

## Observations

# Ingérences préventives et presse audiovisuelle : la Belgique condamnée, au nom de la « loi »

## I. Introduction

1. Rendu à l'unanimité par la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt *RTBF c/ Belgique*<sup>4</sup>, met fin à une saga judiciaire de près de dix années (II) et conclut à la violation de l'article 6, paragraphe premier (droit d'accès à un tribunal)<sup>5</sup>, et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la liberté d'expression). Notre analyse se bornera aux questions touchant à la liberté d'expression et à la liberté de la presse. A ce propos, la Cour ne se prononce, dans l'arrêt *RTBF*, que sur la seule condition de légalité de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression. En effet, en considérant que le cadre réglementaire belge ne répond pas à la condition de prévisibilité voulue par la Convention, la Cour pouvait conclure à la violation de l'article 10, sans devoir se prononcer sur les autres exigences requises par l'article 10, paragraphe 2 (à savoir la légitimité et la nécessité de l'ingérence).

2. A ce stade, l'observateur attentif de la jurisprudence strasbourgeoise pourrait penser que la lecture de l'arrêt ne lui fournira que peu d'enseignements relativement aux conditions entourant l'admissibilité, en démocratie, des ingérences préventives dans le droit à la liberté d'expression<sup>6</sup>. Pourtant, l'arrêt est intéressant à plus d'un titre. Tout d'abord, la Cour européenne y met en lumière les divergences d'interprétation existant parmi les juges sur la délicate question de la constitutionnalité des ingérences préventives en matière audiovisuelle (III). L'arrêt apporte également un éclairage particulier sur l'exigence de légalité de l'ingérence dans la liberté d'expression relativement à la compétence du juge des référés agissant de manière préventive (IV). Enfin, l'arrêt livre – en filigrane – quelques enseignements sur la différence de traitement entre la presse écrite et la presse audiovisuelle (V).

## II. Rappel des faits et antécédents<sup>7</sup>

3. Dans le courant de l'année 2001, la RTBF, entreprise de radio et télévision de service public en Communauté française de Belgique, décida de consacrer une séquence

4. A ce jour, l'arrêt ne semble pas avoir fait l'objet d'une demande de renvoi devant la grande chambre de la Cour (article 43 de la Convention).

5. L'arrêt conclut à la violation de l'article 6, paragraphe premier, de la Convention, en raison d'un formalisme excessif de la Cour de cassation qui avait déclaré irrecevable le second moyen formé par la requérante, pris de la violation de l'article 10 de la Convention, à défaut d'avoir également visé l'article 584 du code judiciaire. Voy. les paragraphes 61 à 75 de l'arrêt commenté.

6. Voy. sur cette question, parmi une littérature abondante, N. BONBLED, "La conciliation des restrictions constitutionnelles et conventionnelles à la liberté d'expression : le cas des discours haineux", *Rev. b. dr. const.*, 2005, p. 421-487 ; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, "Le contrôle judiciaire de la presse", *A. & M.*, 2002, p. 485-503 ; K. LEMMENS, " 'Taisez-vous, Elkabbach ! ' L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales", *Rev. b. dr. const.*, 2003, p. 375-395 ; M.-F. RIGAUX, "La licéité des restrictions et des interventions préventives – Quelques réflexions", *R.T.D.H.*, 1993, p. 57-67 ; F. TULKENS, "Pour un droit constitutionnel des médias", *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 13-22, spéc. p. 15-16 ; P. VANDERNOOT, "La Constitution belge et la diffusion d' 'idées' racistes : mieux vaut prévenir que guérir", in *Liber Amicorum P. Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 521-568 ; R. VAN MELSEN, "La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive", *C.D.P.K.*, 2007, p. 127-152 ; J. VELAERS, " 'De censuur kan nooit worden ingevoerd'. Over de motieven van het censuurverbod", in *Censures*, actes du colloque du 16 mai 2003, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 13-50 ; S. VELU, "Le juge des référés et la liberté d'expression", in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, tome III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1757-1797.

7. Voy. les paragraphes 5 à 35 de l'arrêt annoté.

de sa défunte émission d'investigation « Au nom de la loi »<sup>8</sup> aux risques médicaux, aux problèmes de communication et d'information entre médecins et patients ainsi qu'aux droits dont ces derniers peuvent se prévaloir<sup>9</sup>. Cette émission trouvait sa principale source dans une série de plaintes formulées dans la presse écrite par certains patients du docteur D.B., ce dernier ayant d'ailleurs été interrogé durant la préparation du reportage. Craignant que sa réputation soit irrémédiablement mise à mal par la diffusion de l'émission, annoncée à grand fracas par la presse écrite, le médecin assigna la RTBF devant le président du tribunal de première instance de Bruxelles aux fins, à titre principal, d'interdire la diffusion de l'émission et, à titre subsidiaire, d'ordonner la production aux débats de l'enregistrement du reportage litigieux.

Le 24 octobre 2001, soit le jour-même où l'émission était programmée, et sans avoir visionné au préalable la cassette que la RTBF refusait obstinément de produire, le juge interdit provisoirement la diffusion du reportage litigieux. L'ordonnance, rendue sous peine d'une astreinte de 2.000.000 francs belges, valait jusqu'au prononcé d'une décision au fond, à charge pour le demandeur d'engager pareille procédure dans un délai d'un mois<sup>10</sup>.

Statuant en appel de référé, la cour d'appel de Bruxelles, par un premier arrêt du 21 décembre 2001, confirma l'ordonnance entreprise sur la question de la compétence du juge des référés pour connaître d'une demande d'interdiction d'une émission télévisée qui constituerait un cas flagrant de violation des droits d'autrui, et ordonna à la requérante de produire une copie de l'émission<sup>11</sup>. Après avoir visionné la cassette, et relevé le manque d'objectivité de l'émission, la cour d'appel de Bruxelles, par un second arrêt du 22 mars 2002, jugea les craintes du docteur D.B. fondées, et confirma l'interdiction provisoire de diffusion prononcée par le premier juge<sup>12</sup>.

La RTBF n'en resta pas là et se pourvut en cassation contre ces deux arrêts. Dans son premier moyen, la requérante reprochait à la cour d'appel d'avoir déclaré l'article 25, alinéa premier, de la Constitution (protégeant la liberté de la presse), non applicable aux émissions de télévision alors que, selon elle, la volonté du constituant était de protéger la libre diffusion des idées et non l'instrument de celle-ci. Dans l'hypothèse où l'article 25 devrait être déclaré étranger à l'audiovisuel, la requérante prétendait en outre que l'article 19 de la Constitution interdisait à l'autorité de subordonner l'exercice de la liberté de manifester ses opinions en toute matière à un contrôle préalable des opinions. La RTBF faisait également valoir que les différentes dispositions fondant la compétence du juge des référés pour connaître d'une demande d'interdic-

8. Plusieurs séquences du magazine, au contenu sensible, avaient déjà fait l'objet de demandes d'interdiction de diffusion adressées au juge des référés. Voy. notamment Civ. Bruxelles (réf.), 17 novembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 374 (le juge rejeta la demande d'interdiction provisoire de diffusion de la séquence litigieuse); Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1988, cette revue, 1988, p. 1443; *Cah. dr. jud.*, n° 6, 1991, p. 172 (le juge fit droit à la demande de suppression du montage consacré à la demanderesse), infirmée par Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 26 octobre 1989, cette revue, 1989, p. 1309; *Journ. proc.*, 1989, n° 159, p. 29; *J.T.*, 1990, p. 611; *Cah. dr. jud.*, 1991, n° 6, p. 173; Civ. Bruxelles (réf.), 25 octobre 1989, *Journ. proc.*, 1989, n° 159, p. 30; *Cah. dr. jud.*, 1991, n° 6, p. 174 (le juge fit droit à la demande d'interdiction introduite par une requête unilatérale); Civ. Bruxelles (réf.), 3 novembre 1989, *Cah. dr. jud.*, 1991, n° 6, p. 175 (saisi sur tierce opposition formée par la RTBF, le juge ordonna le visionnement du reportage par un jugement interlocutoire et le demandeur finit par se désister de son action); Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1990, *Cah. dr. jud.*, 1991, n° 6, p. 176 (le juge se déclara compétent mais conclut au rejet de la demande d'interdiction).

