HAL open science

L'office du juge dans les procès stratégiques mettant en cause les libertés économiques

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. L'office du juge dans les procès stratégiques mettant en cause les libertés économiques. 2023. hal-04486540v2

HAL Id: hal-04486540

https://hal.science/hal-04486540v2

Preprint submitted on 4 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'office du juge dans les procès stratégiques mettant en cause les libertés économiques

Benjamin Moron-Puech
Professeur à l'université Lumière Lyon 2 (CERCRID et Transversales)
Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique – université Paris-Panthéon-Assas

Ce n'est pas sans appréhension que l'on entend aborder dans cette communication, quelque peu remaniée[1], le thème de *L'office du juge dans les procès stratégiques mettant en cause les libertés économiques*. En effet, parler d'office du juge n'implique-t-il pas d'être un expert en procédure civile, matière qui s'occupe des pouvoirs et devoirs attachés à la fonction de juge, si l'on reprend la définition qu'en donne le *Vocabulaire juridique* Cornu[2] ? De même, parler des libertés économiques, notamment les libertés d'entreprendre, de contracter et de circuler, ne supposerait-il pas d'être spécialiste de droit des affaires ou de droit constitutionnel ? Or, toutes ces compétences, l'auteur de ce texte ne les a point. Pourtant, sa participation à des procès emblématiques autour des droits humains des minorités sexuées, puis son impulsion d'un projet de recherche autour des procès stratégiques à vocation démocratique[3] l'ont conduit à réfléchir sur la notion de procès stratégique en général.

À ce stade, on peut définir les procès stratégiques comme ceux mis en œuvre par une ou plusieurs personnes, avec une stratégie autre que la simple défense de leurs droits individuels dans un contentieux donné. Par ces procès, les personnes requérantes tentent d'utiliser à leur profit le pouvoir juridictionnel, entendu ici comme un des pouvoirs démocratiques au côté des pouvoirs exécutifs et législatifs. Au sein des objets que réunit le concept de procès stratégique, il est possible de réaliser une classification autour de leur contribution à une société démocratique, pour reprendre une notion importante dans le droit de convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[4]. Pour bien comprendre la distinction qui va suivre rappelons que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, « [l]a liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de [la société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » et la Cour d'ajouter qu'« il n'est pas de "société démocratique" » sans « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »[5]. Or, avec un tel concept de société démocratique, il est possible d'identifier deux figures deux procès stratégiques. D'un côté le procès-bâillon qui, cherchant à brider la liberté d'expression d'une personne grâce à la menace de sanctions juridictionnelles, fait obstacle au débat public, et ce faisant mine la démocratie. De l'autre ce qu'on propose ici d'appeler de manière inédite le procès-levier[6] qui,

---

[1] Le travail réalisé en amont de la communication orale donnée le 30 novembre a conduit l'auteur à se convaincre de la pertinence d'aborder ce sujet au travers du prisme principal du concept de procès-stratégique, celui-ci englobant également les procédures-baillons qui figuraient dans l'intitulé initial : *L'office du juge dans les procédures-bâillons et les procédures stratégiques mettant en cause les libertés économiques*.

[2] G. Cornu et Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10e éd. *V° Office*, p. 706 : « Ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique ».

[3] B. Moron-Puech, J. Béal-Long et J. Kolbe-André, *Suing for European Democracy?*, projet ERC Starting Grant, oct. 2022 et B. Moron-Puech et M. Pollaert, « "Democratic strategic litigation" and defense of LGBTI+ rights », *Democracies in flux: LGBTI+ struggles, feminist politics, and anti-gender contestations*, 30 juin 2023.

[4] Art. 6, 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; *adde* Protocole n° 4, art. 2 et Protocole n° 13, préambule, al. 2.

[5] CEDH (plénière), *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, § 49.

[6] Dans le projet d'ERC précité, nous parlions plutôt « procès stratégique démocratique » (*democratic strategic litigation*), façon d'insister sur les effets désirés de ce type de procès stratégique. L'expression a cependant rencontré un certain nombre de résistance et critiques qui conduisent l'auteur à la délaisser (temporairement ?) au profit de l'expression de procès-levier, construite sur le modèle de celle de procès-bâillon, c'est-à-dire avec un mot permettant plus directement de souligner l'effet immédiat recherché par ce procès.

cherchant à rééquilibrer un rapport de force grâce à l'effet de levier que peut offrir la justice, permet au débat public de se développer et, ce faisant, renforce la démocratie.

