



**Présente :**

**LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA PRESSE**

Par

**Jacques Englebert**

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris  
Suppléant à l'U.L.B.

**&**

**Benoît Frydman**

Chargé de cours à l'U.L.B.  
Directeur du Centre de philosophie du droit à l'ULB

Date de mise en ligne : 26 septembre 2003

# Le contrôle judiciaire de la presse

Jacques Englebert, avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris,  
suppléant à l'U.L.B.

Benoît Frydman, chargé de cours à l'U.L.B.,  
directeur du Centre de philosophie du droit à l'U.L.B.

«Que la première de vos lois consacre à jamais la liberté de presse, la liberté la plus inviolable, la plus illimitée; qu'elle imprime le sceau du mépris public sur le front de l'ignorant qui craindra les abus de cette liberté; qu'elle dévoue à l'exécration universelle le scélérat qui feindra de les craindre [...]».

(MIRABEAU, De la liberté de presse, 1788)

L'étude fait le point sur les mesures d'interdiction et de retrait de diffusion prononcées de plus en plus souvent par les juges belges en matière de presse écrite et audiovisuelle. Les auteurs analysent de manière critique le fondement et les modalités de ce contrôle, au regard notamment des conditions très restrictives imposées désormais par la Cour européenne des droits de l'homme.

De bijdrage geeft een actueel overzicht over de verbodsmaatregelen en de maatregelen die strekken tot de stopzetting van de verspreiding die alsmaar vaker worden uitgesproken door de Belgische rechters m.b.t. de audiovisuele en de geschreven pers. De auteurs analyseren op een kritische wijze de grondslagen en de modaliteiten van dergelijke controle, in het licht o.m. van de zeer restrictieve voorwaarden die thans door het Europees Hof van de Rechten van de Mens worden opgelegd.

1. La liberté de la presse et l'interdiction de la censure sont inscrites en lettres d'or dans notre Constitution. Pourtant, de plus en plus souvent, les juges interviennent en matière de presse tant écrite qu'audiovisuelle pour en restreindre ou en interdire préventivement la diffusion, notamment afin de protéger les droits, les intérêts ou la réputation des personnes, publiques ou privées, mises en cause. Cette tendance récente a trouvé un certain appui dans l'arrêt rendu le 29 juin 2000 par la Cour de cassation dans la célèbre affaire *Doutrève contre Ciné-Télévue*<sup>(1)</sup>.

La présente étude fait le point sur le principe et les modalités de ce contrôle judiciaire de la presse. Elle propose une analyse critique de la jurisprudence belge, au regard des conditions extrêmement sévères à la lumière desquelles la Cour européenne des droits de l'homme apprécie désormais la légalité de telles ingérences.

La première partie de l'étude interroge le principe, le fondement juridique et la légitimité du contrôle. Elle démontre que la liberté de la presse n'est pas un droit subjectif, mais une règle fondamentale d'ordre public, qui touche au principe même de la démocratie, et dont le respect s'impose à toutes les autorités publiques, en ce compris le pouvoir judiciaire.

La seconde partie se penche sur les modalités pratiques de l'intervention judiciaire, en particulier sur la méthode de la mise en balance ponctuelle des intérêts en présence, dont elle souligne les errements et les dangers pour la sécurité juridique et la primauté du droit.

## I. La légitimité du contrôle

2. Depuis la création de l'État belge et pendant très longtemps, les juges se sont montrés extrême-

(1) Cass., 29 juin 2000 (dit aussi arrêt *Leempoel*), *Journ. procès*, 2000, n° 398, p. 25 et note de F. TULKENS et A. STROWEL, «L'arrêt *Leempoel* et Editions *Ciné Revue*: de l'art de mettre fin à une controverse», p. 28; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589 et note de F. JONGEN, «Le juge est-il un censeur?», p. 1592; *A.J.T.*, 2000, p. 581; *Juristen-*

*krant*, 2000, n° 13, p. 12 et note de E. BREWAEYS (reflet); *R.A. Cass.*, 2001, p. 35 précédé d'une note très critique à l'égard de l'arrêt de D. VOORHOOF, «Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid in het verbod van censuur verder af?», pp. 25 à 35.

ment réticents à prévenir ou limiter la diffusion d'une publication ou d'une émission<sup>(2)</sup>. Jusqu'il y a peu, ils se déclaraient généralement incompétents sur la base de l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution qui affirme: «La presse est libre. La censure ne pourra jamais être établie».

Au cours de ces dernières années cependant, les juges des référés ont été saisis de plus en plus fréquemment d'actions tendant à empêcher ou du moins à faire obstacle à la diffusion de certaines données, informations ou opinions par la voie des médias. Souvent, ils ont été tentés de faire droit à ces demandes.

Confrontée à l'interdit de l'article 25 de la Constitution, mais aussi à l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>(3)</sup>, qui exige notamment que les interventions des autori-

tés publiques en matière de liberté d'expression soient «prévues par la loi», la jurisprudence a évolué de manière hésitante et chaotique, éprouvant les plus grandes difficultés à identifier une base juridique satisfaisante, de nature à fonder éventuellement les mesures que les plaideurs lui pressaient d'ordonner.

3. Ainsi, le président du tribunal de première instance de Bruxelles s'est prononcé plus de vingt-cinq fois sur la question depuis 1985. Un examen de ces décisions permet de se faire une idée de l'incertitude et de la fébrilité qui dominaient la matière. Les décisions qui excluent la compétence du juge à intervenir préventivement sont minoritaires mais persistantes<sup>(4)</sup>. Celles qui y sont favorables<sup>(5)</sup> témoignent de la très grande difficulté que le juge des référés de Bruxelles a rencontrée pour justifier cette solution: la motivation, lorsqu'elle n'est pas inexistante,

(2) Notam. Civ. Liège, réf., 29 janvier 1979, *J.L.*, 1979-1980, p. 187; Civ. Liège, réf., 4 octobre 1980, inédit, *Morelli c. RTBF*, R.R., n° 14.791; Civ. Bruxelles, réf., 17 novembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 374; Civ. Anvers, réf., 10 septembre 1985, *R.W.*, 1986-1987, col. 809 et note de E. BREWAEYS, «De grondwettigheid van een gerechtelijk publikatieverbod», col. 810; voy. également M. HANOTIAU, «Le droit à l'information», *R.T.D.H.*, 1993 (numéro spécial «liberté d'expression»), pp. 23 et s., ici, pp. 36 et 41.

(3) Ci-après de «la Convention».