9. Il nous paraît intéressant de relever que quelque temps plus tard, le législateur belge a formalisé le cadre juridique de la relation entre le médecin et le patient, qui résultait jusqu'alors de la jurisprudence, à travers l'adoption de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002. Pour un commentaire, voy. Y.-H. LELEU, "La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient", *J.T.*, 2003, p. 649-659.

10. Civ. Bruxelles (réf.), 24 octobre 2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 423, p. 20, et note F. TULKENS; A. & M., 2002, p. 177.

11. Bruxelles (réf.), 21 décembre 2001, A. & M., 2002, p. 180; *Journ. proc.*, 2002, n° 428, p. 6 (écho); cette revue, 2002, p. 425, note F. JONGEN.

12. Bruxelles (réf.), 22 mars 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 436, p. 26, obs. F. TULKENS. ,

tion de diffusion ne répondaient pas à l'exigence de légalité de l'ingérence imposée par le second paragraphe de l'article 10 de la Convention. Dans un second moyen, fondé sur l'article 10 de la Convention, la demanderesse affirmait que le seul intérêt, même incontestable, du défendeur à protéger sa réputation n'était pas suffisant pour prévaloir sur l'important intérêt public à préserver la liberté pour la presse de fournir des informations sur des questions d'intérêt général.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi dans un arrêt du 2 juin 2006<sup>13</sup>. Sur le premier moyen, elle confirma la position de la cour d'appel quant à l'inapplicabilité de l'article 25 de la Constitution en matière audiovisuelle, considéra qu'il n'y avait pas de violation de l'article 19 de la Constitution quant à l'obligation de produire aux débats l'enregistrement de l'émission<sup>14</sup> et jugea que les normes fondant la compétence du juge des référés répondaient bien à l'exigence de légalité prévue à l'article 10, paragraphe 2. La Cour de cassation déclara le second moyen irrecevable à défaut pour la RTBF d'avoir invoqué l'article 584 du code judiciaire, disposition fondant la compétence du juge des référés<sup>15</sup>.

### III. Les mesures préventives et l'audiovisuel en Belgique

4. Selon une jurisprudence désormais bien établie, la Cour européenne des droits de l'homme ne considère pas les ingérences préventives comme incompatibles en soi avec l'article 10 de la Convention, même si elle reconnaît que ces dernières appellent de sa part l'examen le plus scrupuleux<sup>1617</sup>. En effet, comme le rappelle la Cour dans l'arrêt commenté, « l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt »<sup>18</sup>.

13. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 2 juin 2006, cette revue, 2006, p. 1402, obs. F. JONGEN ; A. & M., 2006, p. 355, précédé des conclusions de l'avocat général délégué PH. DE KOSTER.

14. Il est regrettable que la Cour suprême ne se soit prononcée que sur le premier arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui confirmait la compétence de principe du juge des référés pour connaître d'une demande d'interdiction provisoire d'une émission audiovisuelle et ordonnant à la RTBF de produire l'enregistrement de l'émission, en restant silencieuse à propos du second arrêt qui confirmait, quant à lui, l'interdiction de diffusion après visionnement de la cassette. Voy. A. STROWEL et F. TULKENS, " Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité ", in *Médias et droits*, collection Recyclages en droit, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 19-20, n° 40.

15. Cette approche formaliste de la Cour de cassation a amené la Cour de Strasbourg à conclure à la violation de l'article 6, paragraphe premier, en l'espèce. Voy. *supra* point 1.

16. Voy. notamment CEDH, arrêt *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, paragraphe 60 ; CEDH, arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni (n° 2)*, 26 novembre 1991, paragraphe 51 ; CEDH, arrêt *Association Ekin c/ France* du 17 juillet 2001, paragraphe 56 ; CEDH, arrêt *Gawęda c/ Pologne*, 14 mars 2002, paragraphe 35 ; CEDH, arrêt *Éditions Plon c/ France* du 18 mai 2004, paragraphe 42 ; CEDH, arrêt *Chauvy et autres c/ France* du 29 juin 2004, paragraphe 66 ; CEDH, arrêt *Dammann c/ Suisse*, 25 avril 2006, paragraphe 52 ; CEDH, arrêt *Ulusoy et autres c/ Turquie*, 3 mai 2007, paragraphe 44 ; CEDH, arrêt *Dzhavadov c/ Russie*, 27 septembre 2007, paragraphe 32 ; CEDH (gde ch.), arrêt *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c/ Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, paragraphe 93 ; CEDH, arrêt *Ürper et autres c/ Turquie*, 20 octobre 2009, paragraphe 39 ; CEDH, arrêt *Mosley c/ Royaume-Uni*, 10 mai 2011, paragraphe 117.

17. Voy. toutefois l'opinion en partie dissidente du juge DE MEYER, approuvée par les juges PETTITI, RUSSO, FOIGHEL et BIGI, sur les restrictions préalables, jointe à l'arrêt *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, précité, et réitérée lors de l'adoption, le même jour, de l'arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni (n° 2)*, précité : « J'ai la ferme conviction que la presse doit être laissée libre de publier des informations, quelle qu'en soit la source, sans censure, injonctions ou restrictions préalables : dans une société libre et démocratique il ne peut y avoir de place, en temps de paix, pour des restrictions de cette nature, surtout si l'on y a recours, comme en l'espèce, en vue de la suppression par le gouvernement d'informations embarrassantes ou d'idées gênantes ». Voy. également l'opinion concordante du juge DE MEYER jointe à l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni* du 26 mars 1996. Voy. encore CEDH, arrêt *Incal c/ Turquie*, 9 juin 1998, paragraphe 56, où la Cour affirme que « l'aspect préventif [de l'ingérence litigieuse] soulève à lui seul des problèmes sur le terrain de l'article 10 » et l'opinion partiellement concordante du juge GOLCUKLU jointe à cet arrêt : « J'ai voté, avec la majorité, pour la violation de l'article 10, non pas à cause du contenu des tracts en question, mais parce que lesdits tracts ont été saisis avant leur distribution et que le requérant a été condamné pour des opinions qui n'ont jamais été diffusées ».

18. Paragraphe 105. La requérante estimait avoir subi un important dommage matériel résultant de la perte définitive de l'émission. A défaut pour la RTBF d'avoir pu prouver l'étendue de ce dommage, la Cour a considéré que le constat de violation suffisait à compenser le préjudice subi par la requérante (paragraphe 120).

5. La Cour de Strasbourg a rejoint la Cour de cassation pour définir les mesures préventives sur la base d'un critère temporel<sup>19</sup>. Par un arrêt du 29 juin 2000, cette dernière avait rejeté le moyen pris de la violation de l'article 25 de la Constitution prohibant la censure en constatant que le magazine litigieux avait « déjà reçu une large diffusion au moment de la signification de l'ordonnance de retrait »<sup>20</sup>.

Bien qu'elle soit le reflet d'un compromis entre la liberté d'expression (en partie exercée) et la protection des droits d'autrui (pas encore totalement compromise), cette définition nous semble problématique à plusieurs égards.

Tout d'abord, la mise en œuvre de ce critère temporel s'accorde difficilement avec d'autres enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour européenne. On l'a vu, en fait d'interdiction préalable, la marge d'appréciation des Etats est extrêmement limitée. Mais cette dernière apparaît tout aussi réduite dans l'hypothèse où les informations litigieuses auraient déjà investi le domaine public. En effet, le juge européen a conclu, à de nombreuses reprises, « à l'absence de nécessité d'empêcher la divulgation de certaines informations dès lors qu'elles avaient déjà été rendues publiques (...) ou avaient perdu leur caractère confidentiel (...) »<sup>21</sup>. Dès lors, en cette matière, l'intervention étatique ne se révélera-t-elle pas toujours trop précoce ou trop tardive ?<sup>22</sup>

Ensuite, le critère temporel ne semble pas prendre suffisamment en compte le droit du public à recevoir des informations pourtant reconnu dans plusieurs arrêts de la Cour<sup>23</sup> : si l'on peut admettre que l'opinion a reçu sa chance dès lors qu'elle a connu un début de diffusion, peut-on en dire autant du public – présent et à venir – potentiellement intéressé par le propos mis à l'index ?

