dans la *J.L.M.B.*, 2011, p. 1377 et 1381).

⁴² Bruxelles, 8 novembre 1995, *J.T.*, 1996, p.326. ; voyez déjà Corr. Bruxelles, 11 décembre 1852, *B.J.*, 1853, p. 1048,

Cette liberté d'expression de l'avocat est garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'une restriction à la liberté d'expression de l'avocat de la défense, même au moyen d'une sanction pénale légère, peut passer pour nécessaire dans une société démocratique. L'infliction d'une peine à un avocat suite à ses excès de langage emporte un « *effet dissuasif* », non seulement pour l'avocat concerné, mais aussi pour la profession dans son ensemble, ce qui est un facteur important à prendre en compte pour ménager un juste équilibre entre les tribunaux et les avocats dans le cadre d'une bonne administration de la justice. Dans l'affaire *Kyprianou c. Grèce*, la Cour considère ainsi que la condamnation d'un avocat à cinq jours d'emprisonnement, appliqués immédiatement, pour avoir tenu des commentaires qui, bien que discourtois portaient uniquement sur la manière dont les juges conduisaient l'instance, concernant en particulier le contre-interrogatoire d'un témoin que cet avocat était en train de mener dans le cadre de la défense de son client contre une accusation de meurtre (il s'était plaint d'être interrompu alors qu'il interrogeait le témoin puis avait accusé la cour de s'échanger, pendant cet interrogatoire, des *ravassakias*, terme qui peut être traduit aussi bien par « petits mots » que par « billets doux »), ne ménage pas un juste équilibre entre la nécessité de garantir l'autorité du pouvoir judiciaire et celle de protéger la liberté d'expression de l'avocat, compte tenu de la gravité de la peine et de son effet dissuasif sur les avocats dans les situations où il s'agit pour eux de défendre leurs clients⁴³.

Par contre, attaquer méchamment non pas le comportement d'un magistrat mais sa personne peut être sanctionné au disciplinaire⁴⁴.

Ces principes sont régulièrement rappelés par la Haute juridiction de Strasbourg lorsque l'avocat intervient dans les prétoires :

- Par un arrêt du 28 juin 2012, *Radobhuljac c. Croatie*, elle décide que la condamnation pour outrage à magistrat prononcée contre un avocat qui, face à une décision qui suspendait une procédure pendant trois mois en raison de son absence à une audience, avait, dans sa requête d'appel, d'une part, justifié son absence à l'audience et, d'autre part, formulé diverses critiques contre le juge en qualifiant ses agissements d' « *inacceptables* » et en affirmant que les audiences précédentes avaient été « *dénuées de substance* », viole l'article 10 de la Convention⁴⁵ ;
- Par un arrêt du 21 mars 2002, *Nikula c. Finlande*, elle pose que la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention ne peut être limitée que lorsqu'il s'agit de mesures nécessaires dans une société démocratique. En l'espèce, une avocate avait déposé un mémoire intitulé « *Manipulation et présentation illégales de preuves* » dans lequel elle critiquait les décisions du procureur, d'une part, d'avoir inculqué un témoin, empêchant

J.L.M.B., 2011, p. 1375.

⁴³ Cour Eur. D. H. (Grande chambre), 15 décembre 2005, *Kyprianou*, *J.L.M.B.*, 2006, p.1572 et obs. L. MISSON et L. KAENS, « Quelle liberté d'expression pour les avocats ? ».

⁴⁴ Voyez Cass. Fr., 4 mai 2012, *Sem. Jur.*, éd. G, n° 20-21, 21 mai 2012, p.989 et note G. DEHARO n°26, 25 juin 2012, p.1257 et note M. ATTAL. Sur cette question en général, voyez Th. FOURREY et A. GUEDJ, « De la délicatesse entre avocat et parquetier ... », note sous Lyon, 18 avril 2013, *J.C.P.*, 8 juillet 2013, n°28/801, 1.B.

⁴⁵ Cour. Eur. D. H., 28 juin 2012, *Radobhuljac*, n° 51000/11.

ainsi son client de l'interroger et, d'autre part, de ne pas en avoir inculpé un autre, ce qui lui avait permis de témoigner contre ce même client. Elle avait été condamnée à une amende et à indemniser le procureur pour préjudice moral. La Cour suprême de Finlande avait annulé la sanction pénale, estimant que l'infraction était mineure mais maintenu la condamnation civile. La Cour considère que, pour modérée qu'elle soit, cette sanction excède le rapport de proportion qui doit être respecté entre la liberté d'expression de l'avocat assurant la défense de son client et le but légitime d'assurer le respect dû aux institutions judiciaires⁴⁶ ;

- Par un arrêt du 28 octobre 2003, *Steur c. Pays-Bas*, elle ajoute que certaines formes de critiques du comportement de fonctionnaires publics doivent être acceptées au titre de la liberté d'expression d'un avocat, compte tenu des missions spécifiques de sa profession, à tout le moins dans les murs d'une salle d'audience. Dans les circonstances de la cause, les critiques émises par un avocat sur les pratiques d'interrogation appliquées par un agent de police sur le client de celui-ci, afin d'obtenir des preuves contre lui, ne peuvent donner lieu ni à une sanction disciplinaire, ni à une condamnation (même sans peine)⁴⁷.

L'arrêt prononcé dans l'affaire *Roland Dumas c. France*, le 15 juillet 2010⁴⁸ peut être rapproché de ces espèces. Roland Dumas n'y comparaisait pas pour des propos qu'il avait tenus à la barre en tant qu'avocat mais en tant que prévenu. Il avait, au cours du procès dirigé contre lui (pour abus de biens sociaux) critiqué le procureur qui requérait contre lui en des termes particulièrement violents (« *vous auriez pu siéger dans les sections spéciales* » sous l'occupation), s'était excusé lors de la reprise des débats après une interruption d'audience mais les avait ensuite reproduits dans un ouvrage dans lequel il relatait son procès (*L'épreuve, les preuves*). La Cour considère que la condamnation prononcée contre lui pour diffamation, au prétexte qu'il n'avait pas rapporté la preuve de l'accusation qu'il portait, viole l'article 10. Relevant que Roland Dumas n'avait pas été poursuivi à l'époque de l'incident d'audience, elle considère qu'il est difficile de comprendre comment les termes utilisés ont pu être considérés comme constitutifs d'une « *diffamation, car portant sur un fait précis et déterminé, plutôt qu'à une injure ou à l'expression d'une opinion* » et qu'il « *n'a fait qu'user dans son livre de sa liberté de relater en tant qu'ancien prévenu le récit de son propre procès. Certes, il ne se trouvait pas dans la même position qu'un avocat de la défense, qui jouit d'une grande latitude, au nom de l'égalité des armes, pour formuler des critiques à l'égard d'un procureur* » mais elle tient compte de tous les paramètres du dossier pour estimer que les mots prononcés, dans un contexte d'énervernement manifeste, ne peuvent suffire à justifier la condamnation.

En revanche, par un arrêt du 24 février 2015, *Fuchs c. Allemagne*, la Cour a déclaré irrecevable le recours introduit par un avocat allemand contre les sanctions pénales et disciplinaires qui lui avaient

⁴⁶ Cour Eur. D. H., 21 mars 2002, *Nikula, R.G.D.C.*, 2002, p.443. Il est remarquable que, dans cet arrêt, la Cour se réfère, notamment, aux Principes de base relatifs au rôle du barreau, adopté à La Havane le 17 septembre 1990 par le huitième Congrès des Nations-Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, particulièrement à son paragraphe 20 « (Les avocats) *doivent bénéficier de l'immunité civile et pénale pour toute déclaration pertinente faite de bonne foi dans des plaidoiries écrites ou orales ou lors de leur comparution es qualités devant un tribunal ou une autre autorité juridique ou administrative* ».

⁴⁷ Cour Eur. D. H., 28 octobre 2003, *Steur, P&B/R.D.J.P.*, 2004, p.10 et obs. D. LINDEMANS, « *De vrijheid van meningsuiting van de advocaat en art. 444 Ger. W.* ».

⁴⁸ Cour Eur. D. H., 15 juillet 2010, *Roland Dumas*, n°37875/07.

été imposées en raison de propos diffamatoires qu'il avait tenus à l'égard d'un expert privé, mandaté par le Ministère public. La Cour relève que l'avocat ne visait pas à critiquer objectivement le travail de l'expert dans l'affaire de son client mais à le déprécier de manière générale et à décréter que ses conclusions étaient inutilisables. L'avocat accusait l'expert d'avoir manipulé les dossiers pour obtenir le résultat recherché par le Parquet, déclarant notamment que l'expert avait un « *intérêt personnel à obtenir des résultats concluants, et peu importe si les conclusions sont correctes ou non* »⁴⁹.

L'arrêt *Bono c. France* du 15 décembre 2015 est particulièrement intéressant dans la mesure où il a été prononcé dans une espèce exemplaire. Maître Bono défendait devant les juridictions pénales parisiennes un prévenu suspecté de terrorisme. Parmi les éléments produits par l'accusation figuraient des aveux obtenus sous la torture en Syrie. Les aveux avaient été écartés par le jugement du tribunal, qui avait néanmoins condamné le prévenu à une peine de neuf ans d'emprisonnement. Devant la cour, Maître Bono déposa des conclusions réaffirmant la complicité des magistrats français dans l'utilisation de la torture. Sur plainte du procureur général, il fut renvoyé de toutes poursuites par le Conseil de l'Ordre, lequel retint que les propos ne constituaient pas des attaques personnelles contre les magistrats. Mais en degré d'appel, la cour considéra que les propos incriminés mettaient personnellement en cause les magistrats instructeurs, sans nécessité puisque les aveux étaient déjà écartés. Un blâme lui fut infligé. La Cour de cassation rejeta le pourvoi.

La Cour de Strasbourg accueille le recours de Maître Bono. Elle retient que les propos litigieux ne visaient pas nommément les magistrats mais portaient sur la manière dont ils avaient mené l'instruction. Les accusations n'étaient pas sorties du prétoire. Elles reposaient sur des bases factuelles et elles participaient à la mission de défense. La Cour estime donc que la sanction disciplinaire n'était pas proportionnée d'autant que les juges du fond avaient déjà adressé un rappel à l'ordre à Maître Bono, qui devait être considéré comme suffisant⁵⁰.