Même si ces deux types de procès stratégiques peuvent mettre en jeu tout type de liberté, il est vrai que les libertés économiques sont particulièrement concernées par eux, puisqu'elles seront fréquemment avancées pour justifier le procès-bâillon ou au contraire faire obstacle au procès-levier. Pour prendre un exemple récent[7], l'ONG Greenpeace a communiqué le 23 novembre 2023 sur une procédure-bâillon dont elle dit faire l'objet de la part de TotalEnergie, laquelle entreprise la poursuit, sur la base d'un délit boursier, l'article L. 465-3-2 du code monétaire et financier[8], afin d'obtenir le retrait d'un rapport de l'ONG remettant en cause la comptabilité carbone de l'entreprise[9]. Certes, TotalEnergies n'invoque pas directement sa liberté d'entreprendre et se plaint seulement du préjudice que causerait à sa société, en raison de la baisse du cours de l'action, la diffusion d'informations prétendument fausses. Pour autant, l'on voit bien que ce que Greenpeace cherche à mettre en cause c'est la liberté de l'entreprise de réaliser des activités commerciales autour des énergies fossiles[10]. Face à cette procédure-bâillon, la réponse de Greenpeace est semble-t-il de demander purement et simplement la nullité de l'assignation ainsi qu'une condamnation à une amende pour procédure abusive, compte tenu de l'atteinte portée à la liberté d'expression[11]. Le moyen de défense est innovant et pose en creux la question de l'office du juge dans une telle situation. Habituellement, en effet, l'argumentation en défense repose davantage sur un moyen de défense au fond, plus complexe à manier et nécessitant d'avantage de ressources argumentatives (donc financières), reposant sur un contrôle de proportionnalité entre la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression. Par exemple, dans un procès-bâillon plus ancien, opposant la société Altice de Patrick Drahi à différentes sociétés de presse qui avaient diffusé des informations sur l'optimisation/la fraude fiscale développée par ladite société, la cour d'appel de Paris[12] avait mis en balance le secret des affaires, protégé par les récents[13] articles L. 151-1 et suivants du code de commerce et qu'on peut rattacher à la liberté d'entreprendre, avec la liberté d'expression des journalistes et leur contribution à un débat d'intérêt général. Quoi qu'il en soit, on ignore pour l'instant quelle réponse sera apportée à cette défense innovante de Greenpeace, mais celle-ci montre les enjeux attachés à l'office du juge. Les mêmes enjeux se retrouvent si on prend un exemple opposé, à propos donc d'un procès-levier et non plus bâillon, dans le contentieux opposant TotalEnergies à différentes ONG contestant le plan de vigilance de cette première entreprise. En effet, plusieurs ONG, estimant que le plan de vigilance de TotalEnergies était insuffisant du fait de l'absence d'évaluation correcte des risques d'exploitation d'un gisement pétrolier en Ouganda, ont introduit une action visant

---

[7] Que Valérie Le Bihan soit remerciée pour nous l'avoir signalé ; qu'elle soit plus généralement remerciée pour nous avoir convié aux colloques *Les Transversales* où cette communication fut donnée.

[8] Voir les communiqués respectifs de TotalEnergie et Greenpeace.

[9] Greenpeace, *Poursuite-bâillon de TotalEnergies : Greenpeace demande la condamnation de la major pétro-gazière pour procédure abusive*, communiqué du 23 novembre 2023.

[10] En effet, l'ONG a manifestement entrepris depuis plusieurs années de lutter contre la liberté d'entreprendre du groupe, en ce que celui-ci entend poursuivre – pour citer Greenpeace dans le communiqué du 25 octobre 2023 accompagnant la publication d'un de ses rapports sur ce groupe –, « une logique d'expansion des énergies fossiles ».

[11] Greenpeace, préc.

[12] CA Versailles, 14e ch., 19 juin 2023, n° 22/06176.

[13] Textes introduits par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, afin de transposer la directive UE 2016/943 du 8 juin 2016. Même si le code prévoit que la protection de ce secret ne doit pas se faire au détriment de la liberté d'expression (art. L. 151-8), une autrice a pu souligner les silences du texte sur la manière concrète dont le juge allait devoir concilier la liberté d'expression et le secret des affaires, suggérant qu'il y aurait là un espace pour des procès-bâillon (A. Ballot-Léna, « Le juge judiciaire et le secret des affaires », *Droit et cultures*, vol. 83, 2022/1, avr. 2023), espace en effet occupé comme le confirme la procédure présentement évoquée.

à ce que l'entreprise prenne des mesures matérielles urgentes pour mettre un terme à ces inexactitudes, y compris en cessant certaines activités liées aux énergies fossiles. Ici encore, la liberté d'entreprendre de TotalEnergies était en jeu, même si l'entreprise n'a pas eu besoin de l'invoquer directement pour se défendre, se contentant, comme dans bien des procès-levier[14], d'invoquer des arguments de nature procédurale tirés de l'incompétence du tribunal[15], puis de l'absence de mise en demeure préalable[16]. Par ces arguments, qui ont été retenus par les juges, l'entreprise a pu (pour l'instant) empêcher tout débat au fond, sans que les associations ne puissent s'opposer à ces moyens dilatoires, malgré les enjeux importants attachés aux problèmes substantiels en débat. Or, il est permis de se demander si le juge n'aurait pas pu ici, malgré tout, statuer sur le fond de l'affaire, tout en la rejetant *in fine*, ce qui aurait alors apporté une contribution utile au débat public. Où l'on retrouve à nouveau la question de l'office du juge dans un contentieux mettant en jeu les libertés économiques.

