

Jurisprudence étrangère

PAR JULIEN JEANNENEY

Les mobiles en procès La Cour constitutionnelle sud-africaine face aux procédures-bâillons

Cour constitutionnelle sud-africaine, 14 novembre 2022, n° 66/21, *Mineral Sands Resources (Pty) Ltd v. Reddell*

Mots clés : procédures-bâillons, défense procédurale, abus de procédure, détournement de procédure, mobiles des demandeurs, abus du droit d'agir en justice, discours sur des questions d'intérêt général, diffamation, liberté d'expression, égalité des armes

1. Faire taire ses critiques. L'ambition est de toujours ; les moyens sont en constant renouvellement. Un retournement, à cet égard, mérite l'attention. Longtemps imaginées comme une contrainte pour les censeurs, les règles de droit et les institutions juridictionnelles risquent de se muer, pour certains d'entre eux, en précieuses ressources. Le stratagème est le suivant. Des entreprises intentent devant le juge civil des recours contre des individus – le plus souvent, des militants, des journalistes ou des membres d'organisations non gouvernementales –, en réclamant qu'ils leur versent des dommages-intérêts élevés. Le contentieux, alors, n'est qu'un moyen au service d'un objectif plus sournois. Peu importe que les chances de succès des requérants soient apparemment faibles. Épuisées par de longs mois de procédure, appauvries par les honoraires de leurs avocats, les victimes de ces recours préféreront sans doute, en contrepartie d'un abandon des poursuites, retirer leur propos, présenter des excuses publiques et se taire à l'avenir. À quoi s'ajoute la portée indirecte escomptée de ces recours : conscients des risques ainsi encourus, d'autres militants, d'autres journalistes, hésiteront peut-être, demain, à prendre la parole. Pour désigner ces pratiques, on emploie couramment, en français, les expressions « poursuites-bâillons » ou « procédures-bâillons ¹ ».

La tendance croît de façon exponentielle. En Europe, on compte huit procédures de ce type en 2012, quatorze en 2014, quatre-vingt-cinq en 2017, cent quatorze en 2020 ². Sur ce continent, la prise de conscience collective des méfaits de ces pratiques se trouve accélérée par l'assassinat de la journaliste d'investigation maltaise Daphne Caruana Galizia en octobre 2017. Il est alors révélé qu'elle fait l'objet de quarante-sept procédures juridictionnelles, civiles ou pénales, vouées à l'empêcher de publier le fruit de ses enquêtes ³. Pour l'essentiel, ces recours ont été introduits devant des juridictions britanniques, réputées

favorables aux requérants en matière de diffamation ⁴. En France aussi, des universitaires, des journalistes et des organisations non gouvernementales se plaignent, depuis peu, de procédures similaires ⁵.

En réaction à ce mouvement, plusieurs initiatives sont prises en Europe – quoique les États européens n'aient pas encore adopté de lois spécifiquement destinées à lutter contre ce phénomène. Une proposition de directive tendant à lutter contre les procédures-bâillons à caractère transnational est déposée par la Commission européenne au printemps 2022 ⁶. Une recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe invite les autorités nationales, en mars 2018, à envisager l'adoption de lois destinées à lutter contre cette tendance dans le champ numérique ⁷. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, qui invite les États à créer un environnement normatif favorable à la mobilisation publique, en garantissant la faculté d'exprimer ses opinions sans crainte des conséquences potentielles de son exercice ⁸, elle juge que la réclamation de dommages-intérêts excessivement élevés peut avoir un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression – de quoi découle une obligation positive, pour les États membres, de défendre la liberté d'expression contre le risque que des personnes privées lui portent atteinte ⁹.

Dans ce contexte, une position récemment adoptée par la Cour constitutionnelle sud-africaine est riche d'enseignements. Des militants et des avocats critiquent publiquement les activités polluantes d'une compagnie minière. Cette dernière forme, à leur encontre, une requête en diffamation devant un juge civil. Elle leur réclame collectivement l'équivalent de 700 000 euros. Devant le juge du fond, puis devant elle, les défendeurs soulèvent un moyen de défense procédural ¹⁰ fondé sur l'assimilation de ces poursuites à une procédure-bâillon, qu'ils interprètent comme un détournement de procédure. La Cour constitutionnelle, qui se confronte à ce phénomène pour la première fois de son histoire, ne se contente pas de fournir des critères clairs pour identifier de tels procédés : elle juge que le seul mobile d'un requérant, essentiel pour les identifier, ne saurait constituer un moyen de défense autonome, sans égard pour le bien-fondé de la requête – en des termes propres à susciter une réflexion sur certains

(1) V., R. MacDonald et al., *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites bâillons (SLAPP)*, Rapport du Comité au ministre de la Justice, Montréal, 2007 ; D. Mazeaud et al., *Rapport sur les procédures bâillons*, secrétariat d'État à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, 20 avr. 2017.

(2) V., Coalition Against SLAPPs in Europe, *Shutting Out Criticism : How SLAPPs Threaten European Democracy*, mars 2022, p. 18. V. égal. P. Bárd, J. Bayer, N. Chun Luk, L. Vosyliute, « Ad-Hoc Request. SLAPP in the EU Context », étude commandée par la Commission européenne, 29 mai 2020.

(3) V., J. Garside, « Murdered Maltese reporter faced threat of libel action in UK », *The Guardian*, 1^{er} juin 2018.

(4) V., J. Elgot, « UK to clamp down on libel "lawfare" by the rich in English courts », *The Guardian*, 17 mars 2022 ; D. Davis, « Democracy is at risk. We can't let oligarchs exploit British courts to silence their critics », *The Guardian*, 29 nov. 2022.

(5) V., « "Censure" de Mediapart : la justice doit trancher mercredi », *Le Figaro*, 30 nov. 2022 ; J.-P. Canet et al., « Des journalistes et des ONG dénoncent des "poursuites bâillons" de la part du groupe Bolloré », *Le Monde*, 24 janv. 2018.

(6) 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 ("poursuites stratégiques altérant le débat public") », 27 avr. 2022.

(7) Conseil de l'Europe, recommandation CM/Rec(2018)2 du Comité des ministres aux États membres « sur les rôles et les responsabilités des intermédiaires d'internet », 7 mars 2018, annexe 1.3.4.

(8) V., CEDH 15 déc. 2010, n°s 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, *Dink c/ Turquie*.

(9) V., CEDH 15 sept. 2017, n° 28199/15, *Independent Newspapers (Ireland) Ltd v. Ireland*.

(10) Sur cette formule renvoyant, en France, à l'exception de procédure et à la fin de non-recevoir, v. J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, coll. « Précis Domat », 2019, p. 125-126.

usages détournés du droit d'agir en justice. Pour en percevoir l'importance, il convient d'abord, au gré d'un bref détour par les États-Unis d'Amérique, d'examiner le cadre dans lequel ont été théorisées ces procédures-bâillons.

Le silence par le droit

2. « Des milliers de nos concitoyens sont poursuivis en justice pour avoir simplement exercé l'un de nos droits les plus précieux : faire part de nos opinions aux autorités publiques, faire entendre notre voix sur des questions d'intérêt général¹¹ ». Inspirés par le constat effectué quinze ans plus tôt par des étudiants de l'Université du Michigan¹², deux professeurs à l'Université de Denver, aux États-Unis, le juriste George W. Pring et la sociologue Penelope Canan, s'intéressent, à partir du milieu des années 1980, à cette forme alors nouvelle d'intimidation par le droit : l'instrumentalisation de procédures juridictionnelles vouée à museler la participation citoyenne à des débats d'intérêt général¹³. Pour les désigner, ils proposent un acronyme : « SLAPPs », « gifles » en anglais, pour *Strategic Lawsuits Against Public Participation* – des poursuites juridictionnelles stratégiques tendant à dissuader la mobilisation publique. De ce phénomène alors diffus, ces auteurs perçoivent d'emblée les conséquences potentielles considérables. Il convient d'en préciser les contours.

3. Les demandeurs à de telles actions en justice sont généralement des entités – entreprises, personnes publiques – dont les ressources financières sont vastes. Leurs recours sont portés devant le juge civil. Les défendeurs peuvent être de simples individus, des militants, des associations ou des organisations non gouvernementales – ce qui provoque habituellement, entre les parties, une inégalité des armes d'ordre matériel.

Les préjudices allégués ne sont, le plus souvent, que des prétextes. Les faits litigieux n'ont pas été commis dans l'intérêt personnel des défendeurs. Ils sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts – économiques et commerciaux, en particulier – des demandeurs. Ils peuvent être divers : une lettre adressée à un responsable politique, le recueil de signatures en soutien d'une pétition, un commentaire lors d'une réunion publique préalable à un projet de développement foncier, le signalement à une autorité gouvernementale d'une pratique méconnaissant une norme environnementale, un propos tenu lors d'une audition parlementaire, voire un simple commentaire sur internet sous pseudonyme¹⁴. Les qualifications juridiques privilégiées par les demandeurs sont multiples : la diffamation, le plus souvent, mais aussi les pour-

suites abusives, les abus de procédure, les ingérences fautives dans les relations commerciales ou contractuelles, la collusion frauduleuse. Substantiellement, les questions environnementales tiennent une place de choix dans ces procédures-bâillons¹⁵, tout comme les questions d'urbanisme, de droit rural ou les droits politiques.

Quant aux prétentions formulées par les demandeurs, elles sont généralement de trois types : que les défendeurs soient condamnés à verser d'importants dommages-intérêts – ce qu'ils ne sont, le plus souvent, pas en mesure de faire ; qu'ils prononcent des excuses publiques à leur endroit ; qu'il leur soit enjoint, pour l'avenir, de ne pas réitérer le comportement litigieux.