La Cour suivra sa ligne dans une affaire *Rodriguez Ravelo c. Espagne*⁵¹. Elle relève certes que Maître Rodriguez Ravelo avait imputé au juge des conduites blâmables et même contraires à ses devoirs – sans les justifier ni les prouver –, telles que « *décider volontairement de fausser la réalité* », ne pas « *hésiter à mentir* », émettre un « *rapport mensonger (...) dans lequel figurent des indications fausses et malintentionnées* », mais estime que, « *bien que graves et discourtoises, les expressions employées par l'intéressé n'avaient pas été présentées dans le prétoire proprement dit,*

⁴⁹ Cour Eur. D. H., 24 février 2015, *Fuchs*, req. n°29222/11 et 64345/11. Jacques Fierens commente brièvement cet arrêt dans sa contribution (J. FIERENS, « « Couvrez-vous et plaidez » : La liberté d'expression des avocats », in *Six figures de la liberté d'expression*, Anthemis, 2015, p. 177). Dans le même sens, voyez Comm. Eur. D. H., 14 janvier 1998, *Mahler*, rép. n°29045/95 : l'avocat en cause avait accusé le procureur d'avoir rédigé son accusation « *en état de complète intoxication* » (cette décision se réfère à trois autres : *Meister*, du 10 avril 1997, rép. n° 30549/96 – « *l'affaire a manifestement été instruite par des idiots hautement irritables auxquels le pouvoir était monté à la tête* » ; *Bossi*, du 15 avril 1997, n°30339/96 – « *si le manque de rigueur morale du juge R. est plus ou moins flagrant en comparaison de son incompétence pour agir en tant que juge* » ; *Rafti*, du 30 juin 1997, n°26602/94 – dont nous n'avons pu retrouver le texte). Voyez aussi Liège, 17 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 202, et obs. F. GLANSDORFF, « Immunité de la plaidoirie et responsabilité du client », p. 466, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1376 : cet arrêt reproche à une partie « *la formulation, dans des écrits de procédure, d'insinuations déplacées et ne poursuivant d'autre but que l'instauration d'une ambiance délétère sans crainte du discrédit ainsi porté fautivement sur l'adversaire* ».

⁵⁰ Cour Eur. D. H., 15 décembre 2015, *Bono*, n°29024/11.

⁵¹ Cour Eur. D. H., 12 janvier 2016, *Rodriguez Ravelo*, *J.L.M.B.*, 2016, p. 196.

et portaient principalement sur la manière dont le juge concerné conduisait l'instance dans le cadre d'une procédure purement civile ». Relevant que les expressions utilisées n'ont fait l'objet d'aucune publicité, elle estime que le prononcé d'une sanction pénale (comprenant de l'emprisonnement subsidiaire) était en l'occurrence disproportionné, d'autant que des sanctions d'autre nature, notamment celles prévues par le droit disciplinaire, auraient pu être envisagées.

7. La liberté dans l'exercice de la mission de l'avocat doit lui être garantie tant lorsque l'avocat plaide que lorsqu'il conclut.

Cette plénitude découle :

- de l'article 445 du Code judiciaire qui, encadrant la liberté de défense (l'avocat ne peut attaquer « *méchamment la Monarchie, la Constitution, les lois du peuple belge ou les autorités établies* »), vise expressément les plaidoiries⁵² ou les écrits⁵³ ;
- de l'article 452 (cf. infra n°9) du Code pénal, qui, traitant des poursuites répressives, vise, de même, tant les discours que les écrits ;
- des travaux préparatoires du Code judiciaire, aux termes desquels l'immunité de la plaidoirie couvre tant les discours prononcés que les écrits produits devant les cours et tribunaux⁵⁴.

L'immunité ne joue dès lors traditionnellement en principe pas pour les propos ou les écrits produits hors prétoire, ce « *lieu sacré de contradiction absolue* »⁵⁵. Et l'on songe particulièrement aux interventions de l'avocat dans les médias⁵⁶, ou à ses prises de parole devant un bureau d'assistance judiciaire, lors de conférences, de débats publics ou lors de cours. Dans tous ces cénacles, l'avocat ne bénéficie en règle d'aucune protection particulière⁵⁷. Il est tenu aux devoirs du secret

⁵² Qu'il s'agisse des plaidoiries elles-mêmes, des répliques, des interventions, des phrases ou des mots prononcés, ou même des gestes du plaideur...

⁵³ Il s'agit des écrits imprimés, manuscrits, signés ou non qu'ils émanent des parties ou de leurs avocats et qui sont relatifs à leur profession, produits à l'occasion d'une affaire déterminée (rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. HERMANS, *Pasin.*, 1967, p.939 ; F. ROGGEN, « Les limites juridiques à la liberté d'expression », in *Liber amicorum José VANDERVEEREN*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.103 et svtes ; *R.P.D.B.*, V° diffamation, calomnie, divulgation méchante, complément Tome III, n°104 et svtes, p.740.): citation, requête, conclusions, notes de plaidoirie, pièces, diapositives de power point... Il n'est donc pas question ici d'écrits qui n'ont aucun rapport avec une affaire en instance devant un tribunal (J. STEVENS, *op. cit.*, p.633).

⁵⁴ Voyez à ce sujet le « *Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre des représentants* », par M. HERMANS, *Pasin.*, 1967, p.939. Rappelons cependant que la communication de ces écrits à la presse ou à des tiers leur fait perdre le bénéfice de la protection (B. VANHAM, « La plaidoirie libre dans le prétoire », in *La parole de l'avocat*, Anthemis, 2010, p. 13).

⁵⁵ P. MARTENS, « Conclusions », in *La parole de l'avocat, de la liberté d'expression au devoir d'indignation*, Anthemis, 2010, p.141.

⁵⁶ Cons. P. LEGROS, « Le procès et la cause, à propos de la liberté d'expression des avocats dans le prétoire et en-dehors de celui-ci », *A&M*, 2002, p.477 ; F. JONGEN, « La liberté d'expression hors du prétoire », in *La parole de l'avocat, de la liberté d'expression au devoir d'indignation*, Anthemis, 2010, p.33.

⁵⁷ Des propos tenus par un avocat devant les journalistes hors de l'enceinte de la salle d'audience proprement dite et hors du contrôle du président ne sauraient à l'évidence être considérés comme des discours prononcés devant les tribunaux et ne peuvent donc bénéficier de l'immunité légale (T.G.I. Paris, 14 juin 1999, *D.S.*, 1999, commentaires, p.566).

professionnel, de discrétion ou de dignité. L'avocat y assure la responsabilité de ses paroles et de ses écrits comme tout un chacun, selon le droit commun, sachant qu'il peut être l'objet de poursuites pénales, civiles ou disciplinaires.

Dans l'affaire qui fait l'objet du présent arrêt, la Cour de cassation de France a d'ailleurs rappelé ce principe. Tant dans son arrêt du 10 novembre 2009, qui précède la décision annotée, que dans son arrêt du 16 décembre 2016, qui la suit, la Cour a considéré, rejetant ainsi par deux fois le premier moyen qui lui était soumis, qu'une lettre adressée au garde des sceaux dans le but d'obtenir l'ouverture d'une enquête de l'Inspection générale des services judiciaires sur les dysfonctionnements imputés aux deux juges d'instruction initialement chargés de l'information ne pouvait être assimilée à un acte de saisine du Conseil supérieur de la magistrature, et donc à un acte de procédure bénéficiant de l'immunité.

Elle a ajouté qu'il en était d'autant plus ainsi que cette lettre avait été rendue publique par sa reproduction partielle dans le journal *Le Monde*⁵⁸.

Contenir l'immunité de la plaidoirie de l'avocat dans le prétoire nous paraît fondé. C'est sans doute le seul lieu où peut se manifester ce qu'il est convenu d'appeler la « *vérité judiciaire* », avec toutes les garanties adéquates qu'on ne retrouve pas habituellement dans les autres cénacles : le contradictoire, l'égalité des armes, le procès équitable, la loyauté, l'absence d'effet de surprise, l'existence de recours,...

8. Le contrôle de la liberté de la défense appartenait de 1810 à 1967 aux juges de l'Ordre judiciaire. Ceux-ci disposaient du pouvoir de sanctionner l'avocat qui avait violé l'article 444 du Code judiciaire⁵⁹.

En Belgique, il n'en va plus ainsi aujourd'hui, du moins sur le plan disciplinaire.

Le contrôle de l'immunité appartient désormais aux autorités disciplinaires du barreau^{60 61}. Le

⁵⁸ Dans le même sens, Cass. Fr., 11 juin 1979, *Bull. Crim.*, n°203 (à propos d'un courrier adressé à un expert judiciaire désigné dans le cadre d'une affaire civile et qui, non annexé au rapport, n'avait pas été soumis à un juge) ; Cass. Fr., 14 février 1968, *Bull. Crim.*, n°50 (à propos d'une sommation interpellative) ; Cass. Fr., 26 mars 2008, *Bull. Crim.*, n°79 (à propos de la publication sur le site internet d'une association de la plainte avec constitution de partie civile qu'elle avait déposée contre une société et son directeur général pour corruption et trafic d'influences) ; Cass. Fr., 3 décembre 2002, *Bull. Crim.*, n°217 (à propos d'une avocate qui avait diffusé un communiqué de presse attaquant violemment la police nationale dans le cadre des poursuites dirigées contre ses clients, poursuivis pour fait de terrorisme – cette condamnation a fait l'objet de l'arrêt *Coutant* de la Cour européenne des droits de l'homme, que nous examinons ci-après, n°16).

⁵⁹ Pour quelques exemples d'application de ce pouvoir, voyez J. FIERENS, « « Couvrez-vous et plaidez » : La liberté d'expression des avocats », in *Six figures de la liberté d'expression*, Anthemis, 2015, p. 178 ; B. VANHAM, « La plaidoirie libre dans le prétoire », in *La parole de l'avocat*, Anthemis, 2010, p. 13 ; Cass., 8 novembre 1852, *Pas.*, I, 130, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1373 (cet arrêt précise que le tribunal ne peut réprimer une infraction à la discipline, en l'occurrence des propos calomnieux, que pour autant qu'il s'en empare toutes affaires cessantes, en suspendant l'examen de la cause au cours de laquelle ils ont été proférés. Une fois dessaisi de la cause principale, le juge est également dessaisi de l'incident).

⁶⁰ P. LAMBERT, *op. cit.*, p.313 ; C. LECLERCQ, *op. cit.*, p.187 ; Ch. VAN REEPINGHEN, "Rapport sur la réforme judiciaire", *Pasin.*, 1967, p.383 ; P. HENRY et J. HENRY, « Je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat qui

bâtonnier et les conseils de discipline vérifient chaque fois que les devoirs de la profession ont été respectés (dignité, délicatesse, respect dû aux tribunaux et aux autorités, modération, confraternité,...).

Comme l'écrivait le Commissaire royal à la Réforme judiciaire, Ch. Van Reepinghen, « *il est donc logique qu'une censure ne soit pas exercée par le juge en raison et lors de l'activité professionnelle des membres du barreau. Si des fautes sont commises par ceux-ci, c'est aux autorités disciplinaires d'en apprécier l'existence ou la gravité dans les formes et selon les recours que le projet organise* »⁶².

La liberté d'expression de l'avocat peut en effet être soumise à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi. Elle comprend la liberté de communiquer des informations ou des idées et comporte des devoirs et des responsabilités. Une restriction peut être imposée à condition qu'elle soit prévue par une loi, énoncée de façon précise et accessible aux personnes concernées.