S'il nous semble à ce stade prématuré, compte tenu de la recherche existante, de tracer les contours idéals d'un cadre juridique applicable à l'ensemble procès stratégiques, dont notamment les procès-bâillons et les procès-leviers, on voudrait néanmoins montrer ici comment émergent progressivement dans les sources officielles un discours proposant d'adopter un cadre juridique pour les procès stratégiques. Toutefois, comme on va le voir, si l'émergence d'un droit des procès-baillons est imminente (I), elle semble beaucoup plus lointaine pour les procès-leviers (II)

I. L'émergence imminente d'un droit des procès-bâillons

Si la réflexion autour des procès-bâillons n'est pas aussi développée en France qu'elle peut l'être dans des pays de *common law* ou de tradition hybride comme le Québec, qui a été pionnier[17] au Canada dans l'élaboration d'une législation contre les procès-bâillon, appelée loi anti-SLAPP[18] (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*)[19], on observe néanmoins depuis quelques années, grâce en particulier à des universitaires en droit prenant la défense de leurs collègues que des entreprises ont tenté de bâillonné[20], l'émergence sur ce sujet d'une production solide et tournée vers la transformation du droit positif. Ce droit positif étant amené à évoluer, il convient ici de distinguer la situation en France *de lege late* (A) puis *de lega ferenda* (B).

---

[14] B. Frydman et L. Hennebel, « Le contentieux transnational des droits de l'Homme : Une analyse stratégique », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 77, 2009, pp. 73–136, spé. § 56.

[15] Cass., com., 15 déc. 2021, n°s 21-11.882 et 21-11.957, publié au *Bulletin*.

[16] Tribunal judiciaire de Paris, 28 févr. 2023, n^{o} RG 22/53942.

[17] Depuis lors, l'Ontario (2015) et la Colombie-Britannique (2019) ont suivi et la Cour suprême a pu également soutenir ces dispositifs législatifs dans l'affaire *Hansman c. Neufeld* en date du 19 mai 2023 (2023 CSC 14). Peut aussi être mentionnée la *Loi uniforme sur la protection de la participation publique (2017)*, adoptée le 1er mai 2017 par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

[18] Parlement du Québec, *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, 4 juin 2009.

[19] Le concept de *SLAPP* a été formé semble-t-il aux États-Unis par deux universitaires porteurs du projet *Political litigation* : W. Pring et Penelope Canan, dont le premier explique (G. W. Pring, « SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation », *Pace Envtl. L. Rev.*, vol. 7, pp. 3-19, 1989) que l'idée de cette recherche est venue de l'aide qu'il et elle avaient apporté dans les années 1970 aux personnes militantes et avocates que certaines entreprises tentaient de bâillonner *via* des action en justice. Leur premier papier commun est semble-t-il la note de recherche suivante : P. Canan et G. W. Pring, « Studying strategic Lawsuits against public participation: mixing quantitative and qualitative approahces », *Law & Society Review*, vol. 22, 1988|2, pp. 385-395.

[20] V. spé. l'avant-propos de C. Broyelle *et al.*, *Rapport sur les procédures-bâillons*, rapport remis à T. Mandon, secrétaire d'État chargé de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, 20 avr. 2017.

A. *De lege lata*

De lege lata d'une part, il n'existe pas encore de textes de droit positif conçus spécifiquement pour répondre à la problématique des procès stratégiques, alors même que les illustrations de procès-bâillon ne manquent pas, tant en matière économique d'ailleurs que d'autres domaines, songeons en particulier aux procédures-bâillons développés par certaines personnes accusées d'agression sexuelle pour faire taire leurs victimes ou encore aux procédures exercées par certaines associations luttant contre la prise en charge des personnes mineures transgenres à l'encontre d'autres associations la défendant. Dès 2017, à la suite de plusieurs procès-bâillons engagés contre des universitaires, dont l'environnementaliste Laurent Neyret, le secrétaire chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche, Thierry Mandon, avait, sur les conseils semble-t-il de son conseiller Thomas Clay, commandé à quelques universitaires un rapport pour lutter contre les procès-bâillon ciblant spécifiquement les universitaires. Aucun texte de loi ou de décret n'avait cependant suivi les recommandations formulées dans le rapport, ce sujet n'étant semble-t-il alors guère une priorité pour ce secrétaire d'État, qui avait seulement voulu par ce rapport montré à la communauté universitaire qu'il la soutenait.

Si aucun droit des procès stratégique n'a donc émergé de cette initiative universitaire, il en est néanmoins apparu un ersatz grâce au droit de l'Union européenne relatif aux personnes lanceuses d'alerte. En effet, la transposition par la France de la directive 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil, en date du 23 octobre 2019 et intitulée *Directive sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union*, a été l'occasion d'introduire quelques normes juridiques visant à lutter contre les procès-bâillon, mais seulement dans la mesure où la personne ciblée est traitée comme une lanceuse d'alerte. Ainsi, la loi n° 2022-401 en date du 21 mars 2022 et intitulée *Loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte*, a non seulement réhaussé, en son article 9, I, alinéa 5, le montant de l'amende civile que le juge a le pouvoir de prononcer en cas de poursuite abusive[21] : 60 000 € désormais contre 10 000 ou 15 000 € auparavant (selon que la poursuite concernait la voie civile ou pénale), mais surtout, en son article 6, alinéa 22, a prévu l'insertion dans la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 d'un article 10-1 dont le III., A, alinéa 2 octroie au juge le pouvoir peu commun, dans les procédures dites de représailles contre le ou la lanceuse d'alerte, d'imposer *in limine litis* à la partie en demande de couvrir les frais de l'instance, voire les subsides de la partie ciblée lorsque sa situation financière s'est gravement dégradée en raison du signalement ou de la divulgation publique. On le voit, par ces dispositions, si aucune mesure n'est prise au stade de la validité de l'action – ce que nous semble être la fin de non-recevoir tirée de la violation de la liberté d'expression qu'on trouve en droit québécois et que réclame Greenpeace dans la procédure précitée –, des remèdes spéciaux sont en revanche développés sur le terrain de la responsabilité de la personne à l'origine du procès-bâillon. Cette prise en compte très mesurée des problématiques propres aux procès-baillons pourraient néanmoins demain s'étendre au-delà du domaine du lancement d'alerte et concerner en outre tant la responsabilité que la validité de l'action en justice.