4. Deux perspectives distinctes peuvent être adoptées pour appréhender ces procédures. La première, traditionnelle, s'attache à examiner leur résultat immédiat. À cette aune, elles sont bien souvent des échecs. Leurs auteurs n'obtiennent que rarement ce qu'ils demandent – soit que leurs prétentions soient rejetées *in limine litis*, soit qu'ils se désistent eux-mêmes de l'instance, après un accord éventuel avec les défendeurs, soit que l'examen au fond de leur requête ne leur soit pas favorable. L'essentiel, pourtant, ne se joue pas là. La seconde perspective est, dès lors, plus éclairante. Elle permet de mettre en valeur la signification véritable de ces procédures aux yeux de ceux qui y recourent, l'objectif qu'ils attachent à ces dernières : il s'agit moins de réparer la faute passée que de dissuader, pour l'avenir, les comportements analogues, dans l'espoir de contribuer à étouffer les critiques.

Le subterfuge présente plusieurs avantages stratégiques. Il renverse, d'abord, la charge de la preuve. Par une singulière inversion des forces, citoyens et militants d'hier doivent désormais prouver que le requérant n'est pas leur victime¹⁶. Il affecte, ensuite, la réputation des défendeurs. L'attention collective se déplace de l'objet de leurs critiques initiales – l'atteinte alléguée à l'environnement, par exemple – vers l'objet de la procédure – le caractère éventuellement diffamatoire des propos tenus par les défendeurs. La ruse conduit, en outre, à porter le combat sur un nouveau terrain, plus favorable aux demandeurs. Les défendeurs quittent le forum public qui leur est familier pour rejoindre le forum juridictionnel, où le langage est technique et où se règlent, le plus souvent, des litiges d'ordre privé. Il ne s'agit plus de lutter pour une cause qui leur tient à cœur. Plus prosaïquement, il leur faut désormais se battre pour éviter d'être ruinés¹⁷.

Ainsi s'explique la victoire presque assurée des demandeurs – jusque dans leur défaite contentieuse éventuelle. Ils tirent profit de l'affaiblissement matériel et psychologique de leurs adversaires. Peu importe que ces derniers finissent, dans le prétoire, par l'emporter : en regard des frais engagés, du temps perdu, des désagréments psychologiques provoqués par un tel cheminement, au fil d'assignations, de dépositions, de rendez-vous avec des avocats, de la crainte de lourdes condamnations pécuniaires, ils en garderont le goût amer d'une victoire à la Pyrrhus. La violence de la procédure aura écrasé tout le reste. On ne les y reprendra

(11) G. W. Pring, P. Canan, *SLAPPs. Getting Sued for Speaking Out*, Philadelphia, Temple University Press, 1995, p. 1.

(12) « Counterclaim and Countersuit Harassment of Private Environmental Plaintiffs : The Problem, Its Implications, and Proposed Solutions », *Michigan Law Review*, vol. 74, n° 1, 1975, p. 106-130.

(13) V., G. W. Pring, P. Canan, « Studying Strategic Lawsuits Against Public Participation : Mixing Quantitative and Qualitative Approaches », *Law & Society Review*, vol. 22, n° 2, 1988, p. 385-400 ; *id.*, *id.*, « Strategic Lawsuits Against Public Participation », *Social Problems*, vol. 35, n° 5, 1988, p. 506-519 ; G. W. Pring, « SLAPPs : Strategic Lawsuits Against Public Participation », *Pace Environmental Law Review*, vol. 7, n° 1, 1989, p. 2-21 ; G. W. Pring, P. Canan, « Strategic Lawsuits Against Public Participation » ("SLAPPs") : An Introduction for Bench, Bar and Bystanders », *Bridgport Law Review Quinnipiac College*, vol. 12, n° 4, 1992, p. 937-962.

(14) V., Sh. B. Spencer, « CyberSLAPP Suits and John Doe Subpoenas : Balancing Anonymity and Accountability in Cyberspace », *UIC John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, vol. 19, n° 3, 2001, p. 493-521 ; N. Gleicher, « John Doe Subpoenas : Toward a Consistent Legal Standard », *Yale Law Journal*, vol. 118, n° 2, 2008, p. 320-368.

(15) V., P. H. Amundsen, D. A. Schwartz, « "SLAPP" Suits : An Assault on the Right to Petition the Government », *The Florida Bar Journal*, vol. 66, n° 3, 1992, p. 51-53, p. 51.

(16) V., G. W. Pring, P. Canan, *SLAPPs. Getting Sued for Speaking Out*, *op. cit.*, p. 10.

(17) V., D. J. Abell, « Exercise of Constitutional Privileges : Detering Abuse of the First Amendment – "Strategic Lawsuits Against Political Participation" », *Southern Methodist University Law Review*, vol. 47, 1993, p. 95-130, p. 113.

plus. En punissant ainsi les militants d'hier, on cherche à dégoûter les militants de demain. Sous ce rapport, ces procédures atteignent bien souvent l'objectif qui leur est assigné.

Les demandeurs prennent deux risques, qu'ils assument. D'une part, le recours peut aviver, par son existence même, la mobilisation qu'il s'attache à affaiblir. D'autre part, il peut causer un dommage à la réputation des demandeurs, à la faveur d'un phénomène de médiatisation involontaire habituellement qualifié d'« effet Streisand ». L'expression tire son nom de la chanteuse et actrice américaine Barbra Streisand. Soucieuse d'éviter la diffusion d'une photographie aérienne du littoral à Malibu, en Californie, publiée en ligne parmi de très nombreuses photos de cette ligne côtière, parce qu'elle y a reconnu sa maison, elle réclame 10 millions de dollars à son auteur – transformant ainsi en objet d'attention, pour des millions d'internautes, une photographie inoffensive à laquelle nul n'avait porté jusqu'alors attention. Dans l'ordre de la publicité négative susceptible de procéder de ces pratiques, la très longue procédure qui oppose deux militants écologistes britanniques – David Morris et Helen Steel – à l'entreprise McDonald's, entre 1986 et 2005, dans l'affaire dite « McLibel », est révélatrice : en assignant les premiers devant les juges, à raison de la diffusion, à un public modeste, d'un tract où ils mettaient en exergue certaines de ses pratiques contestables, l'entreprise donne à ces dernières un écho mondial¹⁸.

5. Pour faire face à ces assauts, les défendeurs bénéficient de toute une panoplie qu'ils peuvent mettre au service de diverses stratégies contentieuses.

Ils disposent d'abord de moyens de défense traditionnels, à droit constant, susceptibles d'être adaptés à cette configuration spécifique¹⁹. Aux États-Unis, par exemple, les chances de succès des défendeurs sont substantiellement accrues, en pratique, lorsqu'ils se prévalent des droits qu'ils tirent du Premier Amendement à la Constitution – liberté d'expression, liberté de la presse, droit de réunion et droit de pétition en particulier²⁰.

Selon les singularités de chaque ordre juridique, les défendeurs peuvent ensuite prendre les auteurs de procédures-bâillons à leur propre jeu, après que le juge leur a donné raison. Il s'agit alors de contre-attaquer en formant un recours en riposte – habituellement qualifié de « SLAPP back », littéralement une « gifle en retour », que nous proposons de traduire par « retour de bâillon » –, dans l'espoir qu'ils seront condamnés à leur verser de substantiels dommages-intérêts et que cela produira, pour l'avenir, un effet dissuasif inversé²¹. Plusieurs entreprises dont les recours contre des citoyens n'ont pas prospéré ont ainsi été condamnées par des jurys, parce qu'elles avaient méconnu

leurs droits civils et politiques, à leur verser plusieurs millions de dollars²².

Des armes nouvelles, enfin, leur sont offertes, ici et là, par des lois adoptées en réaction à la multiplication de ces pratiques. Depuis que la Californie s'est, la première, donnée une loi dite « anti-SLAPP » en 1992²³, plus de trente États sur cinquante, ainsi que le District de Washington, ont adopté des « lois anti-bâillons » comparables²⁴, sous l'influence intellectuelle, souvent, des deux auteurs qui les ont théorisées²⁵. La solution n'est certes pas idéale : elle laisse ouverte la possibilité d'introduire des procédures-bâillons devant des juridictions d'États qui ne les ont pas adoptées. Elle constitue néanmoins un commencement notable de réponse. La tendance, en outre, se diffuse dans d'autres pays. Avant les initiatives européennes précitées, des lois de ce type sont adoptées en Australie²⁶ et dans trois provinces du Canada²⁷.

Inscrites dans un mouvement plus large et ancien de lutte contre les recours fantaisistes qui témoignent d'un abus systématique du droit d'agir en justice²⁸, ces dispositions législatives prévoient généralement un mécanisme spécifique d'examen liminaire des recours, tout en prescrivant le remboursement par les demandeurs des frais de justice engagés par les défendeurs, après que ces derniers ont obtenu leur rejet sur ce fondement²⁹. Elles sont vouées à permettre aux juridictions de filtrer l'essentiel de ces procédures-bâillons. Ainsi le code de procédure civile du Québec habilite désormais les tribunaux à « déclarer qu'une demande en justice ou un autre acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive », en particulier lorsque l'abus résulte « du détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics³⁰ ».

(18) V. J. Vidal, *McLibel. Burger Culture on Trial*, New York (NY), The New Press, 1997, spéc. p. 261-263.

(19) V., J. Cosentino, « Strategic Lawsuits against Public Participation : An Analysis of the Solutions », *California Western Law Review*, vol. 27, n° 2, 1991, p. 399-430 ; J. C. Barker, « Common-Law and Statutory Solutions to the Problem of SLAPPS », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 26, 1993, p. 395-454 ; J. I. Braun, « Increasing SLAPP Protection : Unburdening the Right of Petition in California », *U.C. Davis Law Review*, vol. 32, n° 4, 1999, p. 965-1078, p. 984-1001 ; C. H. Barylak, « Reducing Uncertainty in Anti-SLAPP Protection », *Ohio State Law Journal*, vol. 71, n° 4, 2010, p. 845-882.

(20) V., M. Stein, « SLAPP Suits : A Slap at the First Amendment », *Pace University Environmental Law Review*, vol. 7, n° 1, 1989, p. 45-59, p. 49-58.