L'article 455 du Code judiciaire dispose que le conseil de l'Ordre est chargé de sauvegarder l'honneur de l'Ordre des avocats et de maintenir les principes de dignité, de probité et de délicatesse qui font la base de leur profession et doivent garantir un exercice adéquat de la profession. Cette disposition et l'interprétation qui en a été donnée par les instances disciplinaires et judiciaire, est suffisamment précise et accessible pour permettre à tout avocat de prévoir les conséquences juridiques de ses actes⁶³.

Le juge ne peut que constater l'incident, dresser procès-verbal et le transmettre aux autorités ordinaires. En cas d'excès, le juge peut cependant faire état de ce qu'il tient la police d'audience. Cette police d'audience appartient au tribunal et non au parquet. Elle s'impose aussi à l'avocat. En fonction de cette prérogative, le juge peut, en vertu des articles 760 et 761 du code judiciaire, donner un avertissement, expulser ou faire arrêter pendant 24 heures au plus tout personne qui, par son attitude, serait à l'origine du trouble.

Ainsi, en novembre 1975, le tribunal correctionnel de Charleroi a procédé à l'arrestation d'une prévenue et d'un avocat présent à l'audience et qui, sans être le conseil de la prévenue, avait formulé des observations et jeté sa toge en l'air⁶⁴.

9. Au pénal⁶⁵, les avocats ne répondent devant les tribunaux de leur immunité de plaidoirie que dans

s'en sert contre le gouvernement », in *Deux siècles de liberté*, Barreau de Liège, 2011, p. 87.

⁶¹ Le Conseil d'État français a adopté une solution inattendue en jugeant qu'une personne bénéficiant de l'immunité pour des propos tenus ou des écrits devant les tribunaux ne peut faire l'objet de poursuites disciplinaires devant son Ordre professionnel (C.E. de France, 22 mai 2015, n°370429, cité in Fl. G'sell, *Avocats, Sem. Jur.*, éd. G, n°41, 5 octobre 2015, p.1830, n°10).

⁶² Rapport sur la réforme judiciaire, p.292, cité par Bruxelles, 2^e ch., 8 novembre 1995, *J.T.*, 1996, p.326.

⁶³ Cass., 26 février 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p.1420.

⁶⁴ A. BRAUN, F. MOREAU, *La profession d'avocat*, Bruylant, 1985, p.90, n°338, se référant à P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé, tome préliminaire, Introduction générale*, vol. II, note 1, sub. n°934, p.641.

⁶⁵ Bien sûr, ils peuvent également être assignés en dommages et intérêts devant les juridictions civiles, sur la base de l'article 1382 du Code civil.

le cadre strict de l'article 452 du Code pénal libellé comme suit :

« Ne donneront lieu à aucune poursuite répressive⁶⁶ les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux, lorsque ces discours ou ces écrits sont relatifs à la cause ou aux parties. Les imputations calomnieuses, injurieuses ou diffamatoires étrangères à la cause ou aux parties pourront donner lieu soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties ou des tiers ».

Seules des imputations étrangères à une cause ou à des parties en litige peuvent donc être soumises aux juridictions. Le juge du fond apprécie souverainement en fait si des propos tenus au cours d'une instance judiciaire sont relatifs à la cause ou aux parties⁶⁷.

L'impunité organisée par l'article 452 du Code pénal vise l'exercice des droits de la défense devant les cours et tribunaux. Elle s'applique uniquement à l'égard des discours prononcés ou des écrits produits par les parties en cause. Cette disposition est inapplicable aux témoins ou aux experts⁶⁸.

Il a ainsi été jugé que l'utilisation du terme « *tordu* » par un avocat à l'encontre d'un enquêteur lors d'un procès d'assises constitue l'exercice normal du droit de la défense de l'avocat auquel s'applique l'immunité de plaidoirie prévue par l'article 452 du Code pénal. En effet, le propos de « *tordu* », qui faisait partie de la plaidoirie de l'inculpé, n'était pas étranger à la cause qui était traitée par lui devant la Cour d'assises, même si ce propos était adressé à un enquêteur qui intervenait en qualité de témoin⁶⁹.

10. Il résulte de ce qui précède que :

- les avocats exercent librement leur ministère (article 444 du Code judiciaire) ;
- lorsqu'un avocat a attaqué méchamment la Monarchie, la Constitution, les lois du peuple belge ou les autorités étatiques, le juge qui connaît de l'affaire peut saisir le conseil de l'Ordre⁷⁰ dont relève l'avocat (article 445 du Code judiciaire) ;
- seules les autorités du barreau apprécient a posteriori si l'avocat a excédé les limites de l'immunité qui lui revient ;
- les tribunaux ne connaissent de litiges relatifs à des discours ou à des écrits émanant d'avocat qu'en cas d'imputations étrangères à une cause ou à des parties et pour autant que ces tribunaux aient été saisis d'une action à cet égard (article 452 du Code pénal).

⁶⁶ L'action civile de la partie lésée est recevable.

⁶⁷ Cass., 18 octobre 1988, *Pas.* 1989, I, p.181.

⁶⁸ Cass., 10 mars 1992, *Pas.* 1992, I, p.617.

⁶⁹ Bruxelles (chambre des mises en accusation), 11 juin 2008, *A&M*, 2008, p.486, *J.T.*, 2008, p.603.

⁷⁰ En réalité, la saisine de l'incident se fait dans les mains du bâtonnier dont relève l'avocat. C'est lui décide, en principe, s'il y a lieu d'ouvrir une instruction disciplinaire et de saisir, s'il y a lieu, le conseil de discipline du ressort.

Il faut logiquement déduire de ces principes qu'un tribunal de l'Ordre judiciaire ne peut jamais porter atteinte à la liberté de défense dont dispose tout avocat et ne peut sanctionner les excès dans l'usage de cette liberté lorsque les écrits et les discours ont trait à la cause défendue par l'avocat.

Si les tribunaux ne peuvent sanctionner (a posteriori) un avocat, a fortiori ne peuvent-ils, d'une quelconque manière, interdire à l'avocat de remplir librement sa mission ou porter atteinte à son libre exercice.

Messieurs Antoine Braun et François Moreau ont très justement écrit que le juge « *ne peut plus prononcer des injonctions, ordonner des poursuites disciplinaires, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affichage de son jugement ; aucune mesure n'existe donc plus désormais en raison et lors de l'activité professionnelle des membres du barreau, autre que celle de la discipline exercée par les autorités de l'Ordre* »⁷¹.

3. Les restrictions de la liberté d'expression de l'avocat en dehors des prétoires.

11. La liberté d'expression de l'avocat ne se limite pas seulement aux seuls propos tenus par lui à l'intérieur des cours et tribunaux. L'avocat s'exprime aussi à l'extérieur des prétoires⁷². Le régime applicable aux déclarations hors du prétoire est cependant quelque peu différent.

En effet, « *l'avocat ne jouit pas, en dehors du prétoire, de l'immunité de plaidoirie* »⁷³, ou du moins ce privilège n'est pas prévu expressément dans la législation. Commentant l'arrêt annoté, David Lévy écrit : « *Hors du prétoire, l'avocat ne peut tenir des propos d'une gravité dépassant le commentaire admissible sans les fonder sur une base factuelle solide et qui peut être matériellement prouvée, ce qui est différent des jugements de valeur qui ne se prêtent pas à une démonstration quant à leur exactitude* »⁷⁴. Nous verrons que ces propos doivent être nuancés.

La liberté d'expression de l'avocat, dans ce contexte, a fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'homme. Et le moins que l'on puisse écrire est que, sur la question qui nous occupe, sa jurisprudence a évolué.

12. Commençons par le célèbre arrêt *Casado Coca* du 24 février 1994.

Maître Casado Coca, avocat au barreau de Barcelone, avait, en 1981 et 1982, fait l'objet de plusieurs sanctions disciplinaires mineures (avertissements et blâmes) pour avoir fait publier dans la

⁷¹ A. BRAUN et Fr. MOREAU, *La profession d'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p.90, n°336.

⁷² J. HENRY et P. HENRY, « Secret professionnel, liberté d'expression et périmètre de la profession », note sous Cour Eur. D. H., 15 décembre 2011, *Mor*, *J.L.M.B.*, 2012, p. 74 ; J.-L. SAURON, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2014, pp. 315-316.

⁷³ F. KRENC, « La liberté d'expression de l'avocat en dehors du prétoire : l'homme de droit entre droits et devoirs », *L'avocat dans le droit européen*, I.D.H.A.E., 2008., p. 148, citant civ. Liège, 15 septembre 1998, *Journal des procès*, 1998, n° 355, p. 29.

⁷⁴ D. LÉVY, « La liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire est renforcée », *Sem. Juridique*, Ed. Gén., n° 23, 8 juin 2015, p. 673.

presse des annonces publicitaires pour son cabinet. Après avoir épuisé les recours internes, Maître Casado Coca porte le conflit devant la Cour de Strasbourg.

La Commission considérera, par neuf voix contre neuf mais avec la voix prépondérante du président, que les griefs tirés d'une violation de l'article 10 de la Convention sont fondés. Selon elle, l'ingérence dans la liberté d'expression de l'avocat ne peut, dans cette hypothèse, être tenue pour nécessaire dans une société démocratique.

Par sept voix contre deux, la Cour ne suivra pas cette opinion. Selon elle, les restrictions imposées par les autorités ordinaires au droit de faire de la publicité pour un cabinet d'avocat, apportées par une autorité ordinaire, « *tendaient à protéger les intérêts du public dans le respect des membres du barreau. A cet égard, il faut tenir compte de la nature spécifique de la profession qu'exerce un avocat ; en sa qualité d'auxiliaire⁷⁵ de la justice, il bénéficie du monopole et de l'immunité de plaidoirie, mais doit témoigner de discrétion, d'honnêteté et de dignité dans sa conduite* »⁷⁶. La Cour reconnaît ainsi à l'avocat un statut particulier et au travers de celui-ci, elle justifie la protection dont il peut bénéficier. Mais, en contrepartie, ce statut justifie que des normes de comportement plus strictes lui soient imposées⁷⁷.

S'appuyant sur la diversité des règles qui s'appliquent en la matière dans les différents pays de l'Union et, d'ailleurs, sur les modifications qu'elles sont en train de connaître (l'arrêt de la Cour est prononcé plus de dix ans après les faits...), la Cour considère que « *ce large éventail de réglementations et les différences de rythme dans les États membres du Conseil de l'Europe montrent la complexité du problème. Grâce à leurs contacts directs et constants avec leurs membres, les autorités ordinaires ou les cours et tribunaux du pays se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu: les impératifs d'une bonne administration de la justice, la dignité de la profession, le droit de toute personne à recevoir une information sur l'assistance juridique et la possibilité pour un avocat de faire de la publicité pour son cabinet. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que la réaction des autorités compétentes ne pouvait, à l'époque (1982-1983), passer pour disproportionnée au but recherché*⁷⁸ ».

On sait que, depuis, les choses ont considérablement évolué, la Cour de justice de l'Union européenne admettant même aujourd'hui la pratique du démarchage, en tous cas sous certaines conditions⁷⁹.

⁷⁵ Souligné par nous. Nous reviendrons en effet sur ce terme, infra, n° 15.