Enfin, cette position « d'entre-deux », pensée dans le contexte de la presse imprimée, paraît difficilement transposable au contexte de l'audiovisuel qui se caractérise par une certaine immédiateté des effets, la diffusion de l'émission coïncidant avec sa réception par le plus grand nombre<sup>24</sup>. On pourrait relativiser ce constat en raison du développement de la télévision à la demande et de l'internet permettant à chacun de voir ou revoir les émissions télévisées après une première diffusion. Il reste que l'annonce des programmes télévisés, non seulement par la presse généraliste mais également par une presse spécialisée, s'assimile à une véritable prise de rendez-vous avec les téléspectateurs.

19. CEDH, arrêt *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c/ Belgique*, 9 novembre 2006, paragraphes 57 et 87, cette revue, 2007, p. 292, et obs. P. LAMBERT ; *J.T.*, 2006, p. 789 et obs. N. BONBLED et M. LYS.

20. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 29 juin 2000, *Pas.*, I, 2000, n° 420.

21. Voy., parmi d'autres, CEDH, arrêt *Vereniging Weekblad Bluf! c/ Pays-Bas*, 9 février 1995, paragraphe 44. Voy. également les arrêts *Sunday Times n° 2* (paragraphes 52-56) et *Observer et Guardian* (paragraphes 66-70) précités et, plus récemment, CEDH, arrêt *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.Ş. c/ Turquie (n° 1)*, 30 mars 2006, paragraphe 81.

22. Voy. S. VAN GARSSE, " Het rechterlijke verspreidingsverbod : een kwestie van timing ? ", *A.J.T.*, 2001, p. 567, où l'auteur met en lumière la difficile conciliation entre l'interdiction de la censure et l'exigence de l'urgence conditionnant la compétence du juge des référés.

23. Voy., parmi de nombreux autres, CEDH, arrêt *Times Newspapers Limited (n° 2) c/ Royaume-Uni*, 10 mars 2009, paragraphe 27 où la Cour rappelle que « l'article 10 garantit non seulement le droit de communiquer des informations mais aussi celui, pour le public, d'en recevoir ». Dans cet arrêt, la Cour a considéré que les sites d'archives en ligne, en permettant la préservation d'informations, constituent une source précieuse pour l'enseignement et la recherche historique, tout en soulignant que les Etats bénéficient d'une marge d'appréciation plus large pour établir un équilibre entre les intérêts concurrents lorsque les informations portent sur des événements passés (paragraphe 45).

24. Voy. A. STROWEL et F. TULKENS, *op. cit.*, p. 17 : « S'il est possible de retirer rapidement de la vente un journal, un magazine ou un ouvrage, en revanche, la force des images diffusées empêche des mesures similaires », et la référence à D. BOUGNOUX : « Le flot télévisuel est préemptoire ou comme la rivière, sans retour » (" Médias, démocratie et droit de réponse ", in *La responsabilité : la condition de notre humanité*, collection Autrement, Paris, Autrement, 1994, p. 191-192).

6. Quel sort le droit belge réserve-t-il aux mesures préventives ? L'article 25 de la Constitution formule de manière limpide que « la presse est libre » et que « la censure ne pourra jamais être établie ». On sait que la Cour de cassation réserve les garanties constitutionnelles de la presse aux seuls écrits imprimés, à l'exclusion de l'audiovisuel<sup>25</sup>. Qu'en est-il alors de l'article 19, dont la Cour a pu affirmer le caractère corollaire d'avec l'article 25 de la Constitution<sup>26</sup> ? L'article 19 de la Constitution dispose que « *La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés* ». S'expliquant sur le rapprochement entre la liberté des cultes, la liberté de l'enseignement et celle de la presse, M. DE GERLACHE a défendu devant le Congrès national qu'il s'agit toujours de « la manifestation de la pensée, sous des formes diverses » et que « c'est précisément pour cela que ces libertés doivent être mises absolument sur la même ligne, et que vous ne pouvez faire ni plus ni moins pour l'une que pour l'autre. Or, le grand principe qui prédomine ici tous les autres, puisque nous avons pour but de consacrer la véritable liberté, sans aucune restriction, c'est l'absence de toute mesure préventive »<sup>27</sup>. On voit donc que l'interdiction *générale* des mesures préventives résulte très clairement des travaux préparatoires de la Constitution.

La Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour constitutionnelle, saisie d'un recours en annulation de certaines disposition de la loi du 25 février 2003<sup>28</sup>, a également eu l'occasion d'affirmer que « lors de l'application de l'article 19, paragraphe premier [de cette loi qui prévoyait une action en cessation] le juge devra tenir compte de l'interdiction de mesures préventives en général et de l'interdiction de censure en particulier, prévues par les articles 19 et 25 de la Constitution, ce qui implique que l'intervention judiciaire n'est possible que lorsqu'une diffusion a déjà eu lieu »<sup>29</sup>.

De la même manière, le Conseil d'Etat a pu considérer, à propos d'un règlement privant les tracts racistes de services postaux, que les articles 19 et 25 de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que les délits de presse ainsi que les délits commis à l'occasion de l'usage de la liberté d'expression, soient réprimés » mais qu'ils « interdisent qu'un contrôle préalable de l'usage de ces libertés soit instauré, en d'autres termes, que l'intéressé n'est autorisé à diffuser des imprimés ou à manifester des

25. Cass., 2 juin 2006, précité et les conclusions – conformes sur ce point – de l'avocat général, paragraphes 13-36 ; Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, n° 482, où la Cour énonce pour la première fois que « les émissions de télévision ou de télédistribution ne sont pas des modes d'expression par des écrits imprimés ; que l'article 18 [désormais 25] de la Constitution leur est donc étranger ». Bien qu'elle ne se soit jamais prononcée sur la question de la transposition de ces enseignements à l'internet, on peut penser que, par identité de motifs, la Cour de cassation en vienne à exclure ce média de la protection constitutionnelle de la presse. Les juges du fond, quant à eux, privilégient une interprétation évolutive de la notion de presse afin d'appliquer les garanties qui s'y attachent aux écrits diffusés sur l'internet. Voy., sur cette question, Q. VAN ENIS, " Le ' délit de presse ' sur l'internet : seul le jury populaire est compétent pour sanctionner pénalement le ' chien de garde ' qui aurait crié au loup ", obs. sous Bruxelles, 17 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 506-507, n° 3-7 ; J. ENGLEBERT, " Le statut de la presse : du ' droit de la presse ' au ' droit de l'information ' ", *Rev. dr. ULB*, 2007, p. 266-279, n° 35-53.

26. Voy. notamment Cass., 28 juin 2004, RG. C. 02.0412. F. ; Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 420, cette revue, 2000, p. 1589, et obs. F. JONGEN ; Cass., 14 janvier 1883, *Pas.*, 1883, I, n° 267 ; Cass., 24 janvier 1863, *Pas.*, 1864, I, n° 110. Voy. également les conclusions de l'avocat général délégué PH. DE KOSTER précédant Cass., 2 juin 2006, paragraphes 27, 39 et 41.

27. E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national*, Bruxelles, 1844, p. 574-575.

28. Cette loi, tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003, a été abrogée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007. L'action en cessation se retrouve à l'article 20, paragraphe premier, de la nouvelle loi.