(21) V., E. Costantini, M. P. Nash, « SLAPP/SLAPPback : The Misuse of Libel Law for Political Purposes and a Countersuit Response », *The Journal of Law & Politics*, vol. 7, n° 3, 1991, p. 417-479, p. 425.

(22) V., R. Nader, W. J. Smith, *no Contest. Corporate Lawyers and the Perversion of Justice in America*, New York (NY), Random House, 1996, p. 158-192.

(23) V., K. W. Tate, « California's Anti-Slapp Legislation : A Summary of and Commentary on its Operation and Scope », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 33, n° 3, p. 801-886.

(24) V., L. J. Ericson-Siegel, « Silencing SLAPPS : An Examination of Proposed Legislative Remedies and a "Solution" for Florida », *Florida State University Law Review*, vol. 20, n° 2, 1992, p. 487-524 ; N. Landry, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique. L'activisme citoyen et la juridicisation du politique au Québec*, thèse, histoire de l'art et communication, McGill, 2010, p. 106-120 ; E. Brander, J. L. Turk, *Global Anti-SLAPP Ratings : Assessing the Strength of Anti-SLAPP Laws*, Toronto, Centre for Free Expression, Toronto Metropolitan University, 23 mars 2023.

(25) V., A. Kozinski, « Who Gives a Hoot about Legal Scholarship ? », *Houston Law Review*, vol. 37, n° 2, 2000, p. 295-320, p. 314-315.

(26) V., Australie, « Uniform Defamation Laws 2006 » ; Territoire de la capitale australienne, « Protection of Public Participation Act 2008 ».

(27) V., 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 ; Ontario, « Protection of Public Participation Act 2015 » ; Colombie-Britannique, « Protection of Public Participation Act 2019 ». V. égal. B. M. Sheldrick, *Blocking Public Participation. The Use of Strategic Litigation to Silence Political Expression*, Waterloo (Ontario), Wilfrid Laurier University Press, 2014, p. 39-72 ; H. Young, « Canadian Anti-SLAPP Laws in Action », *The Canadian Bar Review*, vol. 100, 2022, p. 186-222.

(28) V., R. G. Bone, « Modeling Frivolous Suits », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 145, n° 3, 1997, p. 519-606 ; Sh. S. Tu, N. F. Stump, « Free Speech in the Balance : Judicial Sanctions and Frivolous Slapp Suits », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 54, n° 2, 2021, p. 623-674.

(29) V., S. Hartzler, « Protecting Informed Public Participation : Anti-Slapp Law and the Media Defendant », *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, n° 3, 2007, p. 1235-1284, p. 1241-1245.

(30) Code de procédure civile du Québec, art. 51.

6. On perçoit globalement ce dont il est question. Dans le détail, pourtant, le phénomène risque d'être délicat à appréhender. À cette fin, différents éléments d'identification de ce dernier ont été proposés en doctrine³¹. Le choix est ici fait de ne pas suivre George W. Pring et Penelope Canan à un double égard. D'une part, ces auteurs se limitent aux actions relevant de la « clause de pétitions » du Premier Amendement à la Constitution américaine, ce qui s'explique par le cadre national de leur réflexion – alors que tout recours formé devant le juge civil, voire une citation directe devant le juge pénal, pourraient s'apparenter, ailleurs dans le monde, à une procédure-bâillon. D'autre part, ils prétendent laisser de côté les mobiles des demandeurs – leur motivation subjective. Tout en reconnaissant la difficulté de les appréhender, il paraît néanmoins difficile de les exclure entièrement, dès lors qu'ils sont un indice important permettant de faire le départ entre des recours tournés authentiquement vers leur finalité apparente – à l'instar de la réparation du préjudice provoqué par une diffamation – et des procédures-bâillons. Il convient, dès lors, de prendre en compte des enjeux qui dépassent largement la procédure, à la rencontre de règles de droit, de structures politiques et démocratiques et de rapports de force économiques³².

Une difficulté surgit en particulier. Le diable étant dans les détails, aucun des éléments habituellement mis en avant pour décrire les procédures-bâillons n'est, à soi seul, d'usage entièrement satisfaisant. Ils ne permettent jamais que d'identifier les recours relevant du cœur de ce concept. Cela incite ceux qui bâillonnent à l'inventivité fourbe, s'ils veulent continuer à le faire, au sein et en dehors des tribunaux. Aussi convient-il de voir là des indices dont la conjonction est susceptible d'entraîner la qualification de procédure-bâillon plutôt que des critères d'application stricte. Tous les faits litigieux, en la matière, ne relèvent pas d'un militantisme tourné vers l'intérêt général. Toutes les procédures-bâillons, en outre, ne prennent pas la forme grossière de requêtes manifestement infondées, reposant sur des motifs frivoles. On ne saurait exclure que des militants, des responsables d'associations ou d'organisations non gouvernementales commettent effectivement des actes susceptibles de poursuites, à l'instar d'une diffamation – le risque étant alors que les entreprises se trouvent, au nom de la lutte contre les procédures-bâillons, dépouillées de leurs prérogatives juridiques traditionnelles dans un tel cadre. L'inégalité des armes entre les parties, par ailleurs, n'est pas toujours constatée. Les requérants, au demeurant, ne demandent pas toujours des dommages-intérêts exorbitants ou des excuses publiques.

S'y ajoute une difficulté tirée de l'originalité seulement relative du phénomène, qui partage, avec d'autres phénomènes connexes, de nombreux points communs. Les recours devant des juridictions sont souvent envisagés – dans les relations contractuelles, les relations d'affaires ou de travail – comme des mesures offensives, de représailles ou de dissuasion. Les mobiles présidant au dépôt d'une plainte en diffamation ne se limitent habituellement pas à la réparation d'un intérêt froissé : il s'agit de démontrer, aux yeux de tous, sa volonté de ne pas « laisser passer » n'importe quel propos à son égard et de peser sur l'ex-

pression future de critiques équivalentes. Les débats juridiques en général, devant les juridictions en particulier, s'apparentent souvent à des jeux d'intimidation³³. Quant aux inégalités de ressources entre parties à des litiges, elles n'ont évidemment rien de neuf.

Quatre indices sont ici proposés pour identifier ces procédures : (a) l'existence d'une expression ou d'une mobilisation civiques autour d'une question d'intérêt général susceptible de se heurter aux intérêts d'une entité publique ou privée ; (b) le déclenchement, par cette dernière, de poursuites juridictionnelles apparemment tournées, de façon classique, vers la réparation d'un préjudice ; (c) le doute sérieux quant au bien-fondé de la requête infondée de l'action ; (d) la finalité dissuasive qui lui est apparemment attachée – telle que les révèlent le montant exorbitant des prétentions financières du demandeur, la sollicitation d'une injonction ou la demande d'excuses publiques.

Se pose enfin la question de la qualification juridique de ces poursuites-bâillons. Par-delà la diversité des ordres juridiques et des règles de procédure en vigueur dans différents pays, une intuition peut être formulée d'une manière transnationale. L'usage de ces procédures-bâillons s'apparente à une forme nouvelle d'abus de droit³⁴ ou de détournement de procédure. Les procédures juridictionnelles sont ainsi utilisées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été conçues juridiquement et organisées institutionnellement : derrière un recours juridictionnel apparemment classique se camoufle un assaut extra-juridictionnel insidieux.

7. L'évaluation du phénomène est plus aisée. Il suscite d'emblée l'antipathie. Du point de vue du système constitutionnel et des institutions, les conséquences de ces procédures-bâillons sont triples.

Se trouvent affectés, d'abord, certains droits et libertés de ceux qui les subissent : liberté d'expression, évidemment ; droit de pétition ; liberté de réunion ; liberté d'association ; libertés universitaires dans certains cas spécifiques.

Les procédures-bâillons risquent de provoquer, ensuite, un déclin de l'implication des citoyens, un appauvrissement du débat public et une dépolitisation – qui affectent tous le cadre d'exercice de la citoyenneté. Comme le résume un juge de la Cour suprême de l'État de New York, « hormis un pistolet sur la tempe, on ne saurait imaginer menace plus redoutable pour la liberté d'expression garantie par le Premier Amendement³⁵ ». La pratique provoque un effet dissuasif, ou paralysant (*chilling effect*). En cela, elle s'insère dans un phénomène plus large, identifié il y a plus d'un demi-siècle par la Cour suprême américaine : les libertés protégées par le Premier Amendement sont « délicates, vulnérables et extrêmement précieuses pour notre société » ; or une « menace de sanctions risque de décourager leur exercice de manière presque aussi directe que l'application effective de ces sanctions³⁶ ». Par quoi les atteintes juridiction-

(31) V. par ex. D. H. Merriam, J. A. Benson, « Identifying and Beating a Strategic Lawsuit against Public Participation », *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol. 3, 1993, p. 17-36, p. 18-19 ; N. Landry, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique*, op. cit., p. 80-86.

(32) V., P. Canan, « The SLAPP from a Sociological Perspective », *Pace Environmental Law Review*, vol. 7, n° 1, 1989, p. 23-32, p. 24.

(33) V., R. O. Brooks, « Les Mains Sales : The Ethical and Political Implications of SLAPP Suits », *Pace Environmental Law Review*, vol. 7, n° 1, 1989, p. 61-74, p. 62-63.

(34) V., J. M. Perillo, « Abuse of Rights : A Pervasive Legal Concept », *Pacific Law Journal*, vol. 27, n° 1, 1995, p. 37-98, p. 67-69.

(35) Cour suprême de l'État de New York, *Gordon v. Marrone*, 155 Misc. 2d 726 (N.Y. Sup. Ct. 1992) [31 mars 1992, opinion N. Colabella].

(36) Cour suprême des États-Unis, *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963) [14 janv. 1963, opinion W. Brennan].

nelles à la liberté d'expression risquent de méconnaître le « principe selon lequel le débat sur les questions d'intérêt général doit être libre, solide et ouvert ³⁷ ».