⁷⁶ Cour Eur. D. H., *Casado Coca*, 24 février 1994, n° 15450/89, §46.

⁷⁷ En revanche, en ce qui concerne la liberté de participer à des manifestations, la Cour sera plus laxiste, sanctionnant un arrêt qui avait infligé un simple blâme à un avocat qui avait participé à une manifestation au cours de laquelle des graffitis virulents avaient été tagués sur les murs d'un Palais de justice, ce qu'il n'avait pas pu ne pas voir selon la juridiction nationale : Cour Eur. D. H., 26 avril 1991, *Ezelin*, n°11800/85. Sur cet arrêt, voyez F. KRENC, « La liberté de l'avocat en dehors du prétoire : l'homme de droit entre droits et devoirs », *op. cit.*, p. 150. Voyez aussi Cour Eur. D. H., 5 décembre 2006, *Oya Ataman*, n°74552/01 : la Cour condamne la répression, d'une violence disproportionnée, d'une manifestation à laquelle avait participé un avocat.

⁷⁸ *Idem*, § 56 et 57.

⁷⁹ C.J.U.E., 5 avril 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1088, avec les conclusions de l'avocat général et les obs. de L. MISSON et S. BREDÆEL, « L'interdiction totale de démarchage dans les professions réglementées contrevient à la directive Services ». Pour de plus amples précisions sur l'évolution des règles en matière de publicité des avocats, voyez J.

13. Pour en revenir à ce qui fait le cœur de notre étude, retenons que cette extension du bénéfice de la protection de la liberté d'expression de l'avocat en dehors du prétoire s'applique « à tout le moins (...), chaque fois que l'avocat se présente qualitate qua »⁸⁰. Les différentes dispositions légales ou déontologiques n'énoncent pas une liste de ce dont un avocat peut ou ne peut pas discuter. « [S]'il n'y a pas de sujets interdits, il y a des paroles excessives qui justifieront le cas échéant des sanctions de la liberté d'expression »⁸¹.

C'est justement à propos de ces *paroles excessives* que la Cour européenne a dû se pencher à l'occasion des différentes affaires qui ont été portées devant elle. Elle le fait selon son canevas habituel. Sur la base de l'article 10, § 2 de la Convention, elle vérifie si les propos tenus dépassent le cadre de la protection accordée à l'avocat. En parallèle, elle analyse si la condamnation d'un avocat constitue une ingérence des cours et tribunaux dans l'exercice de la liberté d'expression. Dans l'affirmative, elle vérifie si cette ingérence est légalement prévue, si elle poursuit un but légitime et si elle est proportionnelle. Ce triple test est systématiquement appliqué par la Cour dans les affaires concernant la liberté d'expression⁸².

Concernant l'exigence de légitimité du but poursuivi, sont très souvent invoquées la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, la protection de la réputation ou des droits d'autrui ou de l'ordre public⁸³.

C'est surtout sur l'exigence de proportionnalité que porte le contrôle de la Cour. On verra au travers des différentes affaires, abordées ci-dessous, la manière dont la Cour apprécie ce critère.

14. **Autorité du pouvoir judiciaire** – En 2005, dans son arrêt *Kyprianou*, la Cour a défini la notion « d'autorité du pouvoir judiciaire » comme « l'idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour statuer sur les différends juridiques et se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence quant à une accusation en matière pénale, et que le public les considère comme tels (*Worm c. Autriche*, arrêt du 29 août 1997, Recueil 1997-V, p. 1549, § 40). Il y va, en ce qui concerne la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire, de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus (voir, mutatis mutandis, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Fey c. Autriche* du 24 février 1993, série A no 255-A, p. 12, § 30) »⁸⁴.

FIERENS, « « Couvrez-vous et plaidez » : La liberté d'expression des avocats », in *Six figures de la liberté d'expression*, Anthemis, 2015, p. 189. Voyez, pour une présentation de nouveau règlement d'AVOCATS.BE relatif à la publicité et au démarchage, X. VAN GILS, « Règlement relatif à la publicité et au démarchage », *La Tribune*, n° 37 du 12 septembre 2013,

http://gallery.mailchimp.com/d552fd66716b81b8fb8f922cc/files/Tribune_d_ontologie_d_marchage.pdf.

80 F. JONGEN, « La liberté d'expression hors du prétoire » in *La parole de l'avocat – De la liberté d'expression au devoir d'indignation*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 38.

81 *Ibidem*.

82 J. HENRY et P. HENRY, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2012, p. 75 ; voyez aussi D. LINDEMANS, « De vrijheid van meningsuiting van de advocaat en art. 444 Ger. W. », *P.&B./R.D.J.P.*, 2004, p. 1 ; C. LECLERCQ, *op. cit.*, p.189 ; D. DE BELLESCIZE, *op. cit.*, p. 228.

83 F. JONGEN, *op.cit.*, p.39 ; voyez aussi P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 425.

84 Cour Eur. D. H., 15 décembre 2005, *Kyprianou*, *J.L.M.B.*, 2006, p.1572 et obs. L. MISSON et L. KAENS, « Quelle liberté d'expression pour les avocats ? ». Outre les arrêts *Worm* et *Fey*, cités dans l'attendu reproduit, on peut

Concernant la proportionnalité de l'ingérence, la Cour procède à un « *examen factuel* », lui-même se basant sur l'analyse de la proportionnalité de « *l'expression litigieuse de l'avocat* »⁸⁵.

15. **Rôle spécifique de l'avocat** - Dans le prolongement de l'arrêt *Casado Coca*, la Cour estime que l'avocat jouit d'un statut spécifique qui « *le place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme l'intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduites imposées en général aux membres du barreau* »⁸⁶. « *Leur qualité d'intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux permet de les qualifier d'auxiliaires de justice, et c'est d'ailleurs à ce titre qu'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* »⁸⁷. L'avocat doit donc user avec prudence de son droit de critique, afin de contribuer au maintien de la confiance entre les justiciables et les cours et tribunaux et d'être l'intermédiaire entre ces deux parties^{88/89}. Cette pétition de principe est répétée dans l'arrêt commenté, aux considérants 132 et 133.

Malgré la constance de la jurisprudence européenne, le juge Küris a cependant tenu à exprimer son désaccord au sujet du statut particulier de l'avocat. Il explique que selon lui « *[c]eux qui occupent une position centrale dans l'administration de la justice* » sont les juges (...). Les « *intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux* » sont les porte-parole des tribunaux, les représentants de la presse ou – en tant que tels – les journalistes, mais en aucun cas les avocats, qui représentent les parties. Un avocat agit dans l'intérêt d'une partie, pour défendre un client par lequel, en règle générale, il est rémunéré. Un avocat doit tenir compte des intérêts de la partie qu'il représente même lorsqu'ils sont opposés à ceux des « *justiciables* », la société et l'État. Cela ne vise pas à nier ou diminuer l'importance de la fonction des avocats. Il est vrai que ceux-ci contribuent à la recherche de la justice et aident les tribunaux à exercer leur mission, mais ils peuvent aussi viser à entraver le cours de la justice pour défendre les intérêts de leurs clients, ce qu'ils font parfois ». Dans la suite de son analyse, le juge Küris constate encore que « *lorsque cette caractéristique n'est attribuée nulle part ailleurs dans la jurisprudence de la Cour à l'autre partie, à savoir l'accusation, [le fait de l'attribuer seulement à la partie défenderesse] déforme la situation* »⁹⁰.

également citer les arrêts *Karpetas* du 30 octobre 2012, n°6086/10 ou *Prager et Oberschlick*, du 26 avril 1995, n°15974/90.

85 F. JONGEN, *op.cit.*, p.40.

86 Cour Eur. D. H., 2 mai 1998, *Schöpfer*, n° 25405/94, § 29.

87 Cour Eur. D. H., 15 décembre 2011, *Mor*, *J.L.M.B.*, 2012, p. 74 et obs. J. HENRY et P. HENRY, « Secret professionnel, liberté d'expression et périmètre de la profession » ; voyez aussi Cour Eur. D. H., 21 mars 2002, *Nikula*, n°31611/96.

88 F. KRENC, “La liberté d'expression de l'avocat en dehors du prétoire”, *op. cit.*, p. 155 ; voyez aussi D. VOORHOOF, « Straatsburg bevestigd: Advocaten mogen gerecht bekritisieren », *De Juristenkrant*, 10 avril 2002, n°47, pp. 1 et 7 ; E. BARENDT, *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2e éd., 2005, p. 316 et s.: « *Where publication created a real risk of undermining confidence in the administration of justice, a contempt conviction (...) could be regarded as a necessary restriction on freedom of expression.. (...) The best argument for the retention of some specific offence to protect the standing and authority of the judiciary is that it may need protection against a mixture of political and public pressure.* »

89 Notons d'ailleurs que la Cour a admis, dans son arrêt *Steur c. Pays-Bas*, qu'un avocat puisse critiquer la manière dont ont été recueillies les preuves par un agent de Police (Cour Eur. D. H., *Steur c. Pays-Bas*, 28 octobre 2003, n° 39657/98, § 39).

90 Opinon concordante du juge KÜRIS sous l'arrêt annoté.

La critique ne nous paraît pas dépourvue de pertinence. Nous n'aimons d'ailleurs pas l'expression selon laquelle l'avocat serait un *auxiliaire* ou un *intermédiaire* de justice. Nous lui préférons l'expression *acteur* de justice, qui justifie à elle seule le statut particulier de l'avocat. Indépendant et soumis au secret professionnel, l'avocat est celui sans lequel l'administration de la justice serait insupportable au justiciable, car elle lui paraîtrait nécessairement comme l'expression d'une machine aveugle, comme celle que nous décrit Kafka dans plusieurs de ses romans. Cela justifie à la fois la protection dont il doit bénéficier et le droit de critique qui doit lui être accordé. Relevons que, malgré les réserves du juge Küris, c'est précisément l'expression *acteur de justice* qui est utilisée dans l'arrêt annoté.

La juge Yudkivska avait été plus incisive encore dans l'opinion en partie dissidente qu'elle avait émise sous l'arrêt de chambre rendu dans la présente affaire⁹¹. S'appuyant sur la nécessité de permettre aux citoyens d'être informés des dysfonctionnements d'une institution aussi importante que la justice, elle plaidait qu'il « *n'est pas rationnel de laisser la possibilité de critiquer uniquement aux personnes 'de l'extérieur', car le mur du silence des professionnels, bâti autour d'un procès important pour l'opinion publique, discrédite le tribunal à ses yeux plus que les critiques émanant des professionnels ... Faire de la procédure judiciaire un espace clos où on n'a pas l'habitude de 'laver son linge sale' affecte ... l'image de la justice plus que la critique exprimée d'une manière (explicite)⁹², à condition, bien sûr, qu'elle ne devienne pas vexatoire ou ne se transforme pas en conjectures* ».