29. C.A., arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, considérants B. 74 et 75. Remarquons que, dans deux arrêts, la Cour d'arbitrage a pu valider certaines lois mettant en place des mesures préventives, après avoir relevé leur portée limitée : C.A., arrêt n° 124/2000 du 29 novembre 2000, considérant B.6.3 et C.A., arrêt n° 9/2004 du 21 janvier 2004, B. 12. Voy. P. VANDERNOOT, *op. cit.*, p. 561-562 et N. BONBLED, *op. cit.*, p. 439-442, et p. 444-446.

opinions qu'après qu'un organe de l'autorité ou un autre tiers se sera prononcé sur leur caractère licite »<sup>30</sup>.

Par contre, dans l'arrêt du 2 juin 2006, contre lequel était dirigée la requête de la RTBF, la Cour de cassation, après avoir déclaré l'article 25 inapplicable à l'audio-visuel, a également rejeté le grief fondé sur l'article 19 de la Constitution :

« Le juge des référés qui (...) tient provisoirement en suspens la diffusion d'une émission télévisée afin de garantir une protection effective des droits d'autrui, en l'espèce " l'honneur, la réputation et la vie privée " du défendeur, ne contrevient pas à l'article 19 de la Constitution »<sup>31</sup>.

#### ***IV. La compétence du juge des référés pour prononcer des mesures préventives et l'exigence de légalité selon la Cour européenne des droits de l'homme***

7. Garantie contre l'arbitraire, l'exigence de légalité constitue la première des trois conditions cumulatives permettant de justifier une restriction dans l'exercice de la liberté d'expression. Suivant l'article 10 de la Convention, il faut que l'ingérence soit « prévue par la loi ».

Aux yeux de la Cour, ces termes « qui figurent aux articles 8 à 11 de la Convention n'exigent pas seulement que la mesure incriminée ait une base en droit interne mais visent également la qualité de la loi en question. Celle-ci doit être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire formulée avec assez de précision pour permettre au justiciable – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite »<sup>32</sup>.

Dans l'arrêt *Association Ekin c./ France*, qui concernait l'interdiction de diffusion en France d'un livre sur la question basque et incitant à la violence, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà relevé que, si les restrictions préalables à la publication ne sont pas incompatibles en soi avec la Convention, « elles doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus »<sup>33</sup>.

Si la Cour admet que la jurisprudence peut jouer un certain rôle en dissipant « les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation de normes dont le libellé ne présente pas une précision absolue »<sup>34</sup>, il faut encore que cette jurisprudence soit constante et publiée<sup>35</sup>.

30. C.E., *Vanhecke*, n° 89.368 du 28 août 2000. Le Conseil d'Etat a rappelé cet enseignement dans un avis rendu par l'assemblée générale de la section de législation le 20 avril 2004 à propos d'une proposition de loi déposée le 5 février 2004 « modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques, en vue de permettre un contrôle préalable à la diffusion d'imprimés à caractère raciste, xénophobe ou négationniste » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 51-788/2, spéc. paragraphe 15 : « L'article 19 de la Constitution garantit un régime répressif, et non préventif, quant à l'admissibilité de limitations aux libertés que cette disposition proclame, puisqu'il n'admet comme seule restriction à cette liberté que " la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés " »). Voy. également C.E., *Vanhecke*, n° 116.818 du 10 mars 2003. Voy. P. VANDERNOOT, *op. cit.*, p. 552-557, n°s 24-25.

31. Comparez avec l'arrêt rendu par la même Cour une vingtaine d'années plus tôt : « Si l'article 14 [actuel 19] de la Constitution garantit, comme l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la libre manifestation des opinions en toute matière et, dès lors, ne permet point à l'autorité de subordonner l'exercice de cette liberté à un contrôle préalable des opinions, en revanche ces dispositions ne reconnaissent pas cette liberté de façon illimitée (...) » (Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, n° 482).

32. CEDH (gde. ch.), arrêt *Sanoma Uitgevers B.V. c./ Pays-Bas*, 14 septembre 2010, paragraphes 81-83. Voy. également CEDH, arrêt *Sunday Times c./ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, paragraphe 49.

33. CEDH, arrêt *Association Ekin c./ France*, 17 juillet 2001, paragraphe 58. Nous soulignons. La Cour reprend cet enseignement aux paragraphes 105 et paragraphe 114 de l'arrêt annoté. Estimant, dans cette affaire, que l'ingérence en question ne pouvait, de toute façon, être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique », la Cour n'avait pas jugé nécessaire de se prononcer sur l'exigence de prévisibilité de la loi (paragraphe 46).

34. CEDH, arrêt *Cantoni c./ France*, 15 novembre 1996, paragraphe 32. Cet arrêt a été rendu sur le terrain de l'article 7 de la Convention.

35. Voy. A. SCHAUS, " Les restrictions à la liberté d'expression opérées par le juge des référés face à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ", *Cah. dr. jud.*, n° 6, 1991, p. 167 ; M. HANOTIAU et M. KADANER, *op. cit.*, p. 175-176.

## 8. Qu'en était-il dans le cas qui nous occupe ?

Dans l'arrêt commenté, la haute juridiction strasbourgeoise commence, dans sa section consacrée au droit et à la jurisprudence internes pertinents, par donner un aperçu exhaustif des différentes décisions divergentes qui ont pu être rendues à propos du référé préventif en matière de presse écrite et audiovisuelle<sup>36</sup>.

La Cour mentionne ensuite les normes écrites qui permettent de fonder la compétence du juge des référés pour interdire la diffusion d'une émission, à savoir les articles 18, 19, 584 et 1039 du code judiciaire, qui définissent les modalités d'action devant les autorités judiciaires en vue du respect des droits et les articles 1382 et 1383 du code civil permettant, quant à eux, de sanctionner les abus de la liberté d'expression. Pour la Cour, il s'agit là de « textes généraux qui concernent la compétence des tribunaux et qui ne donnent pas de précisions quant au type de restrictions autorisées, leur but, leur durée, leur étendue et le contrôle dont elles peuvent faire l'objet »<sup>37</sup>.

Les juges de Strasbourg constatent en outre « qu'il n'existe pas en droit belge une jurisprudence nette et constante qui aurait permis à la requérante de prévoir à un degré raisonnable, les conséquences pouvant résulter de la diffusion de l'émission litigieuse »<sup>38</sup>.

Bornons-nous simplement à mentionner à ce sujet que, six jours avant que le juge des référés bruxellois francophone n'accède à la demande du médecin mis en cause d'interdire provisoirement la diffusion du reportage de la RTBF, son homologue néerlandophone avait statué en sens inverse en se déclarant incompétent pour connaître d'une demande similaire formulée à l'égard d'une émission de la VRT<sup>39</sup> ! Voilà qui illustre bien le « flou artistique » entourant la question de l'admissibilité des mesures préventives, particulièrement en matière audiovisuelle. La Cour européenne ne s'arrête pas là et constate que les trois Cours suprêmes de notre pays ne parviennent pas à s'accorder sur ce point<sup>40</sup>.

9. Pour statuer sur l'exigence de légalité de l'ingérence, la Cour européenne se prononce expressément sur la portée qu'il convient de conférer à l'article 19 de la Constitution : « [cet article], qui consacre entre autres la liberté d'expression, n'autorise que la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés, ce qui implique une sanction *a posteriori* des fautes et abus commis à l'occasion de l'exercice de cette liberté »<sup>41</sup>. La Cour de Strasbourg prend ici le parfait contrepied de la Cour de cassation qui avait considéré, sur conclusions contraires du ministère public, que « le juge des référés qui (...) tient provisoirement en suspens la diffusion d'une émission télévisée afin de garantir une protection effective des droits d'autrui (...) ne contrevient pas à l'article 19 de la Constitution »<sup>42</sup>.