(4) Civ. Bruxelles, réf., 3 mai 1985, inédit, R.R., n° 34.588, cité par E. BREWAEYS, «De grondwettigheid van een gerechtelijk publikatieverbod», note sous Civ. Anvers, réf., 10 septembre 1985, *R.W.*, 1986-1987, col. 811; Civ. Bruxelles, 12 octobre 1990, *Journ. procès*, 1990, n° 181, p. 27 et note de F. JONGEN; *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 175; Civ. Bruxelles, réf., 22 août 1991, *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 177; Civ. Bruxelles, réf. (ch. néerl.), 8 janvier 1993, inédit, *Moortgat et crts c. BRTN*, R.R., n° 55.063 et 55.066; Civ. Bruxelles, prés., 10 avril 1996, inédit; Civ. Bruxelles, réf. (ch. néerl.), 9 janvier 1997, *A&M*, 1997, p. 197; Civ. Bruxelles, réf. (ch. néerl.), 18 octobre 2001, *A&M*, 2002, p. 82.

(5) Civ. Bruxelles, réf., 16 novembre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1443, *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 172; Civ. Bruxelles, prés., 25 octobre 1989, *Journ. procès*, 1989, n° 159, p. 30; *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 174; Civ. Bruxelles, réf., 18 décembre 1990, *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 176; Civ. Bruxelles, réf., 12 février 1992, inédit, *H.I.T.S. c. RTBF*, R.R., n° 53.001; Civ. Bruxelles, réf. (ch. néerl.), 16 juin 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 619, avec une note de J. CEULEERS, «Kan de rechter in kort geding preventief ingrijpen in een voorgenomen televisieuitzending?», p. 620; Civ. Bruxelles, réf., 12 septembre 1994, inédit, *Chez Pascal et crts c. RTBF*, R.R., n° 94/1383/c; Civ. Bruxelles, prés., 16 novembre 1994, inédit, *Van Bockstael*, R.R., n° 94/10974/b (sur tierce

opposition, l'ordonnance sera rétractée au motif qu'il n'y avait pas extrême urgence; Civ. Bruxelles, réf., 5 janvier 1995, inédit, *RTBF c. Van Bockstael*, R.R., n° 94/1855/c; Civ. Bruxelles, réf. 24 janvier 1995, inédit, *Van Bockstael c. RTBF*, R.R., 95/73/c; Civ. Bruxelles, réf., 6 avril 1995, *Journ. procès*, n° 284, 26 mai 1995, p. 23, et note de M. HANOTIAU, «Audiovisuel, presse et juge des référés: clarté et brouillard», p. 25; Civ. Bruxelles, réf., 25 avril 1995, inédit, *Sierra 21 et crts c. RTBF*, R.R., n° 95/685/c; Civ. Bruxelles, réf., 3 mai 1995, inédit, *Lambert et crts c. RTBF*, R.R., n° 95/740/c; Civ. Bruxelles, réf., 24 avril 1996, inédit, *Sterop et crts c. RTBF*, R.R., n° 96/589/c; Civ. Bruxelles, réf., 6 novembre 1996, *Journ. procès*, 1996, n° 316, pp. 31 et s.; Civ. Bruxelles, réf. (ch. néerl.), 18 octobre 1996, *A&M*, 1997, p. 83; Civ. Bruxelles, prés., 30 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 317 (sur requête unilatérale) et Civ. Bruxelles, réf., 5 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 319; *A&M*, 1998, p. 200, et note de M. HANOTIAU, «La censure de la presse écrite par le juge des référés», p. 203 (sur tierce opposition); Civ. Bruxelles, réf. (ch. néerl.), 14 mai 1997, reproduite in *Prévention et réparation des dommages causés par les médias*, Larcier, 1998, annexe (III), p. 195; à propos de cette décision voir D. VOORHOOF, «Publicatieverbod outing popgroep: privacybescherming of preventieve censuur?», *Mediaforum*, 1997-9, pp. 132 et s.; Civ. Bruxelles, réf., 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 775; Civ. Bruxelles, réf., 26 mai 1999, *A&M*, 2000, p. 108; Civ. Bruxelles, réf., 14 juin 1999, *A&M*, 2000, p. 112; Civ. Bruxelles, réf., 24 octobre 2001, *Journ. procès*, 2001, n° 423, p. 20 et note de F. TULKENS, p. 24; *J.T.*, 2001, p. 780. Cette ordonnance a été confirmée en appel par deux arrêts de la cour d'appel de Bruxelles des 21 décembre 2001 (*J.L.M.B.*, 2002, pp. 425 à 431 et note de F. JONGEN, «Censure?», p. 432) et *Journ. procès*, 2002, n° 436, pp. 26 à 30 et observations de F. TULKENS, pp. 31 et 32).

tante, est souvent peu convaincante et les contradictions, d'une décision à l'autre, fréquentes<sup>(6)</sup>.

Dans d'autres arrondissements, tels que Arlon<sup>(7)</sup>, Charleroi<sup>(8)</sup>, Namur<sup>(9)</sup>, Liège<sup>(10)</sup>, Anvers<sup>(11)</sup>, Courtrai<sup>(12)</sup>, Gand<sup>(13)</sup> ou Malines<sup>(14)</sup>, on peut relever, sur un éventail de décisions plus restreint, des hésitations et des revirements comparables à ceux de la jurisprudence bruxelloise. Cependant, lorsque les cours d'appel de Bruxelles<sup>(15)</sup>, d'Anvers<sup>(16)</sup>, de Liège<sup>(17)</sup> ou de Gand<sup>(18)</sup> ont été saisies, elles ont généralement confirmé le pouvoir d'intervention que le juge des référés s'était arrogé.

Enfin, par son arrêt du 29 juin 2000<sup>(19)</sup>, pour la première fois, la Cour de cassation s'est prononcée sur ce pouvoir contesté des juridictions judi-

ciaires d'empêcher, de limiter ou de réguler la diffusion de la presse. Elle a admis en principe cette compétence sur la base des articles 144 de la Constitution, 584 et 1039 du Code judiciaire, qui habilite le pouvoir judiciaire en général à réparer et prévenir la lésion des droits civils et le juge des référés en particulier à prendre provisoirement les mesures nécessaires que l'urgence impose pour assurer la conservation de ces droits, ainsi que sur la base de l'article 1382 du Code civil qui, selon la Cour, permet au juge d'enjoindre à l'auteur d'une faute de faire cesser l'état de choses préjudiciable<sup>(20)</sup>.