Il n'empêche que ce droit de critique n'est pas illimité et que, comme on l'a vu, il n'a pas la même ampleur selon qu'il s'exprime dans le prétoire ou en dehors de celui-ci. Et encore faut-il alors distinguer selon que l'avocat s'inscrit dans le prolongement de sa mission de défense ou en exerçant la liberté de parole qui appartient à tout citoyen.

16. La reconnaissance progressive d'un périmètre de la défense qui excède les limites du prétoire - La Commission et la Cour ont tout d'abord estimé dans plusieurs affaires que la critique de l'avocat avait dépassé le cadre défini par l'article 10 de la Convention et que les limitations à sa liberté d'expression étaient donc justifiées. On citera à titre d'exemples les affaires *Zihlmann c. Suisse* et *Schöpfer c. Suisse*.

Dans la première affaire, Maître Zihlmann avait diffusé un communiqué de presse critiquant violemment le ministère public et les juges parce que son client, dans le cadre d'une longue instruction, était détenu depuis plus de cinq ans. La Commission rejette le recours qu'il avait introduit contre sa condamnation en relevant qu'il n'avait pas été sanctionné pour avoir publié un communiqué de presse en cours d'instruction, « *mais pour avoir fait, à l'égard de la justice, des propos qui n'étaient pas seulement exagérés mais également démesurés et inqualifiables* »⁹³.

Dans la seconde affaire, il s'agissait d'un avocat qui avait contesté par voie de presse le fonctionnement de la justice et qui avait, par la suite, intenté un recours légalement prévu auprès des

⁹¹ Cour Eur. D. H., 5^e section, 11 juillet 2013, *Morice*.

⁹² La traduction officielle utilise le terme *expressive* pour traduire l'expression utilisée par la juge : *explicit criticism*.

⁹³ Comm. Eur. D. H., 28 juin 1995, *Zihlmann*, n° 21861/91.

autorités judiciaires. Ce recours avait abouti en partie. La Cour a estimé qu'en procédant de la sorte, l'avocat « *avait adopté un comportement peu compatible avec la contribution à apporter par les avocats à la confiance du public dans la justice* »⁹⁴. C'est pourquoi, en déplaçant le débat hors du prétoire alors qu'un recours judiciaire était encore ouvert (il avait abouti par la suite), le comportement lui-même de l'avocat permettait de conclure que « *les autorités n'avaient pas outrepassé leur marge d'appréciation en sanctionnant M. Schöpfer. Partant, il n'y avait pas eu violation de l'article 10* »⁹⁵.

En revanche, dans une affaire *Foglia c. Suisse*⁹⁶, la Cour a considéré comme disproportionnée la sanction infligée à un avocat à la suite de déclarations dans les médias. Maître Foglia agissait au nom de plusieurs clients qui se disaient victimes de détournements de fonds par le gérant d'une société fiduciaire, qui était aussi dirigeant d'un club de football. Par voie de presse, il avait mis en cause la rigueur de l'enquête et, également, la légèreté des contrôles effectués par la banque du club, dont le directeur était un autre dirigeant du club. Il lui était reproché d'avoir médiatisé une affaire en cours, dans le but d'influencer les juges, sans nécessité objective et de sa propre initiative.

La Cour ne partage pas cette analyse. Elle relève d'abord que le procureur avait déjà donné un écho à l'affaire et qu'une victime s'y était aussi exprimée. Le public avait le droit « *de recevoir des informations sur les autorités judiciaires* ». Si les propos utilisés étaient fermes, « *les accusations ne pouvaient être considérées comme de saper la confiance du public dans la justice* ». Avec Manuella Cadelli et Jacques Engelbert, on peut d'ailleurs se demander qui saperait la confiance en la justice, du magistrat qui la malmène ou de l'avocat qui le dénonce⁹⁷.

Dans l'affaire *Alfantakis c. Grèce*⁹⁸, la Cour absoudra également l'avocat qui, dans une affaire très médiatisée en raison de la notoriété des parties, avait déclaré sur un plateau de télévision⁹⁹, au sujet d'un rapport déposé par un procureur, « *Franchement, lorsque je l'ai lu, j'ai ri* ». Elle relève que l'on se trouvait clairement en présence d'un jugement de valeur, même s'il était exprimé de façon ironique. Dans la mesure où il avait été exprimé dans une émission en direct à propos d'une affaire déjà médiatisée, la condamnation, même modérée (des dommages et intérêts mais pas de peine) ne pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique.

En revanche, dans l'affaire *Coutant c. France*¹⁰⁰, la Cour rejettera le recours que Maître Coutant avait introduit contre les décisions la condamnant à une peine d'amende à la suite de la diffusion par elle, dans le cours d'un procès d'un communiqué de presse dans lequel elle fustigeait l'attitude des services de police dans des termes très virulents : « *infamie des procédés* », « *pratique des rafles, selon des méthodes dignes de la Gestapo et de la Milice, à toute heure du jour et de la nuit,*

⁹⁴ Cour Eur. D. H., 20 mai 1998, *Schöpfer*, n° 25405/94.

⁹⁵ *Idem*, §34.

⁹⁶ Cour Eur. D. H., 22 novembre 2007, *Foglia*, n° 35865/04.

⁹⁷ M. CADELLI et J. ENGLEBERT, « Se taire, c'est mentir », *Rev. trim.dr.h.*, 2017, p. 192-193.

⁹⁸ Cour Eur. D. H., 11 février 2010, *Alfantakis, J.L.M.B.*, 2010, p. 1936 et obs. L. MISSON et L. KAENS, « Peut-on rire de tout, même d'un procureur ? Rira bien qui rira le dernier ... ».

⁹⁹ La Cour relève à cet égard qu'une plus grande compréhension doit bénéficier à ceux qui participent à une émission en direct et y émettent des opinions car « *cet élément leur ôte la possibilité de les reformuler, de les parfaire ou de les retirer avant qu'elles ne soient rendues publiques* » (réf. aux arrêts *Lionarakis* du 5 juillet 2007, n° 1131/05 et *Gündüz* du 4 décembre 2003, n°35071/97).

¹⁰⁰ Cour Eur. D. H., 24 janvier 2008, *Coutant*, n°17155/03.

contre des familles entières y compris les enfants, quitte à les habiller de fausses pièces à conviction ... », « brutalités et tortures pendant les gardes à vue de quatre jours, sous le contrôle des juges de la section spéciale », « mise en détention à l'isolement total, pendant des mois ou des années, sans aucune charge matérielle réelle, sauf celle « d'être capable de... » », « les audiences de jugement, pure formalité, puisque les jeux sont joués d'avance ... », « Parmi les cibles désignées d'avance, islamophobie oblige, figurent en bonne place, ceux qui sont de sang arabe ... ».

La Cour pointe *« le caractère excessif et l'absence de base factuelle des propos litigieux »* et *« le fait qu'ils émanent d'une avocate. En effet, ..., la Cour a souligné à plusieurs reprises que le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduite imposées aux membres du barreau »*. Tout en rappelant que les autorités d'un État démocratique doivent tolérer la critique, *« lors même qu'elle peut être considérée comme provocatrice ou insultante »*, elle admet aussi qu'elle leur reconnaît *« la possibilité d'adopter, en leur qualité de garantes de l'ordre public, des mesures même pénales, destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à de pareils propos ou à des imputations diffamatoires dénuées de fondement ou formulées de mauvaise foi »*¹⁰¹.

Le dossier le plus emblématique est sans doute celui qui fut porté devant la Cour par Maître Mor, une avocate française. Celle-ci défendait des victimes dans le cadre d'un litige relatif aux suites malheureuses d'une vaccination contre l'hépatite B.

En 2002, à la suite du dépôt d'un rapport d'expertise accablant tant pour les laboratoires pharmaceutiques qui avaient produit le vaccin que pour l'administration de la santé, les principaux journaux français couvrent l'affaire. Des extraits du rapport (qui compte plus de quatre-cent pages) sont publiés. Les journalistes font état de graves pressions qui auraient été exercées sur l'expert.

Sur la suggestion de ses clients, les journalistes prennent contact avec Maître Mor. Elle accepte de répondre à leurs questions. Elle commente le rapport d'expertise en soulignant les passages qui mettent en cause l'administration de la santé et ceux dans lesquels l'expert évoque lui-même les pressions dont il a été l'objet. Le laboratoire pharmaceutique qui distribue le vaccin contre l'hépatite B dépose une plainte pour violation du secret de l'instruction et violation du secret professionnel.

Le tribunal correctionnel de Paris fait droit aux poursuites, en constatant que la matérialité du délit n'est pas contestable, du fait de la révélation par la requérante à la presse d'informations contenues dans le rapport d'expertise et que *« l'éventuelle divulgation précédente du rapport, en particulier auprès des journalistes qui l'interrogeaient, était indifférente à la constitution du délit »*. Elle ajoute que si Maître Mor *« invoquait le bénéfice de l'article 114, alinéa 7, du Code de procédure pénale qui l'autorisait, selon elle, à faire état de l'existence du rapport d'expertise et à s'exprimer sur son contenu pour les besoins de la défense, les « tiers » auxquels se réfère la disposition citée et qui peuvent se voir communiquer des rapports d'expertise sont des techniciens consultés pour donner un avis, ce qui n'autorise pas une divulgation par voie de presse de pièces provenant d'un dossier d'information, une telle démarche ne répondant pas aux besoins de la défense »*.

La condamnation sera confirmée par la Cour d'appel de Paris. Celle-ci estime notamment que les dispositions légales ne contreviennent pas au principe de la liberté d'expression consacré par l'article

¹⁰¹ La Cour se réfère à ses arrêts *Castells* du 23 avril 1992, 11798/85 et *Incal* du 9 juin 1998, n°22678/93.

10 de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'elles sont nécessaires à la préservation des intérêts d'ordre public et privé, s'agissant, en l'occurrence, de garantir l'exercice d'une profession chargée de contribuer au bon fonctionnement de la justice. La Cour de cassation confirme cet arrêt le 28 octobre 2008.

La particularité du dossier est qu'il est indiscutable que les propos de Maître Mor n'auraient en aucune façon pu lui être reprochés s'ils étaient restés dans l'enceinte du prétoire.

Après avoir relevé que l'on se trouvait bien dans le cadre d'un débat d'intérêt général (mettant en cause des questions de santé publique et le fonctionnement des institutions sanitaires de l'État), la Cour relève que l'avocate n'a pas transmis de pièces couvertes par le secret professionnel (les journalistes les avaient déjà) mais s'est contentée de les commenter. Si la publicité déjà donnée à ces documents ne déchargeait pas l'avocate de son devoir de prudence à l'égard du secret de l'instruction, il n'est pas contestable que les nécessités de la défense de ses clients l'autorisaient à faire appel à l'opinion publique dans un débat déjà médiatisé. Quant aux commentaires relatifs aux pressions qu'auraient subies les experts, la Cour relève que *« de telles pressions, à les supposer avérées, étant inacceptables et incontestablement de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction »* et estime dès lors *« que les déclarations de la requérante ne pouvaient passer comme susceptibles de troubler le bon fonctionnement de la justice ou de porter atteinte à la présomption d'innocence de personnes mises en cause. Au contraire, la défense de ses clients pouvait se poursuivre avec une intervention dans la presse dans les circonstances de l'espèce, dès lors que l'affaire suscitait l'intérêt des médias et du public »*¹⁰².