Ces procédures portent un coup, enfin, à l'intégrité de l'ordre juridictionnel dans son ensemble. Elles conduisent à utiliser le temps et l'énergie des juridictions et des auxiliaires de justice, qui seraient mieux employés ailleurs, à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été instaurées. De toutes ces difficultés, les juges sud-africains ont une conscience aiguë lorsqu'il leur faut se confronter à la question.

De la mine au prétoire

8. Les procédures-bâillons apparaissent en Afrique du Sud à partir des années 2000 ³⁸. On s'y tourne certes moins volontiers vers les tribunaux qu'aux États-Unis – en raison, notamment, de la pauvreté et de l'illettrisme qui restent des barrières, comme le concède la Cour constitutionnelle ³⁹. Les juridictions y accueillent néanmoins des militants, notamment lorsqu'ils provoquent des litiges dans l'intérêt général (*Public interest litigation*) ⁴⁰. La Cour constitutionnelle vante l'importance de cette pratique, devenue courante : en 2009, elle juge que le pays a « la chance de disposer d'un ensemble d'organisations non gouvernementales s'attachant, par le droit, à améliorer la vie des Sud-Africains démunis », qui ont « développé une expertise en matière de contentieux tournés vers la défense des intérêts des personnes démunies, pour le plus grand bénéfice de notre société ⁴¹ ». Elle affirme, en outre, que « la protection des droits en matière environnementale ne dépendra pas seulement de la diligence des autorités publiques, mais également de l'existence d'une société civile dynamique, disposée à tenter des procédures juridictionnelles dans l'intérêt général ⁴² ».

9. Longtemps, l'identification des procédures-bâillons n'y est pas aisée ⁴³. Les juges mettent du temps à les analyser comme telles. Certaines sont introduites devant le juge pénal – un militant qui a manifesté son opposition à un projet subit, avant d'être relaxé, les conséquences désagréables d'une plainte pour agression. Surtout, ici comme ailleurs, de telles procédures peuvent être efficaces avant même que la plainte atteigne le bureau du juge – de simples menaces de procédures-bâillons conduisant

parfois les militants à effacer des messages ou à revenir sur leurs propos.

Elles y sont utilisées d'abord par des promoteurs immobiliers, comme en témoignent deux décisions rendues par des divisions provinciales de la Haute Cour, juridiction du fond à compétence nationale. Dans la première ⁴⁴, il n'est pas encore fait référence aux procédures-bâillons. Un promoteur immobilier envisage de construire une station-service à Boksburg, dans la province de Gauteng. Une militante lance une campagne contre le projet par le truchement de réunions publiques, de distribution de tracts et de prises de position dans les médias. Elle invoque les dommages environnementaux qui procèderaient de sa concrétisation. Le projet dépend de l'appui d'une société pétrolière et pétrochimique. Le promoteur accuse la militante de mettre ce soutien en péril. Il l'assigne devant le juge civil, à qui il réclame – sans succès – qu'il lui soit enjoint de mettre un terme à ce qu'il perçoit comme un harcèlement et comme une violation de ses droits de propriété, ainsi que des dommages-intérêts de près de 300 000 euros.

Cinq ans plus tard, en 2011, une première référence aux procédures-bâillons est effectuée par une juridiction sud-africaine ⁴⁵. Quatre militants s'opposent à la construction par l'entreprise Wraypex d'un terrain de golf de luxe au bord de zones protégées. Cette dernière intente une action civile à leur encontre en invoquant différents préjudices – diffamation, préjudice financier provoqué par des retards dans l'approbation du projet, violation de ses droits à la dignité et à une procédure administrative équitable. Elle leur impute des déclarations infondées et malveillantes relatives à la méconnaissance supposée, par l'entreprise, de normes environnementales et à des tentatives de corruption de fonctionnaires. Elle leur réclame l'équivalent de 8,5 millions d'euros. Les défendeurs soulèvent un moyen de défense procédural tiré de ce que l'action, assimilable à une procédure-bâillon, aurait été intentée pour « intimider et/ou réduire au silence la défenderesse [...], non pour défendre sa réputation ». Ils se fondent notamment sur le caractère excessif des dommages-intérêts réclamés, ainsi que sur les poursuites distinctes engagées contre chacun des quatre militants, dans l'espoir de maximiser leurs frais de justice. Le juge évoque la possibilité de rattacher cette action à une procédure-bâillon avant de rejeter la requête de la société et de la condamner à rembourser les honoraires des avocats de ses adversaires.

Une difficulté procède, en droit sud-africain, de ce que les deux fondements imaginés pour permettre aux juges de mettre un terme prompt à de telles actions, à droit constant, ne semblent guère efficaces. Pour faire face aux procédures-bâillons, dès lors, les juges sud-africains risquent de se trouver désarmés. D'une part, une loi de 1956 sur les recours fantaisistes n'est applicable que lorsque des actions en justice ont été intentées de façon persistante et « sans fondement raisonnable ⁴⁶ ». Par conséquent, elle ne permet pas de faire obstacle à des procédures-bâillons qui, lorsqu'elles sont correctement préparées, ne sont pas dénués de tels fondements. Cette disposition législative ne permet donc pas d'appréhender les mobiles ayant présidé à leur préparation et les conséquences qui en sont attendues – qui en font la sin-

(37) Cour suprême des États-Unis, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) [9 mars 1964, opinion W. Brennan].

(38) V., T. Murombo, H. Valentine, « Slapp Suits. An Emerging Obstacle to Public Interest Environmental Litigation in South Africa », *South African Journal on Human Rights*, vol. 27, 2011, p. 82-106 ; L. Chamberlain, « Growing Threats to Environmental Human Rights Defenders : the Latest SLAPP Suit Developments in South Africa », *South African Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 26, 2020, p. 5-38.

(39) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, *Mohlomi v. Minister of Defence*, n° 41/95, 26 sept. 1996, par. 14.

(40) V., T. Madlingozi, « Post-Apartheid Social Movements and Legal Mobilisation », in M. Langford, B. Cousins, J. Dugard, T. Madlingozi (dir.), *Socio-Economic Rights in South Africa. Symbols or Substance ?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 92-130 ; J. Dugard, M. Langford, « Art or Science ? Synthesising Lessons From Public Interest Litigation and the Dangers of Legal Determinism », *South African Journal on Human Rights*, vol. 27, n° 1, 2011, p. 39-64.

(41) Cour constitutionnelle sud-africaine, *Mazibuko v. City of Johannesburg*, n° 39/09, 8 oct. 2009, par. 165.

(42) Cour constitutionnelle sud-africaine, *Biowatch Trust v. Registrar Genetic Resources*, n° 80/07, 3 juin 2009, par. 19.

(43) V., E. Zeenat, « Slapping Down SLAPP Suits in South Africa : the Need for Legislative Protection and Civil Society Action », *South African Law Journal*, vol. 139, n° 1, 2022, p. 1-31, p. 10-11.

(44) Haute Cour, division locale de Witwatersrand (Gauteng méridional), *Petro Props (Pty) Ltd v. Barlow*, n° 29663/05, 12 mai 2006, par. 56.

(45) Haute Cour, division locale de Pretoria (Gauteng septentrional), *Wraypex (Pty) Ltd v. Barnes*, n° 25173/05, 11 févr. 2011, p. 5.

(46) Afrique du Sud, *Vexatious Proceedings Act 3 of 1956*, art. 2 (1)(a).

gularité. D'autre part, les divisions locales de la Haute Cour se reconnaissent un pouvoir propre de suspendre ou de rejeter les recours qu'elles jugent abusifs, mais elles ne l'exercent qu'avec parcimonie⁴⁷.

10. On ne s'étonne guère, dans ces conditions, que des compagnies minières aient choisi de recourir à ce stratagème. De longue main, l'opposition a été vive entre ces dernières et les militants en défense de l'environnement. Au centre de l'économie sud-africaine, l'activité minière est régulièrement contestée, en raison de ses conséquences néfastes pour la nature, de ses retombées économiques modestes pour les populations qu'elle affecte⁴⁸, ainsi que pour les conditions dans lesquelles y est utilisée une main-d'œuvre étrangère⁴⁹. Cette opposition s'inscrit dans un contexte tendu : comme dans d'autres pays, des militants de la cause environnementale ont été assassinés⁵⁰.

Deux opérations minières menées par la société australienne « Mineral Commodities Limited » et par sa filiale sud-africaine « Mineral Sands Resources » suscitent, en particulier, de vives tensions. La première, tournée vers l'extraction de titane, est située à Xolobeni, dans la province du Cap-Oriental. Elle donne lieu à une « saga » juridictionnelle au cœur de laquelle se pose la question du niveau de consentement requis pour obtenir un droit d'exploitation minière sur un bien foncier dont une communauté revendique la propriété informelle ou coutumière⁵¹. La deuxième, tournée vers l'extraction de sables minéraux, est située à Tormin, près de Lutzville, dans la province du Cap-Occidental. Elle provoque un litige durable entre la compagnie minière et le ministère de l'Environnement⁵². Parallèlement à ces recours, différentes critiques sont publiquement formulées à l'encontre de ces opérations, notamment au sein des communautés affectées par ces dernières et de la part d'organisations non gouvernementales se donnant pour objet la défense des droits de l'homme et de l'environnement.