Ce faisant, la Cour européenne se situe-elle en porte-à-faux par rapport à sa jurisprudence constante, selon laquelle « il incombe au premier chef aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne »<sup>43</sup> ? Telle n'est pas notre opinion. En effet, l'on sait que pour répondre à l'exigence de légalité, l'ingérence étatique ne peut être contraire au droit interne, ce qui, par hypothèse, suppose une appréciation de la

36. Voy. les paragraphes 42-57 de l'arrêt.

37. Paragraphe 108.

38. Paragraphe 113.

39. Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, A. & M., 2002, p. 82, et note A. VERDOODT (" De audiovisuele media en de kortgedingrechter ") : « Le juge des référés n'est pas compétent pour connaître d'une demande visant une mesure que la Constitution a exclu de la compétence du juge ».

40. Paragraphe 115. Voy. *supra*, n° 6.

41. Paragraphe 108.

42. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 2 juin 2006, précité.

43. Voy. notamment l'arrêt *Leempoel* précité, paragraphe 57.

part de la Cour de la légalité ou de la constitutionnalité de la mesure en question<sup>44</sup>. Il paraît dès lors naturel que, pour se prononcer sur l'existence d'une « loi », le juge européen soit amené à interpréter le droit interne de l'Etat défendeur. En l'espèce, la requérante affirmait précisément qu'une loi autorisant le juge des référés à procéder à une restriction préventive ne pouvait exister car elle serait contraire à l'article 19 de la Constitution<sup>45</sup>.

10. La Cour de Strasbourg prend bien soin de distinguer la présente affaire de celles dont elle s'était trouvée saisie dans deux arrêts rendus contre la Belgique et dans lesquels elle était arrivée à une conclusion différente au sujet de la condition de légalité<sup>46</sup>. Dans l'arrêt *Leempoel*, la Cour avait ainsi estimé que l'application combinée de l'article 1382 du code civil et des article 18, alinéa 2, et 584 du code judiciaire, en ce qu'elle visait à limiter l'ampleur d'un dommage déjà causé par la publication d'un article, pouvait constituer une « loi » suffisamment prévisible et accessible<sup>47</sup>. De même, dans l'arrêt *De Haes et Gijssels*, la Cour avait estimé que, malgré la généralité de ses termes, l'article 1382 du code civil pouvait constituer une « loi » au sens de l'article 10, paragraphe 2 de la Convention<sup>48</sup>. La Cour rappelle opportunément que ces affaires concernaient des restrictions *a posteriori*.

Pour marquer la différence avec ces deux précédents, la Cour insiste, par ailleurs, sur la nature essentiellement répressive de l'article 1382 :

« (...) si l'article 584 du code judiciaire, seul ou combiné avec l'article 1382 du code civil, permet l'intervention du juge des référés, il y a divergence dans la jurisprudence quant à la possibilité d'une intervention préventive de celui-ci, d'autant plus que les articles 1382 et 1383 organisent un mécanisme de sanction *a posteriori* »<sup>49</sup>.

La référence à l'article 1382 nous paraît doublement superflue. Tout d'abord, la précision du caractère essentiellement répressif de cette disposition semble inutile étant donné la conclusion à laquelle aboutit la Cour à propos de l'article 19 de la Constitution, lequel interdit par lui-même toute mesure préventive et constitue, de toute façon, une norme supérieure à l'article 1382 du code civil<sup>50</sup>. L'argument tiré de l'article 19 ne suffisait-il pas pour exclure toute intervention *a priori* dans la liberté d'expression ? Ensuite, il faut bien remarquer que la disposition du code civil n'avait nullement été invoquée ni devant la Cour de cassation, ni devant aucune des juridictions saisies de l'affaire<sup>51</sup>.

44. Voy. CEDH, arrêt *Gillow c./ Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, paragraphe 50, cité par A. SCHAUS, *op. cit.*, p. 167.

45. Paragraphe 102.

46. Paragraphe 109.

47. Arrêt précité, paragraphes 56-60. Dans cet arrêt, la Cour avait pourtant relevé, pour conclure à la prévisibilité de la mesure de retrait de l'écrit litigieux, qu'« il existait aussi des précédents judiciaires en matière de presse télévisée ». De quels précédents s'agit-il ? On voit mal comment les spécificités du média audiovisuel pourraient rendre praticable une mesure de retrait telle que celle dont il était question dans cette affaire, sans verser dans l'ingérence préventive ... Dans l'arrêt *Leempoel*, que la Cour entend distinguer de la présente affaire, la Cour semblait donc bien rapprocher les mesures préventives et les mesures répressives ...

48. CEDH, arrêt *De Haes et Gijssels c./ Belgique*, 24 février 1997. Il est à noter que la condition de légalité n'avait nullement été mise en cause par les requérants dans cette affaire (paragraphe 33). Cette conclusion a été confirmée à plusieurs reprises dans des affaires rendues contre des Etats disposant d'un arsenal législatif similaire, voy. notamment CEDH, arrêt *Thoma c./ Luxembourg*, 29 mars 2001, paragraphe 53 ; CEDH, arrêt *Radio France et autres c./ France*, 30 mars 2004, paragraphe 30.

49. Paragraphe 101. O. DE THEUX avait également mis en doute la possibilité de fonder une mesure d'ingérence préventive sur l'article 584 du code judiciaire combiné avec l'article 1382 du code civil (« La liberté d'expression de la presse face à la protection civile de la vie privée et de l'honneur et la réputation », *Ann. dr. Louvain*, 2002, p. 331-333).

50. Voy., dans le même sens, D. VOORHOOF et E. BREWAEYS, " Het rechterlijk uitzendverbod van (een deel van) een TV-programma en de pers- en expressievrijheid " *R.G.D.C.*, 1991, p. 218.

51. On peut penser que la Cour européenne a procédé à une appréciation des fondements légaux qui ont généralement pu être invoqués à l'appui des demandes d'interdiction de diffusion soumises au juge des référés, dans la mesure où il s'agissait d'analyser la prévisibilité de la « loi ».



### V. La différence de traitement entre la presse imprimée et la presse audiovisuelle

11. Deux arguments sont avancés par le gouvernement pour justifier la différence de traitement entre la presse écrite et la presse audiovisuelle<sup>52</sup>. Le simple fait de l'existence d'un régime d'autorisation en matière audiovisuelle, lui-même autorisé par l'article 10 de la Convention<sup>53</sup>, empêcherait tout parallélisme entre l'article 19 et l'article 25 de la Constitution qui interdit toute forme de censure<sup>54</sup>. Nous y reviendrons. Le gouvernement fait également allusion aux effets de masse que peut entraîner la diffusion d'une émission de télévision s'adressant au grand public.

Dans l'arrêt *Jersild c./ Danemark*, qui concernait la condamnation d'un journaliste pour avoir laissé des *skinheads* exprimer leurs idées racistes lors d'une émission radio, la Cour après avoir rappelé que les principes qui entourent la liberté de la presse, « bien que formulés d'abord pour la presse écrite, [...] s'appliquent à n'en pas douter aux moyens audiovisuels », affirma que « s'agissant des " devoirs et responsabilités " d'un journaliste, l'impact potentiel du moyen concerné revêt de l'importance et l'on s'accorde à dire que les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite (...). Par les images, les médias audiovisuels peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passer ». Dans cette affaire, la Cour souligne que

« dans le même temps, un compte rendu objectif et équilibré peut emprunter des voies fort diverses en fonction entre autres du moyen de communication dont il s'agit. Il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions nationales d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter. A cet égard, la Cour rappelle que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège leur mode d'expression »<sup>55</sup>.

La Cour a eu l'occasion de rappeler ce double enseignement dans l'affaire *Radio France et autres c./ France* qui concernait la diffusion sur les ondes françaises, lors de multiples bulletins d'informations, d'une nouvelle tirée d'un magazine et prêtant à un ancien maire adjoint de Paris d'avoir organisé le départ d'un convoi de déportés durant la seconde guerre mondiale<sup>56</sup>. La Cour, rappelant une nouvelle fois l'importance du rôle de la presse en démocratie, chargée « de communiquer, dans le respect de ses devoirs et responsabilités, des informations et des idées sur toute question d'intérêt général »<sup>57</sup>, jugea néanmoins que « la circonstance que le bulletin en question fut, dans ses versions successives, diffusé soixante-deux fois sur l'antenne d'une radio couvrant l'ensemble du territoire français » pouvait justifier la condamnation des requérants<sup>58</sup>.