C'est donc clairement consacrer que, selon les circonstances, le périmètre de la défense peut dépasser les limites du prétoire, pour autant que les avocats s'y expriment avec la prudence nécessaire.

17. Distinction entre les propos tenus dans le prolongement du prétoire et ceux tenus hors du prétoire – Mais la Cour a aussi eu à connaître de déclarations tenues par des avocats sans que celles-ci puissent être directement rattachées à l'exercice de leur mission de défense.

Dans l'arrêt *Amihalachioaie c. Moldavie*¹⁰³, elle a estimé qu'il n'y avait pas *« un besoin social impérieux »* de restreindre la liberté d'expression du requérant et que les autorités nationales n'ont pas fourni des motifs *« pertinents et suffisants »* pour la justifier. *Le requérant n'ayant pas dépassé les limites de la critique permise par l'article 10 de la Convention, on ne saurait considérer que l'ingérence incriminée était « nécessaire dans une société démocratique »*¹⁰⁴.

La Cour a jugé que les déclarations de l'avocat, président de l'Union des avocats de Moldavie, qui avait vivement critiqué un arrêt de la Cour constitutionnelle mettant en cause le statut des avocats, *« portaient sur une question d'intérêt général et qu'elles s'inscrivaient dans le cadre d'une vive polémique déclenchée parmi les avocats par une décision de la Cour constitutionnelle sur le statut de la profession et qui mettait fin à l'organisation des avocats en une structure unique,*

¹⁰² Cour Eur. D. H., 15 décembre 2011, *Mor*, J.L.M.B., 2012, p. et obs. J. HENRY et P. HENRY, « Secret professionnel, liberté d'expression et périmètre de la profession ».

¹⁰³ Cour Eur. D. H., arrêt *Amihalachioaie c. Moldavie*, 20 avril 2004, req. n° 60115/00.

¹⁰⁴ *Idem*, § 39.

l'Union des avocats de Moldova, dont le requérant était le président »¹⁰⁵. La Cour a ajouté que les affirmations de l'avocat ne pouvaient être qualifiées ni de graves, ni d'injurieuses¹⁰⁶.

De même, dans un dossier *Gouveia Gomes Fernandes et Joao Manuel Pereira de Lima de Freitas e Costa c. Portugal*, la Cour précise que la liberté d'expression vaut aussi pour les avocats, qui ont le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, même si leur critique ne saurait franchir certaines limites. La condamnation portée contre deux avocats au motif qu'ils ont fait publier un article critiquant, parfois de façon acerbe, voire sarcastique, mais sans jamais constituer une attaque personnelle gratuite ou trompeuse, les circonstances dans lesquelles un juge, soupçonné de corruption, avait bénéficié d'un non-lieu, ne peut être considérée comme justifiée par un besoin social impérieux. Elle constitue une ingérence injustifiée dans le droit de ces avocats à la liberté d'expression¹⁰⁷.

La Cour est plus sévère à l'égard de l'avocat italien Pier Antonio Peruzzi. En septembre 2001, celui-ci avait adressé au Conseil supérieur de la magistrature une lettre critiquant vertement un magistrat. Il lui reproche des décisions injustes et arbitraires, des partis-pris et des fautes volontaires dans l'examen d'un dossier. Immédiatement après, il communique cette lettre à plusieurs autres magistrats du même tribunal, utilisant des termes tels : « *Quelle certitude peut donner un avocat (à son client) si chaque juge, au lieu d'appliquer les lois, ne les applique pas, leur donne l'interprétation qu'il préfère, ne donne même pas de motivation quant à son interprétation des lois en question ? Notons que le système des appels et des réclamations ne garantit pas le citoyen. Le juge est un homme et il peut commettre des erreurs (l'erreur est humaine), mais il ne peut et il ne doit pas se tromper volontairement, avec dol ou faute grave ou par manque d'engagement ...* » ou « *l'autonomie (...) ne peut pas se transformer en pouvoir discrétionnaire absolu car ce faisant on se rapproche de l'arbitraire et on y parvient* ».

Dans son arrêt du 30 juin 2015, la Cour estime que s'il ne peut être reproché à Maître Peruzzi d'avoir exprimé des jugements de valeur (décisions injustes et arbitraires), reposant sur des bases factuelles suffisantes, en revanche les reproches de parti-pris et de fautes volontaires constituent des accusations graves (faits susceptibles d'incriminations pénales) non étayées et auxquelles publicité a été donnée sans la moindre nécessité. La peine d'amende, modérée (400€), qui lui a été infligée est donc justifiée¹⁰⁸.

18. **Morice c. France** - On voit donc que la jurisprudence de la Cour a évolué vers une protection de la liberté d'expression de l'avocat de plus en plus large. Depuis l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, qui a élargi l'application de l'immunité aux propos qui « *heurtent, choquent ou*

¹⁰⁵*Idem*, § 35. Cet arrêt peut être rapproché de celui prononcé par la Cour le 26 février 2009 dans l'affaire *Kudeshkina* (n°29492/05). Dans cette hypothèse, c'est une magistrate qui avait porté des critiques contre le bon fonctionnement des institutions judiciaires au cours d'une campagne électorale. Voyez, à ce sujet, M. CADELLI, « Lorsque la démocratie et les libertés fondamentales sont en péril, la réserve cède devant le devoir d'indignation », *J.T.*, 2013, p. 297.

¹⁰⁶*Idem*, § 36.

¹⁰⁷ Cour Eur. D. H., 29 mars 2011, *Gouveia Gomes Fernandes et Joao Manuel Ferreira de Lima de Freitas e Costa*, *J.L.M.B.*, 2011, p.836.

¹⁰⁸ Cour Eur. D. H., 30 juin 2015, *Peruzzi*, n° 32294/09. Jacques Fierens commente cet arrêt (*op. cit.*, p. 182).

inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »¹⁰⁹, jusqu'à l'arrêt commenté *Morice c. France*, qui, en Grande Chambre, confirmera la protection de la liberté d'expression de l'avocat hors du prétoire.

Le contexte de l'affaire est finalement assez simple. Maître Morice défend la veuve du juge Borrel dont le corps sans vie a été retrouvé à Djibouti le 19 octobre 1995. Les autorités locales ont rapidement conclu au suicide. La famille conteste cette version des faits. Des magistrats français ont été désignés pour instruire l'affaire. Les magistrats instructeurs refusent d'organiser une reconstitution en présence des parties civiles. Sur recours de Maître Morice, la Cour d'appel de Paris annule cette décision et dessaisit les magistrats. Leur successeur constate dans un P.V. que d'une part, la cassette de la reconstitution ne figurait pas dans le dossier qui lui a été transmis, d'autre part, quand elle lui a été remise, à sa demande, elle l'a été dans une enveloppe fermée comprenant aussi un mot manuscrit du procureur de la république de Djibouti rédigé comme suit :
« *Salut Marie-Paule, Je t'envoie comme convenu la cassette vidéo du transport au Goubet. J'espère que l'image sera satisfaisante. J'ai regardé l'émission 'Sans aucun doute' sur TF1. J'ai pu constater à nouveau combien Madame Borrel et ses avocats sont décidés à continuer leur entreprise de manipulation. Je t'appellerai bientôt. Passe le bonjour à Roger¹¹⁰ s'il est rentré, de même qu'à J.C. À très bientôt, je t'embrasse, Djama* »¹¹¹.

Le 6 septembre 2000, Maître Morice dénonce les faits au garde des sceaux. Il fait état de « *comportements parfaitement contraires aux principes d'impartialité et de loyauté* », demande une enquête sur « *les nombreux dysfonctionnements (...) mis à jour dans le cadre de l'information judiciaire* » et dénonce « *la connivence entre le Procureur de Djibouti et les magistrats français* ». Des extraits de cette lettre sont publiés dans le journal *Le Monde*.

Sur plainte des magistrats mis en cause, Maître Morice est condamné par la Cour d'appel de Rouen à une amende de 4000€ et à payer 7500€ de dommages et intérêts aux magistrats concernés. La Cour de cassation confirme cette condamnation par un arrêt du 10 novembre 2009.

Relevons tout d'abord le premier arrêt rendu le 11 juillet 2013 par la cinquième section de la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci estime que Maître Morice « *a adopté un comportement dépassant les limites que les avocats doivent respecter dans la critique publique de la justice. Cette conclusion se trouve renforcée par la gravité des accusations lancées dans l'article et notamment le fait que la juge aurait eu « un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté » et aurait été « de connivence avec le procureur de Djibouti* ». La Cour estime que dans les circonstances de l'affaire, les juridictions internes ont pu, à juste titre, être convaincues que ces propos, prononcés par un avocat, étaient graves et injurieux à l'égard de la juge M., qu'ils étaient susceptibles de saper inutilement la confiance du public à l'égard de l'institution judiciaire, puisque l'instruction du dossier avait été confiée à un autre juge depuis plusieurs mois, et qu'il existait des raisons suffisantes de condamner le requérant »¹¹².

109 Cour Eur. D. H., 7 décembre 1976, *Handyside*, n° 5493/72, §49.

110 Il s'agit de l'autre juge d'instruction en charge de l'affaire, dessaisi en même temps que Madame Moracchini.

111 Pour plus de détails sur les faits à l'origine de l'affaire, voyez M. CADELLI et J. ENGLEBERT, « Se taire, c'est mentir », *Rev. trim. dr.hH.*, 2017, p.169.

112 Cour Eur. D. H., 11 juillet 2013, *Morice*, n° 29369/10, §107 ; F. KRENC, S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.T.*, 2016, p.468.

L'affaire est renvoyée devant la Grande chambre. Conscients de l'importance des enjeux que représentent cette affaire et de « *l'impact considérable sur les modalités d'interprétation et d'application des normes de conduite imposées aux avocats européens et plus particulièrement s'agissant de leur liberté de parole et d'expression dans le cadre de l'exercice des droits de la défense* »¹¹³, le Conseil National des Barreaux de France, le Barreau de Paris, la Conférence des Bâtonniers de France et le Conseil des Barreaux européens (ci-après C.C.B.E) sont intervenus devant la Grande chambre.

Le C.C.B.E. a rappelé que les limites à la liberté d'expression devraient « *être raisonnablement prévisibles, avec une définition plus restrictive et plus précise des critères quant aux limites pouvant être apportées à la liberté d'expression des avocats* »¹¹⁴ et plaidé que « *concernant la liberté d'expression en dehors du prétoire, les limites devraient également tenir compte du fait que dans des affaires sensibles et médiatisées, notamment face à la raison d'État, l'avocat n'a parfois pas d'autre choix que de dénoncer publiquement les obstacles au bon déroulement de la procédure ; à ce titre, sa liberté de parole et d'expression devrait être équivalente à celle des journalistes* »¹¹⁵.