La compagnie minière dépose trois requêtes en diffamation à l'encontre de trois avocats, de deux militants associatifs et d'un travailleur social. Par la première, la compagnie réclame l'équivalent de 500 000 euros ou des excuses publiques au travailleur social John Clarke pour l'avoir diffamé dans deux ouvrages en ligne, ainsi que dans des entretiens télévisés, radiophoniques et sur *Youtube*, à propos de l'opération minière de Xolobeni. Par la deuxième, elle réclame à l'avocat Cormac Cullinan et au militant associatif Mzamo Dlamini l'équivalent de 150 000 euros ou des excuses publiques à raison de remarques faites lors d'un entretien radiophonique sur l'opération de Xolobeni. La troisième

requête est fondée sur des propos tenus lors d'une école d'été sur l'extraction minière organisée par l'Université du Cap, où l'opération de Tormin a été évoquée. Elle y réclame à l'avocate Christine Reddell l'équivalent de 12 000 euros, ou des excuses publiques, pour avoir affirmé, d'une part, que la compagnie excédait les limites de l'autorisation d'extraction qui lui avait été octroyée, d'autre part, que ses activités provoquaient des dommages environnementaux, dont l'effondrement d'une falaise. Elle y réclame à l'avocate Tracey Davies la même somme, ou des excuses publiques, pour avoir imputé des violences aux membres de sa compagnie de sécurité. Elle y réclame, enfin, l'équivalent de 37 000 euros, ou des excuses publiques, au militant associatif Davide Cloete, pour avoir affirmé que la compagnie avait corrompu certains membres de la communauté afin qu'ils induisent en erreur d'autres membres de cette dernière.

Deux entités sont admises dans la procédure comme *amici curiae*. La première, une « clinique » juridique rattachée à la faculté de droit de l'Université de Witwatersrand, à Johannesburg – le *Centre for Applied Legal Studies* –, présente notamment l'encadrement des procédures-bâillons dans d'autres traditions juridiques, ainsi que les modalités d'appréhension de ce phénomène par des juridictions étrangères. La deuxième, un réseau d'organisations de défense des droits de l'homme – le Réseau des défenseurs des droits de l'homme en Afrique australe (SAHRDN) –, insiste plutôt sur les principes de droit international susceptibles d'être invoqués au soutien de défense des avocats et militants.

11. En réponse à ces actions en diffamation, les six défenseurs soulèvent, à titre liminaire, deux moyens de défense procéduraux tendant à ce qu'elles soient déclarées irrecevables avant leur examen au fond, pour défaut de droit d'agir – des *special pleas*, sortes de fins de non-recevoir, irrégularités qui atteignent l'action elle-même⁵³, qui auraient pour singularité, en l'occurrence, de ne pouvoir être soulevées qu'à titre liminaire.

La première défense procédurale est fondée sur les règles relatives à la diffamation : pour engager une action en diffamation, une société commerciale devrait établir, selon les défendeurs, la fausseté des propos diffamatoires, leur caractère délibéré ainsi qu'un préjudice patrimonial subi du fait de ces propos – ce que la compagnie aurait échoué à faire. Ce moyen est très vite écarté⁵⁴, l'exigence ne s'appliquant, selon la juridiction, qu'aux individus et non aux sociétés commerciales en droit sud-africain⁵⁵.

L'essentiel de l'attention se porte dès lors sur la seconde défense procédurale, qui repose sur une argumentation originale. Les défendeurs avancent que l'action intentée par la compagnie minière est irrecevable dès lors qu'elle s'analyse comme un abus de procédure (*abuse of process*) – un abus du droit d'agir en justice qui s'apparenterait, en l'espèce, à un détournement de procédure. Elle s'inscrit, selon eux, dans un schéma de conduite consistant à tenter des actions en diffamation dans un but inavoué. Il s'agirait en réalité de « décourager, censurer, intimider et réduire au silence, pour ce qui concerne toute critique publique de la compagnie minière », deux ensembles de personnes : d'un

(47) V., T. Murombo, H. Valentine, « Slapp Suits. An Emerging Obstacle to Public Interest Environmental Litigation in South Africa », *op. cit.*, p. 103-105.

(48) V., B. Meyersfeld, « Empty Promises and the Myth of Mining. Does Mining Lead to Pro-Poor Development ? », *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, n° 1, 2017, p. 31-53.

(49) V., R. Hamann, « Corporate Social Responsibility, Partnerships, and Institutional Change : The Case of Mining Companies in South Africa », *Natural Resources Forum*, vol. 28, 2004, p. 278-290.

(50) V., T. Washinyira, « Wild Coast Amadiba Mining Opponent "Assassinated" », *Mail & Guardian*, 23 mars 2016 ; O. Nkosi, K. Koko, « The Living Nightmare of Environmental Activists who Protest Mine Expansion », *Mail & Guardian*, 29 oct. 2020.

(51) V., Haute Cour, division locale de Pretoria (Gauteng septentrional), *Baleni v. Minister of Mineral Resources*, n° 73768/2016, 22 nov. 2018.

(52) V., Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), *Mineral Sands Resources (Pty) Ltd v. Magistrate for the District of Vredendal, Kroutz No*, n° 18701/16, 20 mars 2017.

(53) V., S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, L. Mayer, *Procédure civile*, 36^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2022, p. 120.

(54) Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), *Mineral Sands Resources (Pty) Ltd v Reddell*, n° 7595/2017, 9 févr. 2021, par. 9.

(55) V. Cour suprême d'appel sud-africaine, *Media 24 Ltd v. SA Taxi Securitisation (Pty) Ltd*, n° 437/2010, 5 juill. 2011.

côté, les défendeurs, que l'action atteint directement ; d'un autre côté, de façon plus indirecte, « les membres de la société civile, le public et les médias⁵⁶ ». Là réside la double originalité de cette argumentation à l'échelle de l'Afrique du Sud. La première n'est que relative – elle a déjà prospéré dans l'arrêt *Wrapex* précité, à propos de la critique de la construction d'un terrain de golf. L'action devrait être neutralisée *ab initio* parce qu'elle concrétise un détournement de procédure tourné vers l'intimidation des demandeurs. Quant à la seconde originalité, plus grande dès lors que l'argument semble inédit dans ce pays, elle consiste à aller jusqu'à imputer à la compagnie minière l'intention d'intimider, dans leur ensemble, « la société civile, le public et les médias ». La gravité d'une telle procédure-bâillon s'en trouve accrue selon les défendeurs à l'instance.

Ces derniers argumentent que la juridiction est compétente à droit constant pour rejeter, à titre préliminaire, ce recours qui s'apparente à une procédure-bâillon. Selon eux, les juridictions sud-africaines tirent du *common law* la compétence de rejeter les prétentions qui s'apparentent à un détournement de procédure. À titre subsidiaire, si le précédent argument ne convainc pas la juridiction, ils invitent cette dernière à développer le *common law*, comme l'y autorise la Constitution en des termes généraux : cette dernière attribue à la Cour constitutionnelle, à la Cour suprême d'appel et à la Haute Cour, en ses diverses divisions provinciales, un pouvoir propre, dans l'intérêt de la justice, de protection et de régulation de leur procédure, et de développement du *common law*⁵⁷ – ce dont la Cour constitutionnelle a inféré notamment une habilitation à « prévenir tout abus de procédure », compétence qui doit néanmoins être exercée « avec prudence⁵⁸ ». En agissant ainsi, la Cour concrétiserait, selon les défendeurs, l'exigence qui lui est faite de garantir l'effectivité de la liberté d'expression dans le cadre des débats relatifs à l'environnement⁵⁹.

Le nœud du débat porte alors sur la notion même d'abus de procédure. Deux thèses s'opposent ici. Du côté des défendeurs à l'instance, on affirme que le mobile des requérants est une donnée pertinente pour apprécier l'existence d'un éventuel détournement de procédure, compris comme l'utilisation de cette dernière à d'autres fins que l'administration de la justice, ce qui serait ici le cas⁶⁰. Du côté de la compagnie minière, à l'inverse, on se prévaut des deux critères établis par le *common law* pour identifier une procédure abusive – que la requête soit manifestement irrecevable, ou que l'action en justice soit manifestement dénuée de fondement –, avant d'en inférer que le mobile supposé de cette action, la finalité qui lui aurait été subjectivement attachée, n'aurait pas à être pris en compte dans son appréciation⁶¹ – au risque, sinon, de lui fermer les portes du prétoire alors que sa requête est bien fondée, en méconnaissance du droit à un procès public et équitable qui lui est constitutionnellement garanti⁶².

12. Le 9 février 2021, la Haute Cour rend, sous la plume de la juge Patricia Goliath, son jugement sur ces deux défenses

(56) Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 6-7.

(57) V., Constitution sud-africaine de 1996, art. 8 (3) ; art. 39 (2) ; art. 173.

(58) Cour constitutionnelle sud-africaine, *South African Broadcasting Corporation Ltd v. National Director of Public Prosecutions*, n° 58/06, 21 sept. 2006, par. 90.

(59) V., Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 22-24.

(60) V., Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 16-18.

(61) V., Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 10-13.

(62) V., Constitution sud-africaine de 1996, art. 34.

procédurales⁶³. Il suscite l'intérêt doctrinal⁶⁴ ainsi que les espoirs des militants en défense de l'environnement⁶⁵. Une pétition de principe y est d'emblée formulée : « les entreprises ne devraient pas être autorisées à instrumentaliser notre système juridique contre les citoyens ordinaires et les militants dans le but de les intimider et de les réduire au silence », dès lors que « le droit à la liberté d'expression, à un débat public solide et à la possibilité de participer sans crainte aux débats publics est essentiel dans toute société démocratique⁶⁶ ».

Au terme d'une analyse serrée de décisions relatives aux abus de procédure⁶⁷, la juridiction infère d'une jurisprudence « constante » le rattachement à cette catégorie d'actions juridictionnelles introduites dans un but autre que l'administration de la justice ou la poursuite de la vérité : un requérant qui n'introduit pas un recours de bonne foi, qui a l'intention d'utiliser la procédure juridictionnelle pour causer au défendeur un préjudice, notamment financier, commet un abus de procédure. Elle déclare se conformer, sous ce rapport, à la position habituelle des juridictions sud-africaines en jugeant que l'appréciation d'un abus de procédure doit être menée à l'aune du mobile du requérant⁶⁸.

La juridiction se donne alors une définition des procédures-bâillons, qu'elle limite aux actions « sans fondement ou exagérées », qui sont « généralement [camouflées] sous l'apparence d'une requête ordinaire en matière civile⁶⁹ ». Est ensuite étudié l'encadrement législatif et juridictionnel de ces procédures dans différentes juridictions⁷⁰.