4. Bien que certains auteurs approuvent voire encouragent l'intervention active du juge des référés en matière de presse et de médias en général<sup>(21)</sup>,

(6) On notera encore qu'à chaque fois qu'il a eu à se prononcer au fond, sur cette question, le tribunal de première instance de Bruxelles a reconnu au juge le pouvoir d'intervention préventive (Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710; *A&M*, 1998, p. 264; Civ. Bruxelles, 9 octobre 2001, inédit, *Thielemans c. Mahieu*, R.G., n° 2001/774/A et Civ. Bruxelles, 30 avril 2002, inédit, *De Brigode et crts. c. Bogaerts*, R.G., n° 2001/4710/A).

(7) Civ. Arlon, réf., 25 août 1997, *A&M*, 1998, p. 48 et note de D. VOORHOOF, «De behoordeling in kort geding van de spoedeisendheid van een verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift, ...)», p. 49.

(8) Civ. Charleroi, réf., 24 octobre 1995, inédit, *Hainaut Caravaning c. RTBF*, R.R., n° 30.710; Civ. Charleroi, réf., 18 mars 1996, *A&M*, 1996, p. 339; Civ. Charleroi, 18 février 1998, inédit, *Spécial Service c. RTBF*, R.R., n° 98/142/c.

(9) Civ. Namur, prés., 9 août 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1182 et note de F. JONGEN, p. 1187; *Journ. procès*, 2000, n° 398, p. 22 et note de Ph. TOUSSAINT, p. 23.

(10) Civ. Liège, réf., 20 novembre 1991, *Act. Dr.*, 1992, p. 1147 et note de A. BÉGASSE DE DHAEM, «Le référé préventif et la liberté d'expression», p. 1151; Civ. Liège, réf., 19 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 98 et note de F. JONGEN, «Le juge des référés, restriction non prévue par la loi?», p. 105; Civ. Liège, réf., 24 mars 1995, inédit, *Draux c. RTBF*, R.R., n° 95/5202; Civ. Liège, réf., 16 mai 1997, *A&M*, 2000, p. 153; Civ. Liège, réf., 12 janvier 1999, *A&M*, 1999, p. 287 et note de S.-P. DE COSTER, p. 291.

(11) Civ. Anvers, réf., 16 mai 1995, *A&M*, 1996, p. 166, et note D. VOORHOOF, «Beperkingen op expressievrijheid via kortgedingrechter: een omstreden rechtsmiddel», p. 168; Civ. Anvers, réf., 19 septembre 1997, *A&M*, 1997, p. 408, et note de D. VOORHOOF; Civ. Anvers, réf., 3 février 1999, *A&M*, 1999, p. 281; Civ. Anvers, prés., 28 octobre 1999, *A&M*, 2000, p. 87; Civ. Anvers, réf., 16 mars 2000, *A&M*, 2000, p. 329.

(12) Civ. Courtrai, réf., 15 janvier 1997, *A&M*, 1997, p. 212.

(13) Civ. Gand, réf., 27 octobre 1998, *A.J.T.*, 1998, p. 255; *A&M*, 1999, p. 101.

(14) Civ. Malines, réf., 19 décembre 1988, *Pas.*, 1989, III, 61; *R.W.*, 1990-1991, col. 94.

(15) Bruxelles, 21 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 425 et s. et 22 avril 2002, *Journ. procès*, 2002, n° 436, pp. 26 et s.; Bruxelles, 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1046 et s.; Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 768; Bruxelles, 12 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 764; Bruxelles, 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47; Bruxelles, 20 décembre 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 686; Bruxelles, 26 octobre 1989, *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 173 et *R.G.D.C.*, 1991, p. 240 et note de D. VOORHOOF et E. BREWAEYS, p. 245.

(16) Anvers, 8 février 1999, *A&M*, 1999, pp. 241 et s., et note de D. VOORHOOF, «Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux: censure illicite ou mesure nécessaire?», pp. 250 et s.; Anvers, 29 octobre 1999, *A&M*, 2000, p. 87; Anvers, 4 novembre 1999, *A&M*, 2000, p. 89.

(17) Liège, 14 juin 1993, *J.T.*, 1993, p. 783.

(18) Gand, 12 février 1999, *A&M*, 1999, p. 280.

(19) Déjà cité, note 1.

(20) Cette jurisprudence semble trouver un écho favorable auprès des juges du fond: voy. notam. Bruxelles, 21 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 425 à 431 (avec une note de F. JONGEN, «Censure?», p. 432; Civ. Bruxelles, 30 avril 2002, inédit, *De Brigode et crts. c. Bogaerts*, R.G., n° 2001/4710/A; Civ. Bruxelles, prés., 10 janvier 2001, inédit, *Thielemans*, R.R., n° 01/230/B.

(21) Notam. A. JADOT, «La radio et la télévision face au juge des référés», *Ann. dr. Louv.*, 1987, pp. 37 et s.; J. MILQUET, «La responsabilité aquilienne de la presse», *Ann. dr. Louv.*, 1989, pp. 33 et s.; 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)*, Bruylant, 1992, pp. 1757 et s.; A. BÉGASSE DE DHAEM, «Le référé préventif et la liberté d'expression», *Act. dr.*, 1992, pp. 1157 et s.; G. DE LEVAL, «La justice civile et la presse», in *Justice et médias*, actes du colloque organisé par la commission de la justice du Sénat, 7-8-9 septembre 1995, éd.

la doctrine majoritaire s'est montrée plutôt critique à l'égard de l'évolution de la jurisprudence en ce sens<sup>(22)</sup> qu'elle estime contestable notamment au regard de l'article 10 de la Convention.

L'article 10 de la Convention garantit de manière générale la liberté d'expression.

Suivant l'interprétation autorisée du second paragraphe par la Cour de Strasbourg, les autorités publiques ne peuvent limiter ou réglementer l'usage de cette liberté que moyennant le respect de trois conditions *cumulatives*, qui sont appréciées de manière restrictive. L'ingérence doit poursuivre un des buts légitimes énumérés par la Convention: soit la sauvegarde d'un intérêt public supérieur, comme la sécurité nationale, soit le maintien de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, soit la protection des droits et de la réputation des personnes. La mesure doit en outre apparaître «nécessaire dans une société démocratique», c'est-à-dire à la fois répondre à un besoin social impérieux et apparaître

proportionnée au but légitime poursuivi. Mais, d'abord et en tout état de cause, l'ingérence doit être prévue par la loi. Son exercice suppose donc l'attribution préalable d'une compétence spéciale.