Le raisonnement de la Cour s'articule sur les éléments suivants :

- Maître Morice est un avocat. Comme tel, il ne peut être assimilé à un journaliste. Si ces derniers sont des « *témoins extérieurs chargés d'informer le public* », tel n'est pas le cas des avocats des parties qui agissent « *en qualité d'acteur de la justice directement impliqué dans le fonctionnement de celle-ci et dans la défense d'une partie* » (§ 148).
- Cependant, dans la mesure où les juges dénoncés avaient déjà été dessaisis de l'affaire, la « *Cour ne décèle donc pas dans quelle mesure ses déclarations pouvaient directement participer de la mission de défense de sa cliente, dès lors que l'instruction se poursuivait devant un autre juge qui n'était pas mis en cause* » (§ 149).
- Il est indiscutable que les déclarations de Maître Morice se situent dans le cadre un débat d'intérêt général « *ce qui implique un niveau élevé de protection de la liberté d'expression allant de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte* » (§ 153).
- « *Dans les circonstances de l'espèce, les déclarations incriminées constituent davantage des jugements de valeur que de pures déclarations de fait, compte tenu de la tonalité générale des propos comme du contexte dans lequel ils ont été tenus, dès lors qu'elles renvoient principalement à une évaluation globale du comportement des juges d'instruction durant l'information* » (§ 156).
- Les éléments invoqués (non transmission de la cassette comprenant l'enregistrement de la reconstitution et présence d'un mot du procureur de Djibouti dans l'enveloppe qui l'accompagnait, attestant une proximité certaine entre celui-ci et les magistrats concernés) constituent une base factuelle suffisante de ces jugements de valeur (§157-159).
- « *les expressions utilisées par le requérant présentaient un lien suffisamment étroit avec les*

113 Cour Eur. D. H., Grande chambre, 23 avril 2015, n° 29369/10, §113 ; F. G'ssell et csts, *Avocats, Sem. Jur.*, éd. G., n°23, 8 juin 2015, p.1128, n°10 ; B. DE BELVAL, « La liberté d'expression de l'avocat », *Gaz. Pal.*, éd. Prof. 10/11 juillet 2015, p.20 ; *J.L.M.B.*, 2015, p.969.

114 *Idem*, §115.

115 *Idem*, §116.

faits de l'espèce, outre le fait que les propos ne pouvaient passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite » (§ 161).

- Examinant les propos litigieux, en les replaçant dans leur contexte, la Cour considère qu'ils ne peuvent être considérés, comme la Cour d'appel l'avait admis, comme étant « à eux seuls » gravement attentatoires à l'honneur et à la considération des magistrats concernés, d'autant que certains des propos relayés dans l'article ne sont pas nécessairement de la responsabilité de Maître Morice, puisque les personnes interrogées ne peuvent être tenues pour personnellement responsables de tout ce qui figure dans une *interview* publiée dans la presse (§ 162).
- Poursuivant son examen en fait, la Cour estime que les propos de Maître Morice ne peuvent être considérés comme la « *simple expression d'une animosité personnelle* » entre lui et une des juges concernés avec laquelle il était aussi en conflit dans un autre dossier (§ 165-167).
- Tout en soulignant l'importance « *dans un État de droit et une société démocratique, de préserver l'autorité du pouvoir judiciaire* », elle constate que « *les propos du requérant n'étaient pas de nature à perturber la sérénité des débats judiciaires, compte tenu du dessaisissement, par la juridiction supérieure, des deux juges d'instruction visés par les critiques. Ni le nouveau juge d'instruction ni les juridictions supérieures n'étaient en aucune façon visés par les propos litigieux. (...) En tout état de cause, le bon fonctionnement des tribunaux ne saurait être possible sans des relations fondées sur la considération et le respect mutuels entre les différents acteurs de la justice, au premier rang desquels les magistrats et les avocats* » (§ 168-170).
- Considérant qu'en principe, « *la défense d'un client par son avocat doit se dérouler non pas dans les médias, sauf circonstances particulières, mais devant les tribunaux compétents, ce qui inclut l'exercice des voies de droit disponibles* », elle constate qu'en l'occurrence ce n'est en réalité qu'après l'exercice de ces voies de droit que les dysfonctionnements dénoncés sont apparus, que la demande d'enquête adressée au garde des sceaux n'était pas un recours juridictionnel, « *ce qui aurait éventuellement justifié de ne pas intervenir dans la presse* » et qu'elle n'a d'ailleurs eu aucune suite (§ 171-173).
- Enfin, la Cour stigmatise l'importance des sanctions infligées à Maître Morice, « *sa qualité d'avocat ayant même été retenue pour justifier une plus grande sévérité* » (§ 174-176), elle conclut que la condamnation de Maître Morice n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

La Cour de cassation de France a pris acte de cette décision par un arrêt du 16 décembre 2016, prononcé en assemblée plénière¹¹⁶. L'arrêt de la Cour d'appel de Rouen est, cette fois, cassé sans renvoi, ce qui met définitivement fin aux poursuites dirigées contre Maître Morice. Par un attendu très sobre, la Cour constate « *qu'en statuant ainsi, alors que les propos litigieux, qui portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante, à savoir le défaut de transmission spontanée au juge nouvellement désigné d'une pièce de la procédure et la découverte d'une lettre empreinte de familiarité, à l'égard des juges alors en charge de l'instruction, du procureur de (...) qui dénonçait le comportement de Mme Z... et de ses avocats, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression d'un avocat dans la critique et le jugement de*

¹¹⁶ Cass. Fr., ass. plén., 16 décembre 2016, n°631 ; « La Cour de cassation confirme le droit des avocats de critiquer les magistrats, entretien avec Olivier Morice », *Gaz. Pal.*, 3 janvier 2017, Actualité, p.13.

valeur portées sur l'action des magistrats et ne pouvaient être réduits à la simple expression d'une animosité personnelle envers ces derniers, la cour d'appel (de Rouen) a violé le texte susvisé ».

19. **Conclusion** – Dans le prétoire, dans le prolongement du prétoire, hors du prétoire, la liberté d'expression de l'avocat présente une amplitude variable.–

Dans le prétoire, l'avocat dispose d'une liberté quasi-totale mais pour autant que ses propos restent en relation avec la cause ou les parties. Les attaques contre les magistrats, les autres acteurs de justice ou, d'ailleurs, des tiers sont admises, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'attaques *ad hominem*. En d'autres termes, les critiques sont admises lorsqu'elles sont fonctionnelles, qu'elles visent la façon dont les magistrats ont accompli (ou pas accompli) leurs tâches et non leurs qualités personnelles. Dire d'un magistrat qu'il a prononcé un jugement arbitraire est admissible, qu'il l'a fait malhonnêtement ne l'est pas, sauf bien sûr à être en mesure de le démontrer (et à le faire).

Dans le prolongement du prétoire, les règles sont différentes. La Cour reste attachée à l'idée qu'en principe la défense s'exerce prioritairement devant les cours et tribunaux. Ce n'est qu'en cas de nécessité (celle-ci étant plutôt défensive qu'offensive, c'est-à-dire que la Cour admet plus facilement que la défense s'exprime dans les médias lorsque ceux-ci ont déjà reçu des informations et qu'il s'agit d'y réagir que lorsque l'avocat souhaite lui-même externaliser le débat¹¹⁷), que l'avocat est autorisé à faire sortir le procès de l'enceinte du Palais en y portant des critiques qui touchent à l'honneur ou à la réputation de tiers (en ce compris leur adversaire).

L'avocat doit alors être conscient que sa position d'acteur de justice l'oblige à prendre certaines précautions pour ne pas décrédibiliser gratuitement le service public auquel il participe. On doit se réjouir, à cet égard, que l'arrêt annoté utilise l'expression « *acteur de justice* » par préférence à l'expression « *auxiliaire de justice* », mettant ainsi mieux en évidence un statut orienté sur la subjectivité du client plus que sur l'objectivité attendue du juge. Le fait que le juge Küris ait tenu à exprimer, par une opinion concordante, qu'il n'acceptait pas que l'on considère que l'avocat tenait un rôle central dans l'administration de la justice montre cependant, par opposition, que la majorité de la Cour reste attachée à l'idée d'un avocat faisant partie de l'institution. En témoigne aussi le fait qu'elle ait refusé d'assimiler l'avocat au journaliste, ce qui va de soi si l'on compare leurs fonctions, mais est moins évident lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de protection de leur liberté d'expression.

La liberté d'expression de l'avocat varie alors en fonction de la portée de ses propos. Participent-ils à un débat d'intérêt général ou non ? S'il s'agit de dénoncer les dysfonctionnements d'une institution, ils y participeront nécessairement. Il peut également en être ainsi lorsque l'affaire en cause y a trait, comme ce fut le cas dans l'affaire *Mor*. Il n'en est pas nécessairement ainsi lorsque la critique touche aux particularités précises d'un cas¹¹⁸.

¹¹⁷ Ce n'est pas incompréhensible. Le fait qu'en dehors du prétoire, la contradiction, qui est une des bases fondamentales de notre organisation judiciaire, soit plus facilement malmenée, peut expliquer que la Cour soit plus clémente à l'égard de celui qui veut la rétablir qu'en faveur de celui qui prend l'initiative de sortir le litige du cercle où elle s'exerce (en ce sens, P. MARTENS, « Conclusions – La parole de l'avocat », in *La parole de l'avocat*, Anthemis, 2010, p. 141),

¹¹⁸ Voyez à cet égard l'arrêt *Bédât* du 29 mars, 2016, n°56925/08, prononcé en matière de liberté d'expression de la

Le critère de l'utilité de la dénonciation doit également être pris en considération. La Cour est plus sévère lorsque, comme dans l'affaire *Peruzzi*, la diffusion donnée à des accusations ne présente aucun intérêt pour la défense du client.

Il faut alors distinguer si les critiques émises constituent des jugements de valeur, plus largement admissibles parce qu'ils se prêtent moins à vérification, ou des affirmations de fait, qui sont susceptibles de devoir être justifiées, voire prouvées. S'il s'agit de jugement de valeur, il faut alors qu'ils s'autorisent d'une base factuelle suffisante, qu'ils ne soient pas trompeurs et ne constituent pas une attaque gratuite. L'arrêt annoté parle de base factuelle *suffisante*. Avec Manuella Cadelli et Jacques Englebert¹¹⁹, nous constaterons que, dans d'autres arrêts, la Cour a fait usage d'autres expressions : base factuelle *solide*¹²⁰, fondements *sérieux*¹²¹, base factuelle *pas inexistante*¹²², lien *suffisamment étroit*¹²³, voire *pas entièrement dépourvu de toute* base factuelle¹²⁴ ou, tout simplement, *une* base factuelle¹²⁵ ... Convenons que ces expressions ne sont pas synonymes. L'expression « *suffisante* » semble suggérer un rapport de proportionnalité entre ce qui est avancé et les éléments qui fondent la déclaration.