13. La Haute Cour constate ensuite que, puisque les procédures-bâillons ne sont, par définition, tournées ni vers l'administration de la justice, ni vers la poursuite de la vérité, elles sont abusives par nature : une « action qui ne vise pas à défendre des droits légitimes, mais qui s'inscrit dans une stratégie générale et délibérée tendant à intimider, à faire diversion et à réduire au silence les critiques publiques, constitue une utilisation abusive de la procédure juridictionnelle, de nature frustratoire », elle « entrave la bonne administration de la justice et sape les principes fondamentaux de la justice, ainsi que l'intégrité de la procédure juridictionnelle⁷¹ ».

Sur ce point, la juridiction innove par rapport aux décisions antérieures. Jusqu'alors, les juges avaient toujours pris en compte, même indirectement, des considérations substantielles pour identifier un abus de procédure, dans le cadre d'un contrôle

(63) Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., spéc. par. 66-69. V. égal. *Mineral Commodities Ltd v Dlamini*, n° 14658/2016 ; *Mineral Commodities Ltd v. Clarke*, n° 12543/2016.

(64) V., L. Chamberlain, « SLAPping Back : A New Legal Remedy for Targets of Corporate Bullying », *South African Journal on Human Rights*, vol. 37, n° 3, 2021, p. 410-422 ; E. Boshoff, « The Role of Human Rights Soft Law Instruments in Clarifying the Obligations of Fossil Fuel Companies for Climate Change Interventions in Africa », in A. O. Jegede, O. Adejonwo (dir.), *Climate Change Justice and Human Rights. An African Perspective*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2022, p. 13-34, p. 23-24 ; E. Zeenat, « Slapping Down SLAPP Suits in South Africa : the Need for Legislative Protection and Civil Society Action », *op. cit.*, p. 12-17.

(65) V., Sh. Bega, « High Court Gives Australian Mining Company a Big SLAP(P) », *Mail & Guardian*, 10 févr. 2021.

(66) Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 66.

(67) V., Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 28-35.

(68) Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 31.

(69) Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 39-40.

(70) V., Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 39-56.

(71) Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 66.

de la bonne foi du requérant. Face à un recours qui n'était pas, au fond, dénué de sérieux, ils se refusaient à reconnaître la mauvaise foi de son auteur. De quoi résultait la difficulté d'établir un abus de procédure. La catégorie juridique ne pouvait embrasser que des actions introduites par des requêtes qui étaient à la fois mal fondées et tournées vers d'autres fins que l'administration de la justice ou la manifestation de la vérité. Face à des procédures-bâillons, cette jurisprudence limitait la marge de manœuvre des juges. Au nom de l'idée selon laquelle il n'était pas possible de déterminer, parmi les deux mobiles imputables au requérant – obtenir gain de cause ou intimider les défendeurs –, celui qui avait primé sur l'autre, l'abus de procédure ne pouvait être retenu que lorsque la requête était manifestement infondée. Les juges ne devaient pas, au nom de la lutte contre les abus de procédure, rejeter des requêtes fondées. Tout au plus pouvaient-ils alors, même si les demandeurs étaient victorieux au fond, les condamner à rembourser les frais de justice des défendeurs défaits⁷². La rupture porte sur ce point. Pour la première fois, la Haute Cour ne qualifie l'abus de procédure qu'en se fondant sur le mobile imputé au requérant – en l'espèce, la compagnie minière.

Enfin, la Haute Cour qualifie l'action introduite par les demandeurs. Elle n'est « pas sincère et de bonne foi, mais un simple prétexte dont le seul but est de faire taire ses opposants et ses détracteurs », si bien que la juge est « convaincue » que l'action introduite en l'espèce « possède l'ADN d'une procédure-bâillon⁷³ » –, partant d'un détournement de procédure qui appelle une sanction juridictionnelle. La juridiction fait droit au moyen de défense procédural, soulevé par les défendeurs, tiré de l'abus de procédure. Elle rejette les moyens de la compagnie minière. Dès lors qu'elle estime avoir jugé à *common law* constant, elle écarte le moyen tendant à ce que ce dernier soit développé sur ce point.

Juger les arrières-pensées

14. Le seul mobile du requérant peut-il, comme l'a jugé la Haute Cour, constituer un moyen de défense autonome, sans égard pour le bien-fondé de la requête ? La question est au centre de l'appel relevé par la compagnie minière devant la Cour constitutionnelle.

Le principal argument de la compagnie minière est le suivant : le fait d'accueillir, comme l'a fait la Haute Cour, un moyen de défense tiré de l'existence d'une procédure-bâillon permet aux intimés de déplacer le débat pour le faire porter sur la seule question de ses mobiles. Par quoi est rendu possible le rejet précoce de sa requête, au nom de ses prétendues arrières-pensées, sans qu'ait jamais été examiné son cœur : la diffamation qu'elle estime avoir subie. Cette délimitation nouvelle de l'abus de procédure conduit, en somme, à ne plus juger que les mobiles des requérants, en méconnaissance des décisions antérieures⁷⁴. La compagnie minière y associe des moyens visant à s'opposer au développement du *common law*, requis à titre subsidiaire par les intimés⁷⁵.

En réponse, les militants intimés ne se contentent pas de reprendre des arguments développés devant la Haute Cour pour la convaincre de qualifier cette requête de procédure-bâillon – l'appelante ne saurait imaginer obtenir le versement des sommes demandées au titre des dommages-intérêts ; son mobile véritable serait l'intimidation des intimés en particulier, de la société civile en général ; ainsi elle inscrirait son action dans un « schéma de conduite » des compagnies minières dans le pays, consistant à introduire des recours en diffamation à une telle fin. Ils s'approprient la thèse défendue par la Haute Cour : la doctrine de l'abus de procédure comprendrait, à droit constant, un mode de défense contre les procédures-bâillons et le *common law* imposerait aux juges de prendre en compte l'arrière-pensée d'un requérant pour déterminer s'il a abusé d'une procédure juridictionnelle – en se fondant, le cas échéant, sur son seul mobile, pour constater à titre liminaire un abus de procédure dont résulte l'obligation de rejeter sa requête. Ils invitent ainsi la Cour constitutionnelle à identifier, à son tour, le mobile de l'appelante et à constater un abus de procédure sur son seul fondement⁷⁶. Enfin, si la Cour décidait de développer le *common law*, les intimés l'invitent, sans aller jusqu'à créer de toutes pièces un régime juridique pour les procédures-bâillons, à trancher certaines des questions concrètes et pressantes que ces dernières soulèvent.

15. Le 14 novembre 2022, la Cour constitutionnelle rend deux décisions, à propos de chacune des deux défenses procédurales opposées par les défendeurs devant la Haute Cour.

La première, consacrée à la faculté, pour une société commerciale, de réclamer des dommages-intérêts à raison de propos diffamatoires⁷⁷, n'est pas examinée ici.

La seconde est consacrée à la qualification de procédure-bâillon. Adoptée à l'unanimité des membres de la Cour constitutionnelle, elle est rédigée par le juge Steven Arnold Majiedt, fort d'une longue expérience juridictionnelle : avant d'y être nommé en 2019, il a exercé ses fonctions pendant une décennie dans une division de la Haute Cour, puis pendant une nouvelle décennie à la Cour suprême d'appel. Dès l'incipit de la décision, il met en valeur le caractère inédit du problème qui se pose à la Cour constitutionnelle, qui n'avait encore jamais été amenée à se prononcer sur la qualification de la procédure-bâillon et sur les conséquences qui doivent lui être attachées. Deux questions lui sont posées. D'une part, le droit sud-africain habilite-t-il, en son état actuel, une juridiction à rejeter une requête au motif qu'elle s'apparenterait à un abus de procédure dont la cause déterminante serait l'arrière-pensée seule du requérant, sans égard pour le bien-fondé de la requête ? D'autre part, si cela n'est pas le cas, la Cour doit-elle développer le *common law* afin que soit reconnu, à l'avenir, ce type d'abus ?

La Cour commence par faire un sort à la recevabilité de la requête en appel⁷⁸. Deux critères sont habituellement retenus en la matière. Le problème qu'elle pose doit relever, d'une part, de la compétence de la Cour – soulever une question constitutionnelle ou soulever une question juridique débattue et d'intérêt général. L'intérêt de la justice conditionne, d'autre part, la faculté

(72) V. Haute Cour, division locale de Johannesburg (Gauteng méridional), *Gold Fields Ltd v. Motley Rice LLC*, in re : *Nkala v. Harmony Gold Mining Compagny Ltd*, n° 48226/12, 19 mars 2015, par. 29.

(73) Haute Cour, division locale du Cap (Le Cap occidental), préc., par. 66-67.

(74) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, *Mineral Sands Resources (Pty) Ltd v. Reddell*, n° 66/21, 14 nov. 2022, par. 22.

(75) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 24.

(76) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 25-33.

(77) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, *Mineral Sands Resources (Pty) Ltd v. Reddell*, n° 67/21, 14 nov. 2022.

(78) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, *Mineral Sands Resources (Pty) Ltd v. Reddell*, n° 66/21, 14 nov. 2022, par. 34.

d'introduire devant elle un recours direct⁷⁹. Ces deux critères sont remplis en l'espèce. Se pose alors une question plus spécifique, tenant à la possibilité d'interjeter appel, devant la Cour constitutionnelle, du rejet d'un moyen soulevé à titre liminaire. Puisque la question de droit peut être de nouveau débattue à la fin du procès, cela était traditionnellement refusé par la Cour. Cette fois-ci, elle juge que cette position doit être abandonnée : un tel appel est possible lorsqu'une question juridique importante et nouvelle doit, comme c'est ici le cas, être tranchée afin que la procédure devant la Haute Cour puisse suivre son cours avec la certitude que le moyen de défense est juridiquement robuste⁸⁰.