B. *De lege ferenda*

Le droit des procès-bâillon pourrait connaître une avancée spectaculaire si était adoptée en 2024 la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil intitulée en abrégé

[21] Art. 6, III, loi 2022-401 https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045388745

Poursuites stratégiques altérant le débat public[22]. Le texte est en bonne voie d'adoption puisque le trilogue s'est achevé et que, à sa suite, le Conseil européen a donné son accord, dans une décision du « Comité des représentants permanents » en date du 20 décembre 2023, tout comme le Parlement européen, par une décision du 27 février 2024. Aussi ne manque-t-il plus désormais que l'accord de la Commission – lequel nous semble très probable – pour que le texte soit adopté. Or, une telle directive va modifier en profondeur l'office du juge, tant au stade de l'instance que de sa décision finale.

Au stade de l'instance d'abord, le texte prévoit que les États doivent soutenir la partie en défense, notamment en facilitant l'intervention d'ONG assurant la protection ou la promotion des droits des personnes participant au débat public (article 9) ou en exigeant un dépôt de garantie de la part du demandeur pour couvrir les éventuelles condamnations à rembourser au défendeur ses frais d'instances, voire à couvrir une éventuelle condamnation pour procédure abusive, si de tels dommages-intérêts sont prévus par le droit national (article 10). De même, un ultime article, ajouté au cours des négociations, prévoit que les États membres doivent informer les personnes ciblées de mesures de soutien, quand elles existent, non seulement l'aide financière au titre au de l'aide juridique, mais aussi le soutien psychologique et associatif dont la personne ciblée pourrait bénéficier avec l'aide d'ONG ou d'autres parties prenantes, susceptibles de mener des campagnes de sensibilisation (article 19). Par ailleurs, le texte demande aux États de mettre en place des procédures de rejet rapide des procès-baillons (article 11 et suivants), ce qui pourrait prendre par exemple la forme, en droit français, d'un pouvoir conféré au juge de déclarer la demande irrecevabilité, un peu comme cela avait été proposé par les autaires du rapport précité remis à Thierry Mandon en 2017. Le texte final a en revanche abandonné l'idée que la demande tendant à faire juger rapidement la requête puisse conduire, le temps de son examen, à la suspension de l'instance, ce qui aurait permis de préserver les finances de la partie en défense, alors non contrainte de se défendre immédiatement sur la totalité des accusations.

Au stade de la décision ensuite, la proposition de directive complète l'office du juge en ses articles 14 et 15, en lui conférant le pouvoir de condamner la partie en demande à payer à la partie en défense *primo* l'ensemble de ses frais (sauf excès manifestes) et non les seuls dépens et *secundo* des dommages-intérêts pour les demandes abusives intentées, et cela quand bien même il y aurait eu désistement d'instance ou retrait de la demande abusive (article 8) et quand bien même la requête abusive aurait été introduite à l'étranger (article 17), ce qui élargirait au passage la compétence internationale des juges, montrant par-là les efforts des institutions européennes pour avoir un impact normatif au-delà des seules frontières territoriales de l'Union[23]. Surtout, la proposition prévoit en son article 15 la possibilité pour le juge d'infliger des sanctions dissuasives, pas forcément au bénéfice de la personne bâillonnée, ce qui pourrait conduire à des amendes civiles proportionnées au chiffre d'affaires et non plus seulement plafonnées à quelques dizaines de milliers d'euros, comme c'est actuellement le cas en droit français, ce qui n'a aucun effet dissuasif pour les entreprise multinationales. On relèvera enfin, au titre toujours de la décision rendue par les juges, le pouvoir qui leur est donné de refuser la reconnaissance ou l'exécution de toute décision étrangère admettant une demande qui aurait été considérée comme manifestement infondée ou abusive dans l'État où la reconnaissance est sollicitée (article 16).

On le voit, ce texte modifierait sensiblement l'office du juge. Pour autant, si ce texte venait à être adopté, il n'en laisserait pas moins subsister un grand trou relativement aux procédures pénales et aux procédures d'arbitrage (y compris semble-t-il forcé), lesquelles ne rentrent pas

[22] *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes qui participent au débat public contre les procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives*, COM/2022/177 final., 27 avr. 2022.