La Cour des droits de l'homme admet que le terme «loi» recouvre ici non seulement les normes écrites mais également les règles de droit dégagées par la jurisprudence (*case-law*)<sup>(23)</sup> <sup>(24)</sup>. Elle admet au surplus que l'on ait égard à la jurisprudence pour préciser le sens et la portée de la loi prescrivant l'intervention. Elle exige cependant que cette jurisprudence soit publiée et constante<sup>(25)</sup> et que la règle soit suffisamment précise et certaine pour permettre aux citoyens d'en prévoir raisonnablement les effets et de réguler leur conduite en conséquence<sup>(26)</sup>.

5. Comme on l'a vu, la Cour de cassation a estimé que la compétence du juge des référés d'ordonner le retrait de la vente d'une publication résulte des articles 144 de la Constitution, 584 et 1039 du Code judiciaire et 1382 du Code civil. La

*Moniteur belge*, pp. 101 et s.; F. TULKENS et A. STROWEL, «Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias», in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Larcier, 1998, pp. 67 et s.; F. TULKENS et A. STROWEL, «L'arrêt *Leempoel et éditions Ciné Revue*: de l'art de mettre fin à une controverse », note sous l'arrêt annoté, *Journ. procès*, n° 398, 22 septembre 2000, p. 28.

(22) Notam. M. HANOTIAU, «Vers le droit à l'information ou les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent», *Journ. procès*, 1988, n° 93, pp. 21 et s.; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Maklu, 1991, spéc. nos 121 et s.; 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.*, 1991, pp. 165 et s.; D. VOORHOOF et E. BREWAEYS, «Het rechterlijk uitzendverbod van (een deel van) TV-programma en de pers- en expressievrijheid», *R.G.D.C.*, 1991, pp. 197 et s.; P. MARTENS, «Le contrôle juridictionnel de l'audiovisuel», in *Média et service public*, Bruylant, 1992, pp. 248 et s.; M. HANOTIAU et M. KADANER, «Le référé dans la presse écrite et dans l'audiovisuel», *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, pp. 147 et s.; D. VOORHOOF et E. BREWAEYS, «Het rechterlijke publicatie of uitzendverbod ten aanzien van de pers en de audiovisuele media: art. 18 en 98 Grondwet ter discussie», *P&B*, 1993, pp. 34 et s.; F. JONGEN, *La police de l'audiovisuel*, Bruylant-L.G.D.J., 1994, n° 268; F. JONGEN, «Juge des référés, restriction non prévue par la loi?», note sous Civ. Liège, réf., 19 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 105 (cet auteur semble néanmoins avoir changé d'avis, note sous Civ. Bruxelles, réf., 6 novembre 1996, *Journ. procès*, 1996, n° 316, p. 30 et note sous l'arrêt annoté, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1592); D. VOORHOOF, «De relatie media en justitie van uit het perspectief van de persvrijheid en

de vrijheden van expressie en informatie», in *Justice et médias*, actes du colloque organisé par la commission de la justice du Sénat, 7-8-9 septembre 1995, éd. *Moniteur belge*, pp. 55 et s.; J. VELAERS, «Vrijheid en verantwoordelijkheid: twee grondwettelijke voorwaarden. Enkele beschouwingen over de artikelen 25 en 150 van de Grondwet», in *Justice et médias*, actes du colloque organisé par la Commission de la Justice du Sénat, 7-8-9 septembre 1995, éd. *Moniteur belge*, pp. 81 et s.; A. SCHAUS, «Inédit de droit de la presse: commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression», *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1152 et s.; M. KADANER et R. COIRBAY, «Audiovisuel: quelques décisions récentes», *A&M*, 1997, pp. 155 et s.; D. VOORHOOF, «Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux: censure illicite ou mesure nécessaire?», *A&M*, 1999, pp. 250 et s.; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Academia Bruylant, 2000, pp. 645 et s.; D. DE PRINS, «De burgerlijke rechter en de persvrijheid», *R.W.*, 2000-2001, pp. 1445 et s.

(23) Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont cités par le nom des parties et la date du prononcé. La référence de leur publication et leur texte intégral se trouvent sur le site web de la Cour, à l'adresse [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

(24) Arrêt *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, § 46; arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni (1)*, 26 avril 1979, § 47; arrêt *Chappel c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989, § 52.

(25) Arrêt *Muller et crts c. Suisse*, 24 mai 1988, § 29; arrêt *Chappel c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989, § 56; arrêt *Mart Intern Verlag & Beerman c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 30; arrêt *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 29.

(26) Arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni (1)*, 26 avril 1979, § 49; arrêt *Olsson c. Suède*, 24 mars 1988, § 61.

Cour est d'avis que l'interprétation constante qu'elle a elle-même donnée à ces dispositions est suffisamment précise pour justifier, au regard de l'article 10 de la Convention, d'éventuelles restrictions à la liberté d'expression.

Cette décision est critiquable pour trois raisons. Premièrement, on hésitera à admettre le caractère *constant* de la jurisprudence des juges du fond dont nous venons de retracer l'évolution récente et chaotique (27). En invoquant sa propre interprétation constante de ces dispositions au sujet d'une question sur laquelle elle ne s'était encore jamais prononcée et dont la réponse, vivement controversée, demeurait incertaine, la Cour de cassation a pour le moins anticipé sur le résultat de la mission d'unification de la jurisprudence qui lui incombe (28) (29).

La décision est ensuite critiquable au regard de la nature des dispositions légales invoquées. Comme l'a indiqué la doctrine à plusieurs reprises, les textes invoqués contiennent des dispositions absolument *générales*, par nature applicables en toutes matières, qui déterminent la compétence des tribunaux et assignent un devoir général de prudence, mais qui n'énoncent aucune règle spécifique ni ne comportent d'habilitation spéciale quant à la restriction de la liberté d'expression et de publication (30).

La Cour des droits de l'homme se montre cependant assez souple sur ce point. Elle reconnaît que le degré de précision requis dépend dans une large mesure du contenu de la norme en question, de son champ d'application, du nombre de personnes auxquelles elle s'adresse et de leur statut (31). La Cour s'accommode ainsi du caractère nécessairement vague et général des dispositions constitutionnelles (32). Si elle refuse de considérer comme une loi précise l'obligation «de bonne conduite» enjoignant à un justiciable (33), elle admet par contre comme suffisamment précise l'interdiction d'un comportement de nature à causer préjudice (34). Dans l'affaire *De Haes et Gijssels* (35), la Cour a d'ailleurs considéré que l'article 1382 du Code civil belge constituait une base légale suffisante pour sanctionner un article de presse fautif (36), mais il s'agissait en l'espèce d'une condamnation *a posteriori* à des dommages-intérêts symboliques et non d'une restriction préventive.