Enfin, bien sûr, la pertinence de l'attaque sera passée au crible. Pas plus que dans les limites du prétoire, la critique *ad hominem* ne sera admise si elle n'est pas en rapport avec les nécessités de la défense¹²⁶. De même, plus les critiques sont virulentes et factuelles, plus elles doivent être étayées^{127 / 128}.

presse : « *Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si le contenu de l'article et, en particulier, les informations qui étaient couvertes par le secret de l'instruction étaient de nature à nourrir le débat public sur le sujet en question (Stoll, du 10 décembre 2007, n°69698/01 ; voir également Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue, du 9 novembre 2006, n°64772/01) ou simplement à satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée du prévenu (mutatis mutandis, Von Hannover c. Allemagne, du 24 juin 2004, n°59320/00, § 65, Société Prisma Presse c. France, du 1^{er} juillet 2003, n° 66910/01 et 71612/01, Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS), du 23 juillet 2009, n°12268/03, § 40, Mosley, du 10 mai 2011, n°48009/08, § 114) » (§64).*

¹¹⁹ M. CADELLI et J. ENGLEBERT, « Se taire, c'est mentir », Rev. trim. dr. h., 2017, p. 180. Voyez aussi, J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté d'information*, Anthemis, 2014, n°96.

¹²⁰ Cour Eur. D. H., 30 octobre 2012, *Karpetas*, n°6086/10, §78.

¹²¹ Cour Eur. D. H., 11 février 2010, *Alfantakis, J.L.M.B.*, 2010, p. 1936, §27.

¹²² Cour Eur. D. H., 12 avril 2012, *de Lesquen du Plessis-Casso*, n°54016/09, §45.

¹²³ Cour Eur. D. H., 29 mars 2011, *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, n°1529/08.

¹²⁴ Cour Eur. D. H., 26 février 2009, *Kudeshkina*, n°29492/05, §95.

¹²⁵ Cour Eur. D. H., 15 mars 2016, *Bono*, n° 29024/11, §53.

¹²⁶ La Cour de cassation de France juge ainsi « *les propos adressés ad hominem et manifestant exclusivement une animosité personnelle, sans traduire une idée, une opinion ou une information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général, ne relèvent pas de la protection du droit à la liberté d'expression ...* » (Cass.fr., 28 mars 2008, inédit, 05-18.598, cité par B. RICHARD, « Sommes-nous insuffisamment immunisés ? », *Gaz. Pal.*, 3-5 juillet 2011, p. 17 – à l'issue d'une session d'Assises, un avocat avait apostrophé le président en lui disant : « *Je ne vous supporte plus...j'en ai assez de vous voir. Vous me gonflez avec votre sourire en coin. Vous serez responsable de ce gâchis. Ce que vous avez fait est dégueulasse* » ; dans le même sens, Cass.fr., 4 mai 2012, *Bull.*, 2012, I, n°96 - dans l'affaire dite du « gang des barbares », l'avocat des parties civiles avait traité l'avocat général de « *traître génétique* » ; sur les circonstances précises de cette affaire, voyez M. CADELLI et J. ENGLEBERT, *op. cit.*, note 27). En revanche, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles admet qu'un avocat ait qualifié un enquêteur, entendu en qualité de témoin, de « *tordu* » (11 juin 2008, *J.T.*, 2008, p. 603).

¹²⁷ Dans le commentaire qu'ils consacrent à l'arrêt Morice (« A great victory for the whole legal profession », *Strasbourg observer*, 6 mai 2015), I. HOEDT-RASMUSSEN et D. VOORHOOF relèvent que « It is remarkable that the Grand Chamber does not situate this case in the framework of a balancing test between the lawyer's freedom of

Mais l'arrêt *Morice* présente la question sous un angle différent puisque la Cour y pose d'emblée que la critique se situait en dehors des nécessités de la défense. Elle visait des juges qui avaient été dessaisis du dossier et dont on ne pouvait plus rien attendre. Elle n'était pas de nature à influencer sur le comportement des nouveaux. Il s'agissait, dans le cadre d'un débat d'intérêt général puisqu'il portait sur un affaire dont les enjeux géopolitiques étaient patents, de dénoncer de graves dysfonctionnements qui touchaient l'organisation de la justice mais mettaient aussi en cause la crédibilité de l'État lui-même.

À lire les conclusions de la Cour, il n'est cependant pas simple de dégager en quoi le fait que les dénonciations portées soient sans rapport avec les nécessités de la défense exerce une influence sur la solution qu'elle donne au litige. On serait tenté d'écrire qu'il faut alors que l'on se situe nécessairement dans le cadre d'un débat d'intérêt général mais la Cour pose aussi cette exigence lorsque l'avocat s'exprime pour assurer la défense de ses clients en dehors du prétoire. À notre estime, c'est là que la distinction devrait s'opérer : s'il s'agit de défendre le client devant les médias ou par le biais des médias, c'est à l'aune des nécessités de cette défense que l'usage de la liberté d'expression doit être apprécié ; s'il s'agit de porter une dénonciation, c'est le critère de l'intérêt général qui doit être manié.

On le voit, l'usage de la liberté d'expression de l'avocat reste délicat. Et le présent arrêt n'apportera d'ailleurs aucune pacification.

D'un côté, des auteurs comme Manuella Cadelli et Jacques Englebert, regrettent que la Cour, tout en émancipant les avocats qui s'expriment hors du prétoire, qu'il s'agisse pour eux d'y poursuivre la défense de leurs clients face aux attaques qu'ils subissent dans les médias ou d'y dénoncer les dysfonctionnements de la justice, regrettent les conditions et restrictions qui entourent cette émancipation. On concédera qu'elle est assise sur des notions dont les contours précis ne sont pas faciles à cerner : débat d'intérêt général, jugement de valeur, base factuelle suffisante (ou base solide, ou base pas inexistante, ou fondements sérieux), nécessités de la défense. C'est ce qui les amène à parler d'avocats contraints, comme leurs confrères chinois, de marcher *sur une fine couche de glace*, alors qu'ils voudraient, au contraire qu'ils puissent être des *parrésias*¹²⁹.

D'un autre côté, des magistrats ont clairement exprimé leur colère face aux avancées de la jurisprudence de la Cour. Ils affirment que la liberté ainsi donnée aux avocats autorise des dérives inquiétantes, ouvrant la voie à des pressions intolérables. Selon eux, le droit de critique ainsi reconnu aux avocats permettrait à certains de ceux-ci de véhiculer, spécialement dans les litiges qui touchent à la répression du terrorisme et du grand banditisme, des menaces à peine voilées.

expression and the right of reputation of the two judges as guaranteed by article 8 EHCR". C'est exact mais nous n'en tirerons pas de conclusions définitives car la Cour avait noté que les critiques participaient d'un débat d'intérêt général sur le fonctionnement des institutions judiciaires et, aussi, qu'elles ne traduisaient pas une animosité personnelle (§ 165-167).

¹²⁸ Voyez par exemple les arrêts *Sgarbi* du 21 octobre 2008, n°37115/06 ; *Skalka* du 27 mai 2003, n°43425/98 ; *Floquet et Esmenard* du 10 janvier 2012, n°29064/08 et 29979/08 (cet arrêt a également été prononcé dans le cadre de l'affaire Borrel).

¹²⁹ M. CADELLI et J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 196-199, en référence à M.-A. PAVEAU, « Les diseurs de vérité 2- Le parrésias ou le courage de la vérité », *La pensée du discours*, 2010.

Nous ne partageons pas ces critiques, ni les unes, ni les autres. Il n'y a pas de droit absolu. Si l'équilibre est souvent difficile à atteindre et si, d'ailleurs, il est toujours en reconstruction dans des sociétés qui évoluent, affirmer que l'avocat peut critiquer le fonctionnement de la justice pour autant qu'il le fasse avec dignité, et en s'appuyant sur des éléments sérieux et non de simples ressentis ou, pire, des injures, nous paraît mesuré, sans que cette affirmation ne gomme les quelques réserves ou précisions que nous avons émises dans le corps de ce commentaire.

En revanche, nous ne pouvons admettre les critiques contenues dans le *Rapport du groupe de travail relatif à la protection des magistrats* remis le 28 juin 2016 au Garde des sceaux par R. Gelli, C. Champalaune et M. Thuau¹³⁰ qui assimilent les critiques dirigées par certains avocats contre certains magistrats aux menaces, voire agressions physiques, dont certains ont malheureusement été l'objet. Personne n'a jamais prétendu qu'un avocat pouvait être le relais de son client pour violer l'indépendance des magistrats ou, pire, les menacer. Affirmer que la jurisprudence *Morice* le permettrait c'est hurler avec les loups, se joindre au concert, malheureusement de plus en plus bruyant¹³¹, qui appelle à la mort des droits de l'Homme. Ce ne sont pas les porteurs de mauvaises nouvelles qu'il faut décapiter. Tigrane l'apprit à ses dépens après avoir fait exécuter le messager qui lui annonçait l'arrivée de Lucullus¹³².

On peut dire que la liberté d'expression de l'avocat et l'immunité de plaidoirie, qui l'accompagne depuis toujours au sein de cours et tribunaux, ont franchi la porte de ceux-ci pour protéger l'avocat, lorsqu'il s'exprime en dehors du prétoire. Le développement des médias et des technologies de l'information en général a fortement contribué à l'évolution de la jurisprudence européenne, dans le sens d'un élargissement considérable de la protection de l'acteur de justice, dans l'intérêt du justiciable et de la société.

« *L'avocat est là, présent, à côté d'un homme pour l'aider à se tenir debout. Pas seulement devant le tribunal. Partout où la défense doit être exercée* »¹³³. « *Le temps n'est plus où la défense se cantonnait strictement dans les prétoires ; elle doit s'exercer, aujourd'hui, partout où les droits individuels sont en cause* »¹³⁴.

¹³⁰ www.justice.gouv.fr/publication/RapportProtection_Magistrats_28_06_2016.pdf . Voyez R. LECADRE, « La juge, l'avocat et la liberté d'expression », *Libération*, 17 mars 2016. Plus récemment encore sur le même sujet, R. LECADRE, « Avocats-magistrats : les robes se déchirent », *Libération*, 10 janvier 2017.

¹³¹ Voyez *Droits de l'homme : la dernière utopie*, numéro 2/2016 du *Journal européen des droits de l'homme*, sous la direction O. de SCHUTTER ; J. LACROIX et J.-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme*, Seuil, 2016.

¹³² Selon Plutarque, Tigrane, roi d'Arménie fit exécuter le messager qui lui annonçait que Lucullus marchait sur l'Arménie, ce qui précipita sa perte (Plutarque, *La vie des hommes illustres*, Vie de Lucullus, Tome II, XXV). D'où l'expression « Ne tuez pas le porteur de mauvaises nouvelles », que l'on retrouve dans *Antigone* de Sophocle, puis dans *Henri IV (II)* et *Antoine et Cléopâtre* de Shakespeare.

¹³³ J. HENRY et P. HENRY, *op. cit.*, p. 79.

¹³⁴ P. LAMBERT, « L'avocat et les conférences de presse », *J.T.*, 1983, p. 577.