[23] *Adde* l'art. 16 prévoyant la non-reconnaissance et la non-exécution des décisions étrangères de procès-bâillon.

dans son champ d'application, tel qu'envisagé par l'article 2 du projet de directive. Il pourrait dès lors être opportun que le législateur français opère une transposition *a maxima* de la directive, ouverte aux procédures pénales, ainsi que l'ont demandé certaines institutions européennes tel le Parlement Européen dans une résolution de 2021[24]. Sans cette extension, l'action par exemple entreprise par Total contre Greenpeace sur le fondement d'un délit boursier risquerait fort d'échapper au dispositif protecteur.

Cela étant, malgré ces réserves, dont il n'est pas sûr à cette heure qu'elles affecteront le droit français si une transposition *a maxima* était retenu, l'adoption de cette proposition de directive constituerait assurément une grande avancée pour la démocratie, en contribuant à lutter contre un des méfaits de l'accroissement du déséquilibre des forces en présence causés par un capitalisme insuffisamment régulé. Il nous semble qu'un profit au moins aussi grand pourrait être retiré de l'adoption de textes encadrant les procès-levier, non pas pour les limiter comme les procès-bâillons, mais au contraire pour les faciliter. Pourtant, ces textes tardent à émerger.

II. L'émergence lointaine d'un droit des procès-baillons

Si la réflexion doctrinale sur les procès-levier est au moins, si ce n'est plus, aussi abondante – encore que les concepts utilisés pour les appréhender soient multiples et la réflexion globale sur ces derniers rare[25] – et ancienne que ne l'était celle sur les procès stratégiques[26], elle est en revanche moins avancée du point de vue opérationnelle. D'où, dès lors, un droit des procès-levier qui reste très largement à construire, aucune structure (inter/para)étatique n'ayant à ce jour adopté ou proposé un cadre juridique complet sur la promotion de tels procès, même si certains États, sur des questions distinctes, ont pu en poser différentes briques, soit par voie règlementaire ou législative, comme au Canada[27], à propos

[24] Parlement européen, *Renforcer la démocratie ainsi que la liberté et le pluralisme des médias dans l'UE*, Résolution du 11 nov. 2021.

[25] V. sur ce point B. Moron-Puech, J. Béal-Long et J. Kolbe-André préc., spé. p. 2-3.

[26] *Idem*, où nous rappelons que cette réflexion apparaît dès la deuxième moitié du XXe siècle. Sur son importance quantitative, nous n'avons pas de liste exhaustive des sources de part et d'autre, mais il nous paraît net que, si on prend en compte la législation sectorielle sur les procès-lever, on est sur un volume de documentation bien supérieur pour ceux-ci par rapport à celui existant pour les procès-bâillon.

[27] À partir de 1978, le Canada a lancé un fonds pour financer les procès liés à l'égalité linguistique, semble-t-il par des simples décisions budgétaires non publiées et dont nous n'avons pas retrouvé la trace. À l'époque il s'agissait pour le Gouvernement fédéral de réagir d'une manière acceptable démocratiquement aux tentations sécessionnistes du Québec, en particulier la Loi 101 portant charte linguistique du Québec : plutôt que de chercher à obtenir lui-même l'annulation de cette loi par la Cour suprême, il a espéré que des justiciables s'en chargeraient pour lui. Toutefois, ne voyant venir aucune de ces actions, il a décidé de mettre en place un fonds d'aide au financement de telles actions en justice, d'où la naissance du *Programme de contestation judiciaire*. Le dispositif, étendu à plusieurs reprises, mais aussi plusieurs fois supprimé au gré des majorités peu favorables à la remise en cause de leurs normes juridiques par de telles procédures (sur cette histoire, v. not. J.M.R. Karwacki, *The two passions of Pierre Elliott Trudeau: language and rights. The Court challenges program, 1978-1994*, mémoire de Master, Université du Saskatchewan, 1994 ; L. Cardinal, « Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada. Une étude du Programme de contestation judiciaire », *Politique et Sociétés*, 19(2-3), 2000, pp. 43-64 ; I. Brodie, « Interest Group Litigation and the Embedded State: Canada's Court Challenges Program », *Revue Canadienne de Science Politique*, 34(2), 2001, pp. 357-376 ; *adde* l'historique non sourcé et non daté établi probablement en 2006 ou 2007 par The Coalition of Child Care Advocates of British Columbia), a été finalement sécurisé par le Parlement en 2023 dans la *Loi visant l'égalité réelle entre les langues officielles du Canada* dans ses articles 43 et 52, consacrés respectivement à l'égalité linguistique et aux droits fondamentaux en général, écho à l'histoire de l'extension de ce programme. Il se prénomme désormais *Programme de contestation judiciaire* et dispose de son propre site internet.

de l'aide au financement de tels procès, soit par voie juridictionnelle, comme en Inde, à propos de l'intérêt à agir à la suite d'une carence du Parlement[28].

Avant de présenter ce à quoi pourrait ressembler un droit des procès-levier (B), nous voudrions donc tenter de comprendre les raisons de l'absence d'un dispositif complet sur ces procès-levier (A), confiant que lever le voile sur ces (mauvaises) raisons permettra de mieux les combattre et, ce faisant, d'accélérer l'émergence d'un droit des procès-leviers.