La décision est enfin critiquable quant à l'ampleur du pouvoir discrétionnaire qu'elle confère au juge des référés (37). Dès lors que celui-ci constate une apparence de faute de nature à porter atteinte à un intérêt légitime, il peut ordonner toute mesure nécessaire pour prévenir le dommage ou son

(27) Voy. *supra*, § 3; *contra*: F. TULKENS et A. STROWEL, «Les actions préventives...», *op. cit.*, p. 78.

(28) Il est vrai que dans son arrêt du 4 décembre 1952 (*Pas.*, 1953, I, 215, avec les conclusions du ministère public), la Cour de cassation avait déjà décidé que «la Constitution, en consacrant la liberté de la presse, [...] n'apporte aucune restriction au principe fondamental inscrit dans l'article 1382 du Code civil» (ici, p. 223). Le problème était toutefois très différent de celui soumis à la Cour dans l'arrêt annoté dès lors qu'il s'agissait, dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, de déterminer si la liberté de la presse autorisait la reproduction d'une œuvre sans respecter les droits reconnus à son auteur, notamment celui d'autoriser ou non ladite reproduction.

(29) Le caractère nouveau de la règle est un argument à l'encontre de son caractère prévisible et donc de la condition que l'ingérence soit prévue par la loi. Voy. notam. l'arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* (1), 26 avril 1979, à propos d'un critère nouveau de *contempt of court* introduit par la Chambre des Lords à l'occasion de l'affaire (§§ 46-52). Dans cette affaire, la Cour a cependant admis que la restriction était prévue par la loi (§ 53).

(30) A. SCHAUS, «Les restrictions...», *op. cit.*, p. 169; M. HANOTIAU et M. KADANER, «Le référé dans la presse...», *op. cit.*, pp. 184 et s.

(31) Arrêt *Rekvenyi c. Hongrie*, 20 mai 1999, § 34; arrêt *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 48.

(32) *Idem*.

(33) Arrêt *Hashman et Harrup c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1999, § 29. En l'espèce, le gouvernement britannique soutenait, tout comme la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Leempoel*, que l'imprécision de l'obligation «to be of good behaviour» était indispensable en raison des objectifs mêmes de la procédure instituée en cas d'atteinte à la tranquillité publique (*breach of the peace*).

(34) Ainsi, dans l'arrêt *Chorherr c. Autriche*, 25 août 1993, la Cour admet (§ 26) une ingérence fondée sur la loi autrichienne qui réprime «un comportement de nature à causer le scandale», qu'elle distingue par contre de «l'obligation de bonne conduite» considérée elle comme insuffisamment précise dans l'arrêt *Hashman et Harrup c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1999 (§ 37).

(35) Arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 29 février 1997. Ce point n'était pas contesté devant la Cour (§ 33) (l'avis rendu par la Commission dans cette affaire a été publié dans *A&M*, 1996, pp. 343 et s.).

(36) Voy. aussi l'arrêt *Thoma c. Luxembourg*, 29 juin 2001, § 53, au sujet des articles 1382 et 1383 du Code civil luxembourgeois, que la Cour combine cependant avec une disposition spécifique à la loi luxembourgeoise sur la presse.

(37) Les juges ne se privent d'ailleurs pas d'user de ce pouvoir très large (voy. *infra*, § 15).

aggravation, sans limite d'aucune sorte, notamment quant à la durée et à l'ampleur des mesures de restriction, de correction ou d'interdiction pure et simple qu'il décide<sup>(38)</sup>.

6. Plus fondamentalement, il est difficile de soutenir qu'une loi quelconque autorise le juge belge à prendre des mesures préventives en matière de presse, alors que la Constitution, en interdisant la censure, proscribit absolument qu'une telle loi soit jamais adoptée.

La Cour de cassation, sans remettre en cause le principe de cet interdit, conteste seulement, dans son arrêt du 29 juin 2000, que le retrait de vente, ordonné en l'espèce par le juge des référés, constitue une censure, au motif que la publication interdite avait déjà reçu une large diffusion. La Cour définit ainsi implicitement la censure comme une mesure nécessairement préalable à toute publication<sup>(39)</sup> et restreint par là le champ d'application de cette notion aux seules procédures de contrôle préalables à toute diffusion<sup>(40)</sup>.

La distinction fondée sur le fait que la publication a ou non reçu un commencement de diffusion n'est pas convaincante. Dans le contexte de l'Ancien Régime, elle reviendrait à considérer comme une censure le système du privilège préalable à l'impression, mais non la condamnation judiciaire des nombreux ouvrages publiés à

l'étranger ou sous le manteau, ni les saisies et les autodafés opérés en conséquence. Une telle distinction ne trouve de fondement ni dans la raison ni dans la Constitution.

Dans les faits, le moment de l'intervention du juge des référés est déterminé non par des motifs constitutionnels mais par des modalités pratiques qui tiennent au fonctionnement des différents médias<sup>(41)</sup>. Les programmes télévisés et radiophoniques sont 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. Par contre, une fois l'émission en cours, il est pratiquement impossible d'en arrêter la diffusion. En ce qui concerne la presse écrite, il est plus rare que la parution des articles soit annoncée d'avance<sup>(42)</sup>. Les personnes impliquées n'ont généralement connaissance des informations qui les concernent qu'après l'impression et la distribution de la publication. Ils saisissent le juge alors que la commercialisation a déjà commencé et sollicitent donc le retrait de vente. Dans tous les cas, il s'agit bien de mesures *préventives* qui ont pour objet d'empêcher ou de limiter la diffusion de l'information litigieuse.

Il est vrai qu'une partie de la jurisprudence<sup>(43)</sup> et de la doctrine<sup>(44)</sup>, suivant l'enseignement de la Cour de cassation<sup>(45)</sup>, considère que l'article 25 de

(38) Dans l'arrêt *Herzogfalvy c. Autriche*, 24 septembre 1992, §§ 91 et 94, la Cour estime à propos des dispositions des lois autrichiennes sur les hôpitaux, combinées aux règles du Code civil relatives au gouvernement des incapables, que «ces textes, au libellé très vague, n'indiquent ni l'étendue ni les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation à l'origine de l'arrangement critiqué» et que bien qu'«on ne saurait guère rédiger une loi capable de parer à toute éventualité [...] il n'empêche qu'en l'absence de la moindre précision quant au type de restrictions autorisées, à leur but, leur durée, leur étendue et leur contrôle, les articles cités n'offrent pas, contre l'arbitraire, le degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique». La Cour conclut en conséquence à la violation de l'article 10 de la Convention. Dans l'arrêt *Ekin c. France*, 17 juillet 2001, § 58, la Cour rappelle que si des «restrictions préalables ne sont pas, *a priori*, incompatibles avec la Convention [...] elles doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction»; en ce sens A. SCHAUS, «Les restrictions...», *op. cit.*, p. 167.