Au terme d'un bref survol des procédures-bâillons et des « lois anti-bâillons » dans le monde, la Cour insiste sur le fait que « la particularité d'une procédure-bâillon est qu'elle est souvent (mais pas nécessairement toujours) dépourvue de fondement et qu'elle est intentée dans le but d'obtenir un avantage d'ordre économique, ou d'un autre ordre, sur une partie en augmentant le coût du litige au point d'affaiblir sa défense, ou de la pousser à l'abandonner ». La précision placée entre parenthèses constitue le socle de la motivation de la décision : l'identification juridictionnelle d'une procédure-bâillon doit résulter d'un examen à la fois du bien-fondé de la requête et du mobile qui a présidé à son introduction, d'autant plus que ces deux objets d'attention sont susceptibles de s'éclairer l'un l'autre⁸¹.

16. La Cour affronte alors la question qui lui est posée. Elle constate que le cœur de l'argumentation des intimés porte sur l'abus de procédure, qu'ils perçoivent, d'une part, comme un moyen de défense autonome et qu'ils infèrent, d'autre part, de la seule arrière-pensée imputée à la compagnie minière, sans égard pour le bien-fondé de la requête⁸². Il est rappelé que la Cour suprême d'appel – reprenant une définition proposée par un juge australien en 1911 – a jugé que « l'expression "abus de procédure" désigne un usage de la procédure à des fins autres que la réalisation de la demande formulée dans la requête » et que si « les poursuites ne sont qu'un moyen de contraindre le défendeur d'une manière qui est entièrement étrangère à la requête sur laquelle la juridiction est invitée à se prononcer, elles constituent, à ce titre, un abus commis à cette fin⁸³ ». La signification attachée par la Cour constitutionnelle à l'encadrement juridique d'un abus de procédure est ensuite rappelée : elle procède « d'un besoin de protéger l'intégrité des fonctions juridictionnelles remplies par les tribunaux, d'éviter que les procédures juridictionnelles soient utilisées à des fins étrangères à l'objectif inhérent au processus juridictionnel, de recherche de la vérité⁸⁴ ».

La Cour constitutionnelle porte alors son attention sur la part jouée par le bien-fondé de la requête dans les différents abus de procédure que le *common law* sud-africain autorise les juridictions à sanctionner en vertu de leurs pouvoirs propres. À cette fin, elle met de l'ordre dans les décisions invoquées par les parties, pour mieux montrer la faiblesse de l'analogie entre ces dernières

et le cas soumis à son jugement. Une décision⁸⁵ incarne « l'abus de procédure portant atteinte à l'intégrité du tribunal », qui est « tout à fait distinct de l'abus qui vise à causer un préjudice à une partie⁸⁶ ». Une autre décision⁸⁷ illustre l'abus de procédure tiré de recours fantaisistes : ici, le bien-fondé de la requête était au cœur du raisonnement du juge⁸⁸. Quant aux décisions rendues en matière pénale, elles soulèvent des questions structurellement différentes à ses yeux, à un double égard. D'une part, même si l'on ne peut exclure que des poursuites pénales soient engagées à des fins personnelles, non dans l'intérêt général⁸⁹, le droit gagne à « refuser de fournir à la personne qui commet un crime les moyens de se soustraire à une arrestation ou à des poursuites au motif que les mobiles du policier ou du procureur seraient contestables » – de sorte que, comme le résumait le juge sud-africain Oliver Schreiner en 1951⁹⁰, « si le meilleur des mobiles ne suffit à sauver une arrestation par ailleurs illégale, le pire des mobiles ne suffit pas à invalider une arrestation par ailleurs légale⁹¹ ». D'autre part, si la légalité d'une arrestation est une question objective de conformité à des exigences imposées par la loi, la subjectivité est toujours plus grande dans le cadre d'une procédure civile en diffamation : les juges doivent trouver un équilibre entre le droit à la réputation du demandeur et la liberté d'expression du défendeur⁹².

La Cour constitutionnelle adopte une démarche analytique pour distinguer des situations qui risquent trop souvent d'être confondues, comme elles l'ont été, en l'occurrence, par les parties. D'une lecture précise des décisions discutées, elle infère plusieurs constats. Si le mobile est parfois au cœur de l'analyse du juge, il arrive également qu'il ne soit pas pertinent. Si le constat d'un abus de procédure débouche parfois sur une sanction, il arrive également que cela ne soit pas le cas. Dans le cas de procédures-bâillons, il arrive également qu'en dépit de l'absence d'abus manifeste, elles soient utilisées pour atteindre un objectif qui serait préjudiciable pour d'autres raisons⁹³. Cela rend difficile de concevoir, en réponse à ces dernières, une procédure unique.

17. Après le temps de la déconstruction vient celui de la reconstruction. La Cour reformule en deux mouvements la question posée. D'une part, les défendeurs à un litige civil tirent-ils de la doctrine de l'abus de procédure la faculté de se prévaloir, au soutien d'une défense procédurale, d'une assimilation de la requête à une procédure-bâillon ? D'autre part, quelles places respectives doivent y tenir, dans l'appréciation du juge, le bien-fondé de la requête et le mobile de ses auteurs⁹⁴ ?

(79) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 36-37.

(80) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 38-40.

(81) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 43.

(82) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 47.

(83) V., Cour suprême d'appel sud-africaine, *Phillips v. Botha*, n° 591/96, 26 nov. 1998, p. 24.

(84) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, *Ascendis Animal Health (Pty) Ltd v. Merck Sharpe Dohme Corporation*, n° 212/18, 24 oct. 2019, par. 40.

(85) V., Cour suprême d'appel sud-africaine, *Cassimjee v. Minister of Finance*, n° 455/11, 1^{er} juin 2012.

(86) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 52.

(87) V., Cour suprême d'appel sud-africaine, *Member of the Executive Council for the Department of Co-operative Governance and Traditional Affairs v. Maphanga*, n° 652/2018, 18 nov. 2019.

(88) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 53.

(89) V., Cour suprême d'appel sud-africaine, *National Director of Public Prosecutions v. Zuma*, n° 573/08, 12 janv. 2009.

(90) V., Suprême Cour d'Afrique du Sud, division d'appel, *Tsose v. Minister of Justice*, 1951 [opinion O. Schreiner].

(91) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 60.

(92) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 61.

(93) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 76.

(94) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 77.

En rupture avec la compagnie appelante, qui défend la pertinence exclusive du bien-fondé, comme avec les intimés, qui défendent la pertinence exclusive du mobile, la Cour juge que « le mobile et le bien-fondé doivent tous deux jouer un rôle dans cette enquête ». La probabilité d'un succès au fond et les mobiles tiennent tous deux leur part dans le raisonnement des législateurs ou de juges, en Afrique du Sud comme ailleurs⁹⁵. Elle met, à cet égard, les parties adverses dans le même sac. Toutes deux ont choisi les décisions qui leur semblaient étayer leur thèse. Toutes deux en ont fait une piètre lecture, en mélangeant des notions pourtant distinctes – l'abus de procédure, le « but inavoué », les recours fantaisistes⁹⁶.

Se pose alors la question de savoir si la défense procédurale opposée par les défendeurs devant la Haute Cour est susceptible de prospérer en l'état actuel du droit. L'un des arguments, dont la Cour constitutionnelle concède qu'il a de quoi convaincre, consiste à considérer que lorsqu'une juridiction identifie un tel abus, elle le fait dans le cadre de ses pouvoirs de régulation de sa propre procédure. Sous ce rapport, on pourrait envisager de rattacher ce type de moyens à la doctrine de l'abus de procédure – sans avoir besoin de développer le *common law*⁹⁷.

18. La Cour constitutionnelle prend position sur l'état actuel du *common law*. Elle constate que la détermination de ce qui constitue des abus de procédure est toujours conditionnée par les faits, ce qui empêche d'en proposer une définition englobante – leur examen minutieux s'imposant à chaque fois⁹⁸. Cela ne l'empêche néanmoins pas de proposer, en matière d'abus de procédure, plusieurs idéaux-types : l'utilisation de règles de procédure à des fins purement dilatoires ou l'utilisation détournée d'une procédure de référé, qui portent atteinte à l'intégrité et à l'efficacité des juridictions ; les recours fantaisistes, sous forme du dépôt répété de requêtes manifestement infondées ; les conduites illégales dont les mobiles ne constituent pas une donnée pertinente pour le juge, à l'instar d'une arrestation illégale ; les conduites où le mobile joue un rôle central, à l'instar des poursuites abusives.

La Cour consacre alors une composante nouvelle de l'abus de procédure : il existe « un autre type d'abus qui mérite [...] d'être qualifié d'abus de procédure : il se présente sous la forme du cas présenté à nous dans cette affaire⁹⁹ ». Confronté à une procédure-bâillon cristallisée par une requête manifestement infondée, le défendeur pourrait se concentrer sur le mobile, sur les conséquences escomptées de cette procédure abusive – qui relèvent déjà de l'abus de procédure tel qu'il est prévu par le *common law*. Confronté à un moyen tiré de ce que l'instance s'apparenterait à une procédure-bâillon, le juge doit procéder à un triple examen du bien-fondé de la requête, des mobiles du requérant et des conséquences probables de la procédure. Ainsi devient-il sans objet de s'interroger sur l'opportunité de développer le *common law*.

La Cour abandonne explicitement au Parlement le soin de déterminer si des mécanismes plus précis de lutte contre les procédures-bâillons doivent être élaborés.