A. Les raisons de la lenteur

Si l'émergence d'un droit des procès stratégiques tarde à émerger c'est au moins pour deux raisons, l'une plus technique, tenant au postulat de neutralité de l'action en justice, l'autre plus politique, tenant à l'idée que Parlement et Gouvernement peuvent avoir de la légitimité du juge.

Premièrement, élaborer un droit des procès-levier suppose de faciliter la situation d'une des parties à l'instance, soit lors de la formulation des demandes en justice (notamment en élargissant le critère de l'intérêt à agir), soit lors de leur examen (notamment avec des règles sur la preuve ou le financement du procès). Cela suppose donc de juger que certaines actions en justice seraient plus désirables que d'autres, ce qui peut sembler quelque peu problématique. Ceci heurte en effet de front un principe qu'un collègue spécialiste de procédure civile a désigné comme le « principe de neutralité de l'action en justice ». Si ce principe peut être accepté entre des parties de forces égales, il ne l'est guère en cas de déséquilibre trop important des forces en présence. Dans ce cas, le principe d'égalité des armes, tiré notamment par la Cour européenne des droits de l'homme de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, nous semble commander des mesures de faveur à l'égard de la partie faible, à l'image de ce qu'on a d'ailleurs pu constater plus haut pour le droit des procès-bâillons. Au demeurant, un tel mécanisme correctif ne serait qu'une application, dans le domaine procédural, de l'approche exigeante de l'égalité qu'adopte depuis les années 2000 la Cour européenne des droits de l'homme, car pour elle l'égalité c'est aussi traiter différemment des personnes placées dans des situations distinctes[29]. En lien avec cette faiblesse technique ajoutons, comme l'a récemment souligné Tarik Lakssimi, en se plaçant derrière les pas de l'ancienne Première président de la Cour de cassation[30], que « [n]otre procédure civile classique n'est cependant pas adaptée à ce type de procès de société » (ce que nous appelons ici les procès-levier) car,

---

[28] La Cour suprême indienne a, dès 1975, déploré l'absence de dispositif permettant d'assouplir les exigences procédurales, mais a respecté un temps le silence du législateur, tout en réitérant ses regrets, comme un appel du pied (pour la décision inaugurale, v. *The Newabganj Sugar Mills Co. Ltd.* et al.... *vs The Union of India* et al., 16 Sept., 1975). Toutefois, en 1980, dans une affaire où il était aisé d'imaginer que l'opinion publique accepterait le coup de force des juges –il s'agissait de permettre à une personne tierce, dans l'intérêt du public, d'interjeter appel d'une relaxe d'une personne manifestement coupable, relaxe prononcée à la suite d'une corruption étendue au sein système judiciaire lui-même –, la Cour suprême a créé un ersatz de droit des procès stratégiques en acceptant que, dans les procès d'intérêt public (*public interest litigation* [*PIL*] en anglais), toute personne agissant de bonne foi puisse avoir un intérêt à agir (*P. S. R. Sadhanantham vs Arunachalam & Anr*, 1er févr. 1980). Un an plus tard, la Cour suprême prit le temps de rappeler les origines états-uniennes de la réflexion sur ces procès, d'en poser la définition – « *litigation undertaken for the purpose of redressing public injury, enforcing public duty, protecting social, collective, 'diffused' rights and interests or vindicating public interest* » – et d'en justifier les aménagements procéduraux qu'elle avait commencés à esquisser – « *in a country like India where access to justice being restricted by social and economic constraints, it is necessary to democratise judicial remedies, remove technical barriers against easy accessibility to Justice and promote public interest litigation so that the large masses of people belonging to the deprived and exploited sections of humanity may be able to realise and enjoy the socio-economic rights granted to them and these rights may become meaningful for them instead of remaining mere empty hopes* » (*S.P. Gupta vs President Of India* et al., 30 déc. 1981).

[29] CEDH, *Thlimenos c. Grèce*, 6 avr. 2000, n° 34369/97, §44.

[30] C. Arens, « Les grands enjeux contemporains de l'office du juge en matière civile », *RTD civ.*, 2023, p. 573.

poursuit-il « [l]'action en justice repose […] sur l'idée d'un intérêt direct et personnel qui semble largement se confondre avec l'intérêt général dans ces procès qui dépassent les parties qui les ont initiés […]. Comment articuler, par exemple, le rôle du ministère public avec celui des particuliers ou groupement qui agissent […] ? C'est tout l'enjeu du renouveau de l'office du juge qui conduit à repenser le procès tel qu'on le perçoit traditionnellement »[31], même si cela suscite parfois de résistances[32], souvent plus politiques que techniques.