(39) La Cour de cassation a confirmé ce point de vue dans le communiqué de presse qu'elle a diffusé sur son site web après avoir rendu l'arrêt du 29 juin 2000, dans lequel elle précise «qu'il ne peut être question de censure d'une publication que si la censure précède la

diffusion de la publication (ce qui n'a pas été le cas en l'espèce)».

(40) En ce sens, F. TULKENS et A. STROWEL, «Les actions préventives...», *op. cit.*, p. 83; En ce sens également Civ. Bruxelles, 30 avril 2002, inédit, *De Brigode et crts. c. Bogaerts*, R.G., n° 2001/4710/A.

(41) M. HANOTIAU et M. KADANER, «Le référé dans la presse...», *op. cit.*, p. 189.

(42) Mais cela arrive parfois comme dans l'affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni (1)*, 26 avril 1979, ce qui avait permis en l'espèce d'empêcher la parution de l'article par une injonction préventive.

(43) Notam. Civ. Bruxelles, réf., 24 octobre 2001, *Journ. procès*, 2001, n° 423, p. 20 et note F. TULKENS, p. 24 et *J.T.*, 2001, p. 780; Civ. Bruxelles, 14<sup>e</sup> ch., 30 juin 1997, *A&M*, 1998, p. 264.

(44) Notam. M. HANOTIAU, «Le droit à l'information», *R.T.D.H.*, 1993 (numéro spécial «liberté d'expression»), p. 42 et M. HANOTIAU et M. KADANER, «Le référé dans la presse...», *op. cit.*, p. 166.

(45) Dans un arrêt du 9 décembre 1981 (*Pas.*, 1982, I, 482), la Cour de cassation a décidé que «ni la radiodiffusion ni les émissions de télévision ou de télédiffusion ne sont des modes d'expression par écrits imprimés; l'article [25] de la Constitution leur est donc étranger». On notera que la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'est pas toujours inscrite dans ce sens: dans un arrêt du 25 octobre 1909 (*Pas.*, 1909, I, 416),

la Constitution ne serait pas applicable en matière audiovisuelle.

Comme on le voit, ces interprétations restrictives réduisent en pratique à peu de chose l'interdit constitutionnel et lèvent toute entrave au contrôle judiciaire de tous les médias<sup>(46)</sup>. Elles sont cependant contraires à la volonté manifeste du constituant, comme le relève à juste titre la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt rendu en 1993: «une limitation du concept de délit de presse par l'unique approche de son sens littéral (presse écrite ou drukpers) serait inéluctablement réductrice de la volonté du Constituant qui a voulu protéger la libre diffusion des idées et non l'instrument de celles-ci [...]; l'on peut donc considérer que des émissions télévisées ou radio-phoniques sont devenues des moyens habituels de transmission des informations, des images ainsi que des opinions; il y a lieu de leur appliquer les articles [19, 25 et 150] de la Constitution dont la *ratio legis* est de garantir une liberté de presse aussi large que possible»<sup>(47)</sup>.

la Cour avait décidé que «ni l'article [150] de la Constitution ni le décret du 20 juillet 1931 n'impliquent que l'emploi de l'imprimerie proprement dite soit l'unique élément matériel possible des délits [de presse] [...]; que ce sont là des expressions génériques, de même que celle d'«imprimeur» dont se sert l'article [25], et qu'on ne pourrait les interpréter dans l'acception rigoureuse littérale que leur attribue le pourvoi sans méconnaître l'esprit qui a animé le Congrès national [...]».

(46) D. VOORHOOF, «Brokkelt de grondwettelijke...», *op. cit.*, ici, § 9, p. 29, propose une analyse similaire et réclame une initiative législative pour rétablir de manière urgente et nécessaire la liberté de la presse face au pouvoir judiciaire.

(47) Bruxelles, 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 104 et note F. JONGEN, «Le délit de presse, concept élargi», p. 105; en ce sens, Bruxelles, 19 février 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 806 et note de J. CEULEERS, «De be-grippen "pers" en "persmisdrijf"», col. 810; Dans un commentaire aux *Pandectes* paru en 1889, on pouvait de même lire ceci: «Il est bien évident que ce n'est point un instrument matériel que nos constituants ont entouré de privilèges; ils n'ont eu aucune raison de réserver leurs faveurs à un mode particulier de production. Adoptant la terminologie en usage, s'inspirant des procédés employés par leurs contemporains, ils ont cité la presse comme s'il s'agissait d'une formule générale, embrassant tous ses dérivés [...]» (*P.B.*, v<sup>o</sup> «Délit de presse», n<sup>os</sup> 71 et s.).

(48) *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, mises en ordre et publiées par HUYTENS, t. I, Bruxelles, 1844, p. 655, intervention de M. Devaux, auteur de la formule.

(49) *Idem*, p. 653, intervention de l'abbé Verduyn.

7. Le choix de la formule lapidaire de l'article 25 alinéa 1<sup>er</sup>, de préférence à toute autre, a été dicté au constituant par le souci d'assurer à la presse «la liberté la plus large»<sup>(48)</sup> et «la plus étendue»<sup>(49)</sup> par «la disposition la plus complète»<sup>(50)</sup>. Il s'agit de protéger toutes manifestations de la pensée<sup>(51)</sup>, sous toutes leurs formes<sup>(52)</sup>, contre toute mesure préventive, sans aucune restriction. L'interdiction des mesures préventives est absolue<sup>(53)</sup>. Elle s'applique à toutes les mesures quelles qu'elles soient, prononcées pour quelque motif que ce soit. Les membres du Congrès national ont notamment refusé, après en avoir débattu, d'admettre une exception dans le but de protéger les droits d'autrui<sup>(54)</sup>, en ce compris la vie privée<sup>(55)</sup>.

Il ressort en outre explicitement des discussions du Congrès national que cette interdiction vise tous les pouvoirs constitués et les autorités publiques, dont le pouvoir judiciaire<sup>(56)</sup>. Les juges sont même tout particulièrement visés par le constituant en raison du rôle central et très critiqué joué par les tribunaux dans le muselage de la presse belge sous le régime hollandais<sup>(57)</sup>.

(50) *Idem*, p. 654, intervention de M. de Brouckere.

(51) *Idem*, p. 574, intervention de Gerlache.