52. Pour un aperçu des différents arguments qui ont été avancés pour justifier une différence de traitement, voy. F. JONGEN, " La liberté d'expression dans l'audiovisuel : liberté limitée, organisée et surveillée ", *R.T.D.H.*, 1993, p. 104-106 ; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite, presse audiovisuelle, presse électronique*, 2<sup>e</sup> édition, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2005, p. 83-92, n<sup>os</sup> 180-198.

53. La troisième phrase du premier paragraphe de l'article 10 se lit : « Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ».

54. Paragraphe 97.

55. CEDH (gde. ch.), arrêt *Jersild c./ Danemark*, 23 septembre 1994, paragraphe 31.

56. CEDH, arrêt *Radio France et autres c./ France*, 30 mars 2004.

57. Paragraphe 33.

58. Paragraphe 40. Voy. également CEDH (gde. ch.), arrêt *Pedersen et Baadsgaard c./ Danemark*, 17 décembre 2004, paragraphe 79, où la Cour note que « l'allégation a été diffusée à une heure de grande écoute sur une chaîne de télévision nationale au cours d'une émission attachée à l'objectivité et au pluralisme et a donc atteint un large public ; par ailleurs, les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite » ; CEDH, 3<sup>e</sup> section, arrêt *Monnat c./ Suisse*, 21 septembre 2006, paragraphe 68, où la Cour affirme que « les autorités internes jouissent a priori d'une marge d'appréciation plus ample lorsque, comme en l'espèce, se trouve en cause un reportage télévisé ». Comparez CEDH, arrêt *Colaço Mestre et SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. c./ Portugal*, 26 avril 2007, dans lequel la Cour, répondant à l'argument du gouvernement selon lequel les expressions litigieuses « ont d'autant plus nui au plaignant qu'elles ont été diffusées à la télévision lors d'une émission à grande écoute » (paragraphe 21),

(suite p. 1266)

12. En l'espèce, la position de la Cour au sujet de la dichotomie entre presse écrite et presse audiovisuelle au regard de l'admissibilité des mesures préventives apparaît au paragraphe 115 de l'arrêt, paragraphe assez dense, qu'il nous paraît utile de reproduire ici :

« Certes, l'article 10 de la Convention, en n'empêchant pas les États de soumettre les médias audiovisuels à un régime d'autorisation, admet le principe d'un traitement différencié pour ces médias et les médias écrits. Toutefois, la distinction faite par la Cour de cassation belge selon le support de l'information, à savoir entre la presse écrite et la presse audiovisuelle, et qui entraîne une application des articles différents de la Constitution, ne paraît pas déterminante en l'espèce. Elle n'assure pas la protection d'un cadre légal strict aux restrictions préalables que la Convention entend accorder à la diffusion des informations, idées et opinions, d'autant plus que la jurisprudence ne tranche pas la question du sens à donner à la notion de " censure ", prohibée par l'article 25 de la Constitution. En l'occurrence, la Cour note qu'à la divergence de la jurisprudence des juges des référés en la matière en Belgique, s'ajoute la divergence de la jurisprudence des juridictions suprêmes (...). La Cour rappelle encore que si des restrictions préalables devaient intervenir dans le domaine de la presse, elles ne pourraient que s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels (...) ».

Il est frappant, tout d'abord, de constater que la Cour ne reprend pas à son compte l'argument de l'Etat défendeur faisant état des différences entre les médias écrits et audiovisuels au niveau des effets potentiels. En revanche, la Cour reconnaît la possibilité d'une différence de traitement à partir de la faculté laissée aux Etats de mettre en place un régime d'autorisation. Cependant, lit-on, plus loin, la Cour refuse de concevoir la distinction entre médias audiovisuels et médias écrits comme « déterminante » en l'espèce<sup>59</sup>. Qu'est-ce à dire ?

13. La possibilité pour les Etats d'instaurer un régime d'autorisation en matière audiovisuelle (article 10, paragraphe premier, troisième phrase) n'aurait qu'une portée justificative limitée à l'égard de l'admissibilité des mesures préventives<sup>60</sup>.

Pour s'en convaincre, il suffit, tout d'abord, de constater que la Cour européenne s'est rapidement employée à « neutraliser » les effets de cette phrase en soumettant la mise en place de régimes d'autorisation au respect des conditions prévues par le second paragraphe de l'article 10 (dans le cadre duquel, on l'a vu, la Cour autorise les mesures préventives, même en matière de presse écrite). Ainsi, la Cour a-t-elle pu affirmer, dans son arrêt *Groppera*, que

« la troisième phrase de l'article 10, paragraphe premier, de la Convention tend à préciser que les États peuvent réglementer, par un système de licences, l'organisation de la radiodiffusion sur leur territoire, *en particulier ses aspects techniques*. Elle ne soustrait cependant pas les mesures d'autorisation aux exigences du paragraphe 2, sans quoi on aboutirait à un résultat contraire à l'objet et au but de l'article 10 considéré dans son ensemble »<sup>61</sup>.

L'origine historique de la troisième phrase de l'article 10 révèle également que son adoption a été principalement inspirée par des considérations techniques fondées sur la rareté des ondes<sup>62</sup>. Les travaux préparatoires du Pacte international relatif aux

(suite de la note 58, p. 1265)

préfère souligner que « le sujet fut projeté dans le cadre d'une émission traitant spécifiquement du football portugais et était destiné à un public que l'on peut supposer intéressé et bien informé en la matière » (paragraphe 30). Il est vrai que, dans l'arrêt *Jersild c/ Danemark*, précité, la Cour avait déjà pris en compte le fait que « le sujet fut projeté dans le cadre d'une émission d'actualités danoises sérieuse et était destiné à un public bien informé » (paragraphe 9 et 34).

59. Paragraphe 115.

60. Voy., dans le même sens, S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 92, n° 198.

61. CEDH, arrêt *Groppera Radio AG et autres c/ Suisse*, 28 mars 1990, paragraphe 61. Nous soulignons.

62. Voy. G. COHEN-JONATHAN, " Article 10 ", in L.-E. PETITTI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, p. 378. Comparez PH. TOUSSAINT, « Analyse logique de la troisième phrase du paragraphe premier de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à M. Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 355-360, en particulier p. 357, où l'auteur relève qu'« il est épineux de trancher si, [il y a plus de soixante ans] des

(suite p. 1267)

droits civils et politiques, menés concurremment avec les discussions entourant la rédaction de l'article 10, montrent que si l'article 19 ne comprend pas de clause comparable, ses rédacteurs avaient « songé à y en insérer une pour soumettre à autorisation *non les informations communiquées, mais les procédés techniques de diffusion* afin d'éviter une utilisation anarchique des fréquences. Combattue au motif qu'elle risquait de servir à entraver la liberté d'expression, pareille insertion fut pour finir jugée superflue car une autorisation du type souhaité rentrerait dans le cadre de la notion d'" ordre public " au sens du paragraphe 3 de l'article »<sup>63</sup>.

On le voit, la simple référence au fait que l'article 10 de la Convention « n'empêche pas » les Etats d'instaurer un régime d'autorisation ne suffit pas à justifier une soumission des seuls médias audiovisuels à un contrôle préalable de contenus particuliers. Autrement dit, si l'on peut « admettre que certaines règles propres à certains médias puissent se justifier, cela ne saurait conduire à légitimer un système à deux vitesses, séparant aveuglément le secteur de la presse écrite du secteur audiovisuel »<sup>64</sup>.

Il est piquant, du reste, de relever dans le décret statutaire de la RTBF une disposition prohibant spécifiquement toute forme de censure :

« Les émissions diffusées par l'entreprise qui concourent à l'information ou à l'éducation des téléspectateurs ou auditeurs, sont faites dans un esprit d'objectivité, *sans aucune censure préalable ou ingérence d'une quelconque autorité publique ou privée* »<sup>65</sup> !