En effet, s'il est si difficile de reconnaître au juge intervenant dans le cadre d'un procès-levier un office du juge accru, c'est aussi, deuxièmement, pour des raisons de nature politique tenant aux inquiétudes quant à la légitimité des juges à exercer de telles fonctions, inquiétudes cristallisées dans l'expression « gouvernement des juges »[33]. Il faut pourtant rappeler que cette expression a été forgée par le juriste lyonnais Édouard Lambert pour rendre compte d'une situation tout à fait distincte de celle des procès-levier. En effet, Lambert l'a utilisé pour désigner la politique juridictionnelle de la Cour suprême des États-Unis qui, instrumentalisant certaines affaires, s'opposât, grâce à une interprétation audacieuse de la Constitution états-unienne, à des réformes sociales portées un Gouvernement nouvellement élu, en accord avec ses promesses de campagne, et visant à rééquilibrer les règles du jeu économique[34]. L'un des arrêts emblématiques de ce gouvernement des juges est l'arrêt *Lochner*[35] où la Cour suprême, au nom de la liberté de contracter d'un boulanger, a déclaré contraire à la Constitution états-unienne une loi limitant la durée hebdomadaire du travail à soixante heures. L'expression de « gouvernement des juges » a donc été choisie pour souligner que ce n'était plus tant le Gouvernement élu qui décidait, mais la Cour suprême qui prenait sa place en rendant des décisions diamétralement opposées à son programme. Or, compte tenu de ce contexte d'émergence du concept de Gouvernement des juges, il paraît fort délicat de l'étendre à l'hypothèse du juge faisant droit aux demandes à lui présentées dans un procès levier, en particulier dans l'hypothèse où ce procès-levier concerne des droits humains et fait suite à la carence des autorités publiques sur une question donnée ou à leur capture par certains groupes qui ont imposé un texte ne prenant en compte que leur seuls intérêts et non ceux du peuple tout entier. En effet, la juridiction saisie dans l'une de ces deux hypothèses et qui ferait droit aux demandes ne gouvernerait pas « à la place » du Gouvernement ou du Parlement. Elle viendrait seulement pallier les carences des autorités publiques ou corriger les vices de leur délibération, et encore de manière seulement provisoire, le temps que le législateur reprenne la main en prenant mieux en compte les intérêts du peuple. En France, où les articles L. 111-1 du code de l'organisation judiciaire et L. 2 du code de la justice administrative rappellent que les juges agissent au nom du peuple français, ces derniærs* nous semblent avoir toute légitimité pour faire droit aux demandes qui leur sont présentées dans le cadre d'un procès-levier. Le président du Conseil constitutionnel français ne me semble pas avoir dit autre chose quand, à la rentrée 2022 de Sciences po Paris, il invita les juges à être novataires* et suggéra que face aux forêts qui brulaient il faudrait surtout brûler « nos modes de pensée traditionnelles », visant semble-t-il par là une vision traditionnelle de la séparation des

[31] T. Lakssimi, « Propriété environnement et office du juge », *Rec. Dalloz* (à paraître), 2024.

[32] En dernier lieu P.-Y. Gautier et C. Perchet, « *Summum jus, summa injuria* : le juge français recompose à lui seul les valeurs sociales », *Rec. Dalloz*, 2023, p. 2246.

[33] Sur laquelle v. en dernier lieu C. Boutin, B. Daugeron et F. Rouvillois (dir.), *Contre le gouvernement des juges ?*, Cerf, 2023.

[34] É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, rééd. préf. F. Moderne, Dalloz, 2005.

[35] USSC, *Lochner v. New-York*, 25 févr. 1905, 198 US 45 ; sur lequel v. not. C. Sunstein, « Lochner's Legacy », *Columbia Law Review*, 87 (5), 1987, pp. 873-919 ; É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2010, p. 140.

pouvoirs[36]. Reste que, pour l'instant, cette opinion demeure minoritaire et qu'elle ne se traduit encore que peu dans les sources du droit positif qu'il convient à présent d'examiner.

B. L'état du droit positif

Pour l'instant, ni *de lege lata* ni *de lege ferenda*, on ne trouve de textes visant à encadrer les procès-leviers, malgré leur apport à la démocratie. Notons néanmoins que le cadre juridique des actions de groupe pourrait voir éclore certaines dispositions embryonnaires à ce sujet et qui pourraient à terme avoir une incidence sur l'office du juge dans les procès stratégiques en général. En effet, dans son avis sur la proposition de loi sur l'action de groupe, adoptée le 8 mars 2023 en 1re lecture par l'Assemblée nationale, la Défenseure des droits a suggéré différentes mesures d'aide au financement de l'action de groupe, telle la création d'un fonds de financement alimenté par les amendes civiles prononcées sur décision du juge[37]. Or, les actions de groupe étant un des leviers possibles des procès stratégiques démocratiques, l'adoption de ces mesures pourrait poser la première d'un droit des procès stratégique.