(52) Rapprochant la liberté de la presse de la liberté d'enseignement et de culte, M. de Gerlache note que la Constitution protège «la manifestation de la pensée, sous des formes diverses» (*idem*, p. 574).

(53) «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», de Gerlache, *idem*, p. 575; Dans le même sens notam.: Nothomb, *idem*, p. 651 et de Brouckère, *idem*, p. 654.

(54) La rédaction initiale du projet, qui réservait l'atteinte aux «droits de l'individu» est clairement rejetée par le Constituant en tant qu'il ouvre la porte à une possible restriction de la liberté de presse, qu'il souhaite garantir de la manière la plus large, la plus complète et la plus entière (*Discussions...*, pp. 650-658).

(55) La proposition de compromis, défendue par certains, de réserver le cas «d'atteinte à la vie privée» est rejetée pour les mêmes raisons (*idem*, spéc. pp. 651 et 654).

(56) *Contra*, à tort: F. JONGEN, «Le juge est-il un censeur?», note sous l'arrêt annoté, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1592, ici spéc. pp. 1593 et 1594.

(57) Le Congrès national se montre particulièrement soucieux d'éviter tout retour au système de la loi fondamentale hollandaise qui consacrait la liberté de la presse sauf en cas d'atteinte aux droits de la société ou d'un individu. Le régime s'était largement appuyé sur cette réserve pour «soulever les procès de presse qui ont en grande partie produit la révolution» (vicomte Charles Vilain XIII, *Discussions...*, p. 642). L'objectif déclaré du texte finalement adopté est de rendre impossible le retour d'un tel système (Devaux, *idem*, p. 643).

La raison de cette intransigeance tient à l'importance fondamentale de cette disposition dans l'édifice constitutionnel. Contrairement à ce que déclare la Cour de cassation dans l'arrêt du 29 juin 2000, l'interdiction de la censure n'est pas «que le corollaire» de la liberté d'expression garantie par l'article 19 de la Constitution<sup>(58)</sup>. Elle exprime un des principes fondamentaux qui conditionnent le bon fonctionnement de la démocratie dans le système constitutionnel belge<sup>(59)</sup>. Contrairement à ce qui a été souvent enseigné, la démocratie moderne ne repose pas uniquement sur l'élection libre des membres des assemblées législatives<sup>(60)</sup>. Elle suppose en outre, suivant l'idéal des Lumières, le contrôle permanent et critique du pouvoir par l'opinion publique. Les moyens de ce contrôle sont soigneusement protégés par la Constitution belge. Celle-ci formule trois grands principes juridiques qui sont autant de piliers de l'ordre démocratique national.

Le premier est le principe de *publicité*, qui subordonne la validité et la force obligatoire des actes des autorités publiques à leur publication préalable. En application de ce principe, les lois doivent être publiées au *Moniteur belge*<sup>(61)</sup>. De même, les jugements doivent être prononcés en audience publique et les débats judiciaires sont normalement ouverts au public<sup>(62)</sup><sup>(63)</sup>. Ces règles de publicité, dans lesquelles nous ne voyons plus souvent que des formalités, sont en réalité essentielles au contrôle démocratique, dont elles sont l'indispensable préalable, en tant qu'elles contraignent le pouvoir à s'exercer au vu et au su de l'opinion publique. Rompant avec la pratique du secret, qui sert le plus souvent de paravent à l'arbitraire, le principe de publicité représente, selon le philosophe Kant, l'axiome fondamental de la légalité.

(58) Cass., 29 juin 2000, cité note 1, réponse au premier moyen (premier attendu).

(59) Les membres du Congrès national considèrent la liberté de presse comme «la plus importante» (Devaux, rédacteur de l'amendement retenu, *Discussions...*, p. 643). L'abbé Verduyn notamment défend avec chaleur cette liberté «que nous regardons comme la plus vitale et la plus sacrée, parce qu'elle est la sauvegarde et le palladium de toutes les autres» (*idem*, p. 653). Cette dernière expression, largement répandue à l'époque, est reprise de MIRABEAU dans son essai *De la liberté de presse* écrit en 1788 (*Œuvres*, Paris, 1821, t. IV, p. 420).

(60) Au demeurant les titulaires du droit de vote et d'éligibilité sont très peu nombreux dans le régime censitaire mis en place en 1830.

(61) Constitution, art. 190.

(62) Constitution, art. 148 et 149.

(63) La cour d'appel d'Anvers a par ailleurs récemment confirmé que la publicité des jugements visait à per-

mettre le contrôle du pouvoir judiciaire par la population et impliquait notamment qu'un journaliste puisse recevoir du greffe la copie d'un jugement (Anvers, 22 mai 2000, *A&M*, 2000, p. 324).

La deuxième principe garantit *l'inviolabilité de l'espace public*. Pour exercer son contrôle, il ne suffit pas que l'opinion publique soit informée des actes du pouvoir. Il faut encore qu'elle soit en mesure d'en discuter librement et de faire connaître ses avis et le cas échéant ses critiques et revendications, sans craindre en retour des mesures de répression, de rétorsion ou d'intimidation. Cet objectif est atteint par un faisceau de dispositions constitutionnelles, qui protègent les libertés fondamentales d'opinion, d'expression, de réunion, d'association, et de pétition, sans oublier la liberté d'enseignement<sup>(64)</sup>.

La *liberté de la presse* et l'interdiction de la censure forment le dernier élément essentiel de ce triptyque constitutionnel. Dans les États modernes, même de taille modeste comme la Belgique, le débat public ne peut se développer sans recourir aux moyens techniques des médias<sup>(65)</sup>. Ceux-ci remplissent une fonction indispensable non seulement en informant le public des actes et décisions du pouvoir mais aussi en permettant d'élargir virtuellement le cercle de la discussion à l'ensemble de la population. Ils constituent une ressource stratégique de la communication publique, particulièrement vulnérable et exposée aux tentatives de contrôle, ce qui motive le régime particulier et la protection spéciale que leur accorde la Constitution.

L'interdiction de la censure ne crée pas un droit subjectif particulier ou un privilège au bénéfice des journalistes<sup>(66)</sup>, cautionnant leurs abus de langage et les préjudices qu'ils occasionnent. Elle édicte une règle d'ordre public, qui limite le pouvoir d'intervention des pouvoirs constitués, en leur interdisant d'interdire, dans l'intérêt supérieur du bon fonctionnement de la démocratie d'opinion, la publication d'informations ou d'idées par voie de presse<sup>(67)</sup>. En démocratie, c'est l'opinion qui contrôle le pou-

(64) Garanties respectivement par les articles 19, 26, 27, 28 et 24 de la Constitution belge.