En écartant l'argument du gouvernement tiré de la faculté laissée aux Etats de mettre en place un régime d'autorisation préalable en matière audiovisuelle, la Cour de Strasbourg rejoint la position de la RTBF fondée, quant à elle, sur la Constitution. La requérante s'appuyait sur les conclusions de l'avocat général DE KOSTER précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2006<sup>66</sup> dans lesquelles le magistrat soutenait que « seule une mesure préventive *qui ne requiert pas l'appréciation préalable du contenu de l'opinion avant qu'elle ne soit émise* est compatible avec les dispositions constitutionnelles telles qu'elles sont rédigées actuellement. Par contre, une mesure préventive qui implique un contrôle du contenu de l'information ne peut être envisagée qu'après la diffusion de l'information »<sup>67</sup>.

Comme il a été relevé, la prohibition des seules mesures préventives qui impliquent un contrôle préalable du contenu risque d'entraîner une atteinte plus grande encore à la liberté d'expression : une interdiction de diffusion sans contrôle préalable, c'est-à-dire sur la seule base des éléments de preuve fournis par le demandeur<sup>68</sup>. A notre

---

(suite de la note 62, p. 1266)

personnes aussi éminentes et informées que les pères fondateurs de la Convention ne pouvaient pas imaginer qu'on surmonterait, plus ou moins vite, des difficultés techniques relatives à une pénurie des ondes. Il faut insister là-dessus car ils avaient la conviction d'élaborer un texte pour longtemps. Ils n'ont fait toutefois aucune réserve, aucune concession à un avenir hypothétique, à la marche du progrès technique. ' Le présent article n'empêche pas ' : le verbe est à l'indicatif comme dans une loi scientifique. ' Un corps plongé dans un fluide y perd une partie de son poids égale au poids du fluide qu'il déplace ' ». Il est vrai que lors d'une décision d'octroi d'une licence, l'Etat peut prendre en compte des critères non purement techniques afin, par exemple, de maintenir un certain pluralisme (Voy., par exemple, CEDH, arrêt *Demuth c/ Suisse*, 5 novembre 2002, paragraphe 44, cité par P.-F. DOCQUIR, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, collection Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 145, paragraphe 179).

63. CEDH, arrêt *Groppera* précité, paragraphe 61. Nous soulignons.

64. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 92, n° 198. Voy. également F. JONGEN, " La censure administrative en Belgique ", in *Censures*, actes du colloque du 16 mai 2003, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 69.

65. Décret du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-télévision belge de la Communauté française, *M.B.*, 28 août 1997, article 7, paragraphe 2. Nous soulignons.

66. Paragraphe 101.

67. Avocat général délégué PH. DE KOSTER, conclusions précédant Cass., 2 juin 2006, paragraphe 109. Nous soulignons.

68. F. TULKENS et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 22, n° 45.

sens, l'ensemble des mesures préventives dirigées vers des contenus particuliers<sup>69</sup> devraient être déclarées inconstitutionnelles, qu'elles impliquent un contrôle préalable ou non.

En l'espèce, d'après la requérante, « c'est précisément parce que *son contenu* pourrait porter atteinte aux intérêts du docteur D.B., que la diffusion de l'émission a été interdite à titre préventif »<sup>70</sup>.

En conclusion, la possibilité offerte par l'article 10 de la Convention d'instaurer un régime d'autorisation ne semble pas suffisante à elle seule pour justifier la *summa divisio* entre médias écrits et médias audiovisuels sur un point aussi crucial que celui de l'admissibilité d'un contrôle préventif des contenus diffusés<sup>71</sup>.

14. Au passage, on relèvera que, dans l'arrêt *RTBF* comme dans ses arrêts antérieurs, les juges strasbourgeois utilisent le vocable de « presse » pour désigner une fonction, celle de communiquer au public des informations sur toute question d'intérêt général, davantage qu'un support particulier d'expression. Ainsi, la Cour affirme-t-elle qu'« un contrôle judiciaire de la diffusion des informations *par quelque support de presse que ce soit*, opéré par le juge des référés, sur la base de la mise en balance des intérêts en conflit et dans le but d'aménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques pour l'application d'une restriction préventive à la liberté d'expression »<sup>72</sup>, avant de conclure « (...) si des restrictions préalables devaient intervenir *dans le domaine de la presse*, elles ne pourraient que s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels »<sup>73</sup>.

15. Enfin, la Cour reconnaît à la presse télévisée une particularité qui pourrait faire pencher la balance de son côté dans la comparaison avec la presse écrite, au niveau de l'inadmissibilité des mesures préventives :

« les programmes télévisés sont souvent annoncés d'avance et publiés dans la presse, ce qui permet aux personnes qui craignent d'être mises en cause de saisir éventuellement le juge avant la diffusion prévue »<sup>74</sup>.

Cet élément est-il réellement décisif ? L'interrogation est permise. Dans bien des cas, la personne visée par la presse écrite n'aura-t-elle pas également été avisée, sinon de la date exacte de la parution d'un article, à tout le moins du traitement par un journa-

69. Certains auteurs ont pu s'interroger sur les conséquences respectives d'une mesure d'interdiction ponctuelle d'émettre un contenu particulier et d'une mesure d'interdiction générale de diffuser certains types de contenus (M. HANOTIAU et M. KADANER, " Le référé dans la presse écrite et dans l'audiovisuel ", *Rev. dr. ULB*, 1993, p. 172, qui commentent l'arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1981 (*Pas.*, 1982, I, n° 482), à propos de l'interdiction de la publicité commerciale dans les émissions de télédiffusion). A ce sujet, il ne faudrait pas confondre « l'ampleur d'une liberté » avec « la nature de ses limites » (K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 324, n° 435).

70. Paragraphe 101. Nous soulignons.

71. On ajoutera que le régime d'autorisation existant dans notre pays en matière audiovisuelle, même s'il n'implique pas, en tant que tel, un contrôle préalable des contenus, constitue néanmoins une mesure préventive interdite par la Constitution (en ce sens, K. LEMMENS, *op. cit.*, p. 323, n° 434). Voy. également S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 89-90, n° 193, où les auteurs citent certains passages des travaux préparatoires de la loi du 18 juin 1930 créant l'Institut national de radiodiffusion, ancêtre de la RTBF et de la VRT, qui donnent à penser que le régime d'autorisation instauré avait un caractère expérimental et temporaire : « (...) Si les exigences actuelles de l'ordre technique ne permettent pas d'accepter aujourd'hui un régime de liberté en matière de radiodiffusion (...), il faut souhaiter cependant que les progrès scientifiques nous permettront d'arriver le plus tôt possible à réaliser un tel idéal, qui correspond assurément beaucoup mieux que le projet actuel à nos principes constitutionnels ». Il faut rappeler à cet égard que les dispositions de la Convention européenne ne peuvent être interprétées comme limitant les dispositions nationales consacrant les droits fondamentaux de façon plus généreuse (article 53 de la Convention).

72. Paragraphe 114. Nous soulignons.

73. Paragraphe 115. Nous soulignons.

74. Paragraphe 114.

liste d'une question la concernant et risquant de mettre à mal son honneur et sa réputation ? Dans un passé proche, la Cour européenne a même pu ériger en obligation le fait pour un journaliste (de la presse écrite) de contacter préalablement la personne visée par de graves accusations<sup>75 76</sup>. A la faveur d'un tout récent arrêt *Mosley c. Royaume-Uni*, rendu à l'unanimité et longuement motivé, la même Cour semble cependant être revenue sur sa position. Dans cet arrêt, la haute juridiction strasbourgeoise a considéré que l'article 8 de la Convention, protégeant le droit au respect de la vie privée, n'imposait nullement aux Etats de mettre en place une obligation légale de « notification préalable » aux personnes concernées par une publication, aux fins de leur permettre de solliciter l'interdiction de la diffusion des informations en question<sup>77</sup>. L'annonce des programmes télévisés par la presse imprimée peut donc toujours être considérée comme le talon d'Achille de la « petite lucarne ».