Pour l'heure, à défaut donc de textes en droit positifs, on peut néanmoins faire état de quelques pratiques judiciaires salutaires touchant à l'office du juge. Première pratique judiciaire : examiner le fonds de l'affaire avant ou malgré les exceptions de procédure[38] ou, à défaut, apprécier souplement l'intérêt à agir, soit comme le fait d'une manière générale la Cour suprême indienne dans ce qu'elle appelle les contentieux d'intérêt public (*public interest litigation*)[39], soit de manière ponctuelle comme ce fut le cas dans le contentieux climatique néerlandais *Urgenda*[40]. Dans l'affaire Total, si les premiers juges avaient procédé ainsi, on aurait évité quatre années de procédures. Deuxième pratique judiciaire : donner aux juges les moyens de traiter ces contentieux avec des circuits d'examen particuliers et une ouverture sur la société civile. La première pratique est par exemple proposée dans le rapport de la « Commission Nallet »[41] mandaté par le ministère de la Justice et reprise dans un rapport ultérieur produit par la Cour de cassation elle-même[42], depuis lors suivi d'effet. La seconde est l'une des propositions du rapport Cassation 2030, non encore appliqué cette fois, et qui propose d'instaurer, pour les affaires dites « phares », une « procédure interactive ouverte »[43]. Proposer une motivation enrichie va également dans le même sens et c'est ce que recommande un autre rapport de la Cour de cassation[44], même si en pratique, pour des raisons

---

[36] L. Fabius, *Leçon inaugurale*, École de droit de Sciences Po, Paris, 28 sept. 2022.

[37] Avis relatif à la proposition de loi n° 639 relatif au régime juridique des actions de groupe, 23 févr. 2023, n° 23-03 et, soulignant ce lien avec le droit des procès stratégiques, v. J. Kolbe-André et B. Moron-Puech, « L'avis de la Défenseure des droits sur l'action de groupe, vers un cadre juridique pour les procès stratégiques ? », *Recueil Dalloz*, N° 20, 2023, pp. 1021-1022. Malgré la suppression du dispositif d'amendes civiles par le Sénat, la Défenseure des droits a maintenu sa recommandation initiale sur ce point (*Avis relatif à la proposition de loi n° 420 relative au régime juridique des actions de groupe*, 18 janv. 2024, n° 24-01).

[38] Pour une illustration v. not. TA Paris, *Association Francophonie Avenir*, 14 mars 2023, n° 2206681/2-1 et notre commentaire « La reconnaissance des variations diaéthiques du français : une avancée pour les droits des femmes et des minorités genrées », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2023, n° 16.

[39] V. *supra* note 28. Sur les contentieux d'intérêt public, v. L. Rajamani, « Public Interest Environmental Litigation in India. Exploring Issues of Access, Participation, Equity, Effectiveness and Sustainability », *Journal of Environmental Law* 2007, vol. 19(3), p. 293-321 cité dans R. Colson, « Une justice pour l'environnement », *in Mélanges en l'honneur de Loïc Cadiet*, p. 352.

[40] Hoge Raad (Conseil d'État), *Urgenda*, 13 janv. 2020, ECLI:NL:HR:2019:2007.

[41] H. Nallet (dir.), « Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile », Rapport au nom de la Direction des affaires civiles et du sceau, 30 sept. 2019.

[42] Cour de cassation, P. Chauvin, C. Soulard et B. Cathala, *Rapport du groupe de travail Méthodes de travail*, juin 2020.

[43] Commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 », *Rapport*, juill. 2021.

[44] Cour de cassation, *Motivation enrichie : le guide de rédaction*, 26 sept. 2023.

parfois peu avouables[45], les juridictions s'y refusent parfois. Troisième pratique judiciaire : assurer une communication efficace sur ces affaires, comme le font bien souvent les juridictions administratives, surtout du fond[46], de manière à rouvrir un espace démocratique et à lutter contre la capture de la démocratie. Par ailleurs, on pourrait envisager, sur certains points, de s'inspirer du droit des procès-bâillons examiné plus haut. Pourrait par exemple être prévu un dispositif de prise en charge des frais procéduraux de la partie en demande par la partie en défense. Si tous ces moyens étaient mis en œuvre, commenceraient donc à émerger des pratiques nouvelles infléchissant l'office traditionnel du juge et qui pourraient permettre de retrouver un équilibre entre les parties à l'instance d'un procès stratégique, en particulier ceux mettant en cause les libertés économiques.

[45] V. not. Cass., 1re civ, 5 juill. 2023, n° 22-13.457, où, malgré les demandes en ce sens de l'avocate générale dans son avis, ont été refusées, sans aucune justification légitime discernable, les propositions de réaliser une motivation enrichie, dans une affaire posant la question de la réparation des dommages liés à la traite négrière et à l'esclavage, dans un procès-levier porté par plusieurs associations. Sur cette affaire v. not. M. Eliphe, M. Cormier et B. Moron-Puech, « L'introuvable réparation des préjudices liés à la traite négrière et l'esclavage », *Recueil Dalloz*, n° 38, 2023, pp. 1954-1955.

[46] V. ainsi, dans les exemples du contentieux du langage inclusif, les arrêts du TA Paris précité et TA Grenoble, *Université Grenoble-Alpes* 11 mai 2023, n° 2005367 ; le Conseil d'État est moins exemplaire si l'on songe aux contentieux historiques concernant les droits des personnes intersexes (CE, 2 oct. 2019 [2 arrêts], nos 422197 et 420542 ; CE, 14 avr. 2023 et 1er févr. 2024, n° 470546) ou sur la langue inclusive (CE, 28 févr. 2019, n° 417128) portés par l'association *Alter Corpus* (ex GISS) dont le soussigné est membre et qui n'ont fait l'objet d'aucune publication alors qu'ils posaient des questions de société et parfois juridiques inédites.