Revenant aux faits de l'espèce, la Cour juge que les intimés auraient dû établir, au soutien de leur défense procédurale, que la procédure intentée à leur encontre par la compagnie minière constituait un abus de procédure ; qu'elle n'avait pas été déclenchée pour défendre un droit ; qu'elle s'apparentait à l'utilisation de la procédure juridictionnelle pour atteindre un but inadéquat – leur porter préjudice ; qu'elle était susceptible de méconnaître, au fond, la liberté d'expression qui leur est constitutionnellement garantie. Faute pour les intimés de l'avoir fait, la Cour rejette leur moyen selon lequel un mobile impropre suffirait à rendre l'action irrecevable et elle rejette leur moyen de défense procédural. L'appel relevé par la compagnie minière est accueilli en tant que les intimés n'ont pas fourni les éléments qui s'imposaient. La Cour précise néanmoins que les intimés disposent d'un délai d'un mois pour demander à modifier leur mémoire au soutien de leur défense procédurale, afin de prendre en compte sa décision¹⁰⁰ – ce qui laisse *in fine* ouverte la possibilité qu'ils finissent par l'emporter.

Quant aux frais engagés pour la procédure – l'équivalent des dépens et frais irrépétibles –, la Cour observe, d'une part, que la compagnie minière a certes obtenu gain de cause, mais pour des raisons qui n'étaient pas invoquées dans leur mémoire. Elle constate, d'autre part, que les intimés ont certes perdu, mais qu'ils ont obtenu la reconnaissance de la possibilité de se prévaloir d'une procédure-bâillon, ce qui est également un succès. Elle décide donc de répartir ces frais pour la procédure qui s'est tenue devant elle – 60 % des frais engagés par les intimés doivent être payés par la compagnie appelante – et, pour les mêmes raisons, de ne condamner aucune partie à payer les frais de l'autre pour la procédure devant la Haute Cour¹⁰¹.

19. Cette trajectoire juridictionnelle appelle, d'un point de vue français, plusieurs observations.

Premièrement, on ne peut qu'être frappé par la richesse de la motivation de ces deux décisions, où les références au droit étranger – auxquelles invite la Constitution elle-même¹⁰² – se mêlent à une analyse fine de la jurisprudence sud-africaine. Une réflexion poussée sur les catégories juridiques, sur le *common law* et ses évolutions possibles confèrent à la solution privilégiée par la Cour une robustesse intellectuelle dont l'éclat ne peut que rejaillir sur leurs auteurs et l'institution dont ils sont membres.

Deuxièmement, en Afrique du Sud comme ailleurs, les requérants ont parfois des raisons que la raison juridique ne saurait tolérer. Toujours asymptotique, donc imparfaite, la quête de leurs mobiles – de leurs intentions¹⁰³, de la cause finale de leur action en justice ou des objectifs qu'ils lui assignent – s'impose alors, pour le juge, comme une nécessité

(95) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 84.

(96) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 79-82.

(97) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 83.

(98) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 90.

(99) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 93.

(100) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 101.

(101) V., Cour constitutionnelle sud-africaine, préc., par. 102-103.

(102) Constitution sud-africaine de 1996, art. 39, al. 1^{er}.

(103) Sur des difficultés analogues, v. J. Jeanneney, « Le recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus », *Droit & Philosophie*, vol. 9, 2018, p. 79-119.

ardente et un projet ardu. Au terme d'une enquête « téléologique », il s'agit de faire tomber les masques, de dévoiler ce que le formalisme inhérent à toute requête tend à occulter. Les circonstances l'imposent lorsque pèse le soupçon d'un abus du droit d'agir en justice, d'un détournement de la procédure que l'on croit placée au service de desseins fort éloignés de ceux pour lesquels elle a été conçue.

Troisièmement, il est notable que, faute de loi encadrant ces pratiques en Afrique du Sud, ce soit le juge qui ait élaboré un moyen de contribuer à les contrecarrer. Il est encore plus frappant que, loin de se fonder sur l'atteinte à certaines libertés – au premier chef, la liberté d'expression –, comme on pouvait s'y attendre, la Cour constitutionnelle ait fondé son raisonnement sur une question strictement procédurale, au nom des pouvoirs dont disposent les juges sud-africains de réguler l'instance. Cela rappelle à quel point la procédure, trop souvent assimilée à un sujet simplement technique, peut être le lieu de choix substantiels, parfois politiques.

Quatrièmement, l'identification d'une procédure-bâillon impliquant de sonder les mobiles des requérants, une solution consiste bien à confier cette tâche aux juges, en leur donnant les moyens de mettre un terme prompt à ces requêtes sournoises et de s'attacher à dissuader, pour l'avenir, ceux qui s'y adonnent – de censurer, en somme, ces censeurs de mauvais aloi. On renverserait alors volontiers les termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : tout citoyen, en la matière, peut agir en justice, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans des cas qu'il reviendra au législateur de déterminer. L'opération présente néanmoins des risques bien connus dans d'autres traditions juridiques. Tout en admirant le progrès jurisprudentiel consistant à « assigner aux droits et aux prérogatives un but défini dont ils ne peuvent être impunément détournés ¹⁰⁴ », René Chapus constate ainsi un risque d'abus dans le contrôle des abus : « permettre au juge de confronter les buts des droits avec les mobiles qui ont poussé une personne à exercer son droit, n'est-ce pas lui conférer un pouvoir redoutable ¹⁰⁵ ? ».

20. La possibilité que des procédures juridictionnelles soient ainsi dégradées en de vulgaires instruments au service d'ambitions inavouables invite, enfin, à s'interroger sur la façon dont la question est affrontée en France, à droit constant – en l'absence, pour l'instant, d'une « loi anti-bâillon ». Il importe alors d'avoir à l'esprit ce qui, sous ce rapport, réunit les deux traditions juridiques et ce qui les distingue.

Certains rapprochements sont frappants.

D'une part, en France comme en Afrique du Sud, le concept d'« abus de droit » suscite une impression fâcheuse de bric-à-brac ¹⁰⁶ : on y rattache des phénomènes d'une grande diversité, les fautes commises à l'occasion de recours se mêlant aux recours assimilés eux-mêmes à des fautes. Un constat équivalent n'a pas empêché le juge constitutionnel sud-africain, au terme d'une démarche analytique et de dis-

tinctions précises, d'utiliser ainsi la catégorie juridique « abus de procédure ». En France aussi, cela pourrait ne pas être dirimant.

D'autre part, le contrôle des mobiles auquel invite la Cour constitutionnelle sud-africaine n'est pas étranger aux juges français. Ces derniers y sont habitués : l'abus de droit, la cause illicite et la fraude devant le juge judiciaire, le détournement de pouvoir devant le juge administratif, leur donnent l'occasion régulière de s'y adonner ¹⁰⁷. À telle enseigne que certains auteurs ont placé la recherche des intentions au cœur de l'activité juridictionnelle. L'observation en est faite par Georges Ripert, à propos de la prise en compte de la bonne foi des sujets de droit : « le juge se penche sur les âmes et scrute les consciences ; il tâche de faire régner l'équité et, s'il ne peut donner au juste plus que la loi ne lui donne, il se reconnaît le pouvoir d'enlever au coupable les avantages de la situation juridique qu'il avait cru acquérir ¹⁰⁸ ». Le phénomène est théorisé aussi par Louis Josserand : « quoi qu'on fasse, le juge a pour mission de scruter les volontés et de sonder les cœurs ; en tous pays, à toute époque, le plus large crédit lui est ouvert à cet effet par le législateur et par l'opinion publique ; à la fois maître souverain des faits et interprète de la loi, le champ des intentions des parties comme celui de l'esprit de nos institutions lui sont ouverts, et c'est en toute liberté qu'il les explore ¹⁰⁹ ». Sous ce rapport, en sondant les mobiles des auteurs de procédures-bâillons, les juges français ne seraient pas entièrement dépayés.

Deux constats invitent néanmoins à ne pas exagérer la proximité de ces deux configurations.

En premier lieu, les limites mises par la loi de 1881 au déclenchement comme aux conséquences d'une procédure en diffamation n'en font sans doute pas, pour les amateurs de procédures-bâillons, un objet d'intérêt comparable à ce que l'on constate en Afrique du Sud ou aux États-Unis.

En second lieu, il existe une différence majeure dans les effets juridiques attachés à l'abus du droit d'agir en justice dans les deux pays. Sans doute les juges français n'ont-ils pas attendu les procédures-bâillons pour assimiler des détournements de recours juridictionnels à des abus du droit d'agir en justice – qu'ils soient qualifiés d'exercice malicieux du droit d'agir en justice, de mauvaise foi, d'erreur grossière équipollente au dol, de comportement fautif ou de simple légèreté blâmable. Néanmoins, il s'agit principalement, en France, d'une théorie correctrice ¹¹⁰, utilisée dans une double perspective. La première – la condamnation à une amende civile – est prononcée d'office par le juge au bénéfice de l'État, en réponse à l'atteinte portée au service public de la justice par celui qui a abusé de ces procédures. Par elle, il s'agit d'éviter l'engorgement du rôle des juridictions, qui conduirait à allonger les autres procédures, dans une perspective de bonne administration de la justice. La seconde – la condamnation à des dommages-intérêts – doit être requise par

(104) R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1957, p. 379.

(105) R. Chapus, *op.cit.*, p. 385.

(106) V., L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1962, p. 13-17.

(107) V., E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. « Droit civil », 1985, p. 100.

(108) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd., LGDJ, 1927, p. 297.

(109) L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., Dalloz, 1939, p. 353.

(110) E. Jeuland, *Droit processuel général*, 5^e éd., LGDJ, 2022, p. 412.

la partie adverse, qui entend ainsi obtenir réparation de ses intérêts¹¹¹. L'abus du droit d'agir en justice ne saurait être conçu, comme c'est le cas en Afrique du Sud, comme une défense procédurale – qui prendrait la forme, conformément aux règles françaises en matière de procédure civile, d'une exception de procédure ou, plus probablement, d'une fin de

non-recevoir. On imagine difficilement, dès lors, que puisse lui être conférée, sur ce sujet, une portée équivalente à celle que lui a reconnue le juge constitutionnel sud-africain. Le raisonnement de ce dernier n'en sera pas moins riche en enseignements lorsque viendra le temps de lutter, en France, contre ceux qui veulent faire taire leurs critiques de la sorte.

(111) V., C. pr. civ., art. 32-1, 559 et 628.