## VI. Conclusion

16. Prise dans son ensemble, l'affaire commentée témoigne une nouvelle fois des difficultés qui surgissent lorsqu'il s'agit de concilier des valeurs aussi fondamentales et antagonistes que la liberté d'expression et les droits de la personnalité. L'impact de l'arrêt rendu par la Cour semble assez restreint : il se limite *a priori* à la seule question du défaut de cadre légal prévisible permettant à tout qui s'exprime (ou plutôt qui souhaite s'exprimer) de connaître les conséquences juridiques qui s'attachent à son acte de parole. La saisine limitée de la Cour donne l'impression de laisser en suspens un certain nombre de questions. Une lecture attentive de l'arrêt *RTBF* fait pourtant apparaître en filigrane certains enseignements intéressants, notamment sur la question de la différence de traitement entre médias écrits et audiovisuels. Si l'on peut regretter, à cet égard, que la Cour ne fût pas saisie directement d'une allégation de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 10 (discrimination dans la jouissance du droit à la liberté d'expression selon le media utilisé), la Cour traite la question incidemment en minimisant la portée justificatrice de la troisième phrase du premier paragraphe de l'article 10, qui « n'empêche pas » les Etats d'instaurer un régime d'autorisation, et en refusant d'y voir une raison suffisante pour établir une véritable dichotomie entre la presse écrite et la presse audiovisuelle.

17. Comment la Belgique pourrait-elle donner suite à cet arrêt de condamnation ? La possibilité de mettre en œuvre des mesures préventives n'est pas exclue par les juges de Strasbourg. En effet, dans l'espèce commentée, la Cour ne se départit nullement des arrêts antérieurs dans lesquels elle avait admis le recours à pareilles mesures, moyennant toutefois un contrôle des plus scrupuleux de sa part. La Cour ne va donc pas jusqu'à dire qu'il faudrait expressément étendre à l'audiovisuel l'interdiction des mesures préventives qui s'applique incontestablement à la presse écrite en Belgique. Théoriquement, la Belgique pourrait se doter d'une loi prévoyant la possibilité d'un référé préventif et formulant de manière précise ses modalités d'application<sup>78</sup>. Mais

75. CEDH, arrêt *Flux n° 6 c./ Moldavie*, 29 juin 2008, paragraphe 29. Voy., cependant, l'opinion dissidente du juge BONELLO, à laquelle ont déclaré se joindre les juges DAVID THOR BJORGVINSSON et SIKUTA, et qui critique l'approche de la majorité, jugée trop formaliste (paragraphe 13 et 14).

76. En l'espèce, les journalistes de la RTBF avaient également pris contact avec le médecin visé, qui n'a donc pas dû attendre l'annonce de l'émission par la presse écrite pour être informé de la préparation d'un reportage à son sujet.

77. CEDH, arrêt *Mosley c./ Royaume-Uni*, 10 mai 2011.

78. Une proposition de loi visant à interdire le recours à la requête unilatérale pour saisir le juge des référés d'une mesure préventive avait déjà été déposée il y a plus de vingt ans sans jamais aboutir (Proposition de loi du 24 janvier 1990 visant à insérer un article 1025bis dans le code judiciaire déposée par H. SIMONS, H. VAN DIENDEREN et J. DARAS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1989-1990, n° 1066/1). En reconnaissant *implicitement* la possibilité d'une intervention préventive du juge des référés pour autant que la demande soit introduite contradictoirement, une telle loi, outre qu'elle pourrait être taxée d'inconstitutionnalité, ne pourrait constituer une « loi » au sens de l'article 10 de la Convention. Voy. A. SCHAUS, *op. cit.*, p. 170. Comparez A. BEGASSE

(suite p. 1270)

les divergences d'interprétation au sujet de la constitutionnalité des mesures préventives ne resurgiraient-elles pas inévitablement ? La Cour européenne ne pointe-t-elle pas elle-même comme cause d'incertitude les divergences entre les trois plus hautes juridictions belges au sujet de la possibilité de mesures préventives au regard de la Constitution ? En réalité, seule une modification de notre Charte fondamentale prévoyant clairement la possibilité d'une mesure préventive, dans des cas limités et avec des modalités précises, permettrait de lever toute ambiguïté et autoriserait le juge des référés à encore y recourir à l'avenir. Il n'y a donc que le constituant qui pourrait, s'il le juge souhaitable, remettre en cause son propre choix, posé en 1831, de rejeter toute mesure préventive dans le domaine de la liberté d'expression, et de réserver la sanction de ses abus aux mécanismes de responsabilité *a posteriori*<sup>79</sup>.

QUENTIN VAN ENIS<sup>80</sup>

Assistant aux FUNDP (Académie Louvain)

### Observations

#### Pourquoi fallait-il invoquer la violation de l'article 584 du code judiciaire ?

Dans son arrêt du 29 mars 2011, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la Cour de cassation a fait preuve d'un formalisme excessif en déclarant le second moyen de cassation irrecevable parce qu'il n'invoquait pas la violation de l'article 584 du code judiciaire.

A la lecture de l'arrêt, nous ne sommes pas certains que la Cour européenne ait bien saisi la logique qui sous-tend la décision de la Cour de cassation.

L'article 1080 du code judiciaire dispose que la requête en cassation « *contient l'exposé des moyens de la partie demanderesse, ses conclusions et l'indication des dispositions légales dont la violation est invoquée : le tout à peine de nullité* ». Cette exigence est légale et non jurisprudentielle, comme semble le dire la Cour de Strasbourg.

Aux termes de l'article 1039 du code judiciaire, les ordonnances sur référé ne portent pas préjudice au principal. Il s'ensuit, d'une part, que le juge du fond n'est pas lié par la décision du juge des référés et, d'autre part, que, si le juge des référés peut examiner les droits de parties, il ne peut jamais dire le droit. S'il le faisait il serait sanctionné par la Cour de cassation pour avoir excédé ses pouvoirs. Le référé et le principal se meuvent donc sur des plans différents.

(suite de la note 78, p. 1271)

DE DHAEM, pour lequel « il suffirait d'une loi (...) pour rendre possible l'intervention du juge », « la question [étant] entre les mains du législateur ». (« Le référé préventif et la liberté d'expression », note sous Civ. Liège (réf.), 20 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, p. 1156, n° 7). Les auteurs d'une récente proposition de loi complétant l'article 587 du code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence (déposée le 19 décembre 2007 par C. NYSENS, Th. GIET et M.-C. MARGHEM, M. DE SCHAMPHELAERE, C. VAN CAUTER et S. LAHAYE-BATTHEU, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2007-2008, n° 52-0608/2) semblent bien conscients du fait qu'une simple loi ne peut instaurer de mesures préventives (même si leur remarque semble se limiter à la presse écrite) : « Il serait hasardeux d'instaurer une procédure en référé visant à mettre un terme à la violation du principe de la présomption d'innocence, car la presse écrite risquerait vraiment de considérer toute action préventive à son encontre comme une demande de censure (...) » (p. 5).

79. La reconnaissance par la Cour de Strasbourg d'obligations positives sur le terrain du droit au respect de la vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention (et qui, d'après la même Cour, couvre le droit à l'honneur ou à la réputation), n'est pas de nature à remettre en cause ce constat. En effet, force est de constater que le juge européen laisse aux Etats une large marge d'appréciation dans l'exercice de mise en balance des intérêts protégés respectivement par les articles 10 et 8 de la Convention. Au demeurant, dans l'arrêt *Mosley* précité, la Cour européenne a confirmé que les mécanismes de responsabilité *a posteriori* peuvent constituer un remède suffisant aux atteintes portées aux droits garantis à l'article 8 de la Convention par un exercice abusif de la liberté d'expression (paragraphe 120).

80. L'auteur tient à remercier CÉCILE DE TERWANGNE, HÉLÈNE DERBAUDRENGHIEN et ETIENNE MONTERO pour leurs précieuses observations.