(65) Au contraire des démocraties grecques, qui ne comptent le plus souvent que quelques centaines de citoyens qui se réunissent en un même lieu pour discuter des affaires de la Cité.

(66) La liberté de presse bénéficie d'ailleurs à toute personne qui «répand dans le public de multiples copies d'un écrit» (Cass., 25 octobre 1909, *Pas.*, I, 416), qu'elle ait ou non la qualité de journaliste.

(67) Notre Constitution peut, de ce point de vue, être rapprochée du premier amendement de la Constitution américaine qui prescrit: «Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press».

voir, et non le pouvoir qui contrôle l'opinion. Et ce principe s'applique pleinement au pouvoir judiciaire dans l'exercice de sa mission.

8. Certains auteurs relativisent l'importance de ces principes constitutionnels. Ceux-ci relèveraient d'une philosophie politique dépassée, établie à une époque qui n'aurait pas accordé aux droits de la personne la même importance et où la presse aurait été moins envahissante ou plus modérée dans ses propos et ses révélations<sup>(68)</sup>. Inexactes sur le plan historique<sup>(69)</sup>, ces réflexions sont démenties sur le plan juridique par la Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence ne cesse de réaffirmer avec force l'actualité de ces principes et le rôle indispensable joué par la presse dans le bon fonctionnement d'une démocratie adulte.

Si la Convention européenne ne contient aucune disposition spécifique relative à la presse, la Cour de Strasbourg a toutefois dégagé, dans le cadre de l'article 10 de la Convention, qui protège de manière générale la liberté d'expression, un régime spécifique qui accorde une protection particulièrement étendue à toutes les formes de presse, écrite ou audiovisuelle, et restreint corrélativement de manière rigoureuse les interventions publiques en ce domaine, sur lesquelles la Cour exerce un contrôle particulièrement étroit et scrupuleux.

De manière générale, la Cour des droits de l'homme rappelle régulièrement que la liberté d'expression constitue «l'un des fondements essentiels

d'une société démocratique»<sup>(70)</sup> et représente à ce titre «une caractéristique fondamentale de l'ordre public européen»<sup>(71)</sup>. La Cour met spécialement en évidence le «rôle éminent» de la presse dans une société démocratique, en tant qu'elle est indispensable à la participation des citoyens à la vie politique<sup>(72)</sup>. Il incombe aux médias de communiquer sur toutes les questions d'intérêt général des informations et des idées au public, qui de son côté a un droit à les recevoir. La presse doit être laissée en mesure d'exercer son rôle de «chien de garde de la démocratie» (*public watchdog*)<sup>(73)</sup>.

Les ingérences exceptionnelles des autorités publiques dans la libre expression ne peuvent être admises que dans la mesure où il a été établi de manière convaincante qu'elles sont «nécessaires dans une société démocratique», ce qui signifie qu'elles doivent répondre à «un besoin social impérieux»<sup>(74)</sup>. Si, de manière générale, les autorités nationales disposent d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'elles évaluent la nécessité d'une intervention, en matière de presse en revanche, «le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse»<sup>(75)</sup>. Les ingérences publiques en matière de presse, y compris judiciaires, font donc l'objet d'un contrôle étroit par la Cour de Strasbourg. Quant aux mesures préventives, elles sont sujettes au contrôle le plus rigoureux<sup>(76)</sup>. La

(68) Notam. P. LAMBERT, «La liberté de la presse, la protection de la réputation d'autrui et la Convention européenne des droits de l'homme», in *Liber amicorum à M. A. Eissen*, Bruylant-L.G.D.J., 1995, pp. 271 et s., ici, p. 275, n° 4; en ce sens, Civ. Bruxelles, réf., 13 décembre 2001, inédit, *Kalubi et arts. c. Gsara et arts.*, R.R., n° 2001/1879/c.

(69) La lecture de la presse du XIX<sup>e</sup> siècle leur apporte un démenti formel. Le lecteur contemporain sera surpris par la liberté de ton, la violence des invectives et la nature des arguments utilisés par une presse qui représentait alors le seul moyen de communication publique et qui à ce titre exerçait une influence considérable (voy. entre autres Ch. LEDRÉ, *La presse à l'assaut de la monarchie 1815-1848*, Paris, A. Colin, 1960; R. MANEVY, *La presse de la III<sup>e</sup> République*, Paris, J. Foret, 1955 et, pour la Belgique, l'intéressant mémoire de Ch. LOUVEAUX, sous la direction de M. HANOTIAU, *La presse et la critique des hommes politiques: jurisprudence belge 1830-1981*, s.l.; Fondation Waterman, sd.).

(70) Formule constante de la Cour, notamment: arrêt *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 41; arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 12 janvier 1999, § 45; arrêt *Rekviényi c. Hongrie*, 20 mai 1999, §§ 26 et 42; arrêt *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, § 43; arrêt *Perna c. Italie*, 25 juillet 2001, § 38.

(71) Arrêt *Ahmed c. Royaume-Uni*, 2 septembre 1998, § 52.

(72) Arrêt *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 43.

(73) Expression empruntée aux pères fondateurs de la Constitution américaine mais devenue classique dans la jurisprudence de la Cour: notam. arrêt *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, § 45; arrêts *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, § 63; arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, § 62.

(74) Notam., parmi beaucoup d'autres, arrêt *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 39.

(75) Formule souvent répétée par la Cour notamment dans les arrêts *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 40; *Worm c. Autriche*, 29 août 1997, § 47; *Fressoz et Roire c. France*, 12 janvier 1999, § 45; *Du Roy et Malaurie c. France*, 3 octobre 2000, § 27; *Thoma c. Luxembourg*, 29 avril 2001, § 48.

(76) Dans l'arrêt *Ekin c. France*, 17 juillet 2001, § 56, la Cour rappelle que des restrictions préalables à la liberté d'expression «présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux» et précise qu'«il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse [...]»; en ce sens, notam. arrêt *Hashman & Harrup c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1999, § 32; arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni (2)*, 26 novembre 1991, § 51.

jurisprudence de la Cour montre qu'elle exerce effectivement ce contrôle minutieux d'ailleurs de plus en plus sévère sur les restrictions apportées à la liberté de la presse, qui aboutit souvent à la condamnation des États qui en ont pris l'initiative<sup>(77)</sup>.

Cette jurisprudence dément la thèse, soutenue en doctrine<sup>(78)</sup> et dans la jurisprudence<sup>(79)</sup>, d'un équilibre à rétablir entre la liberté de presse, d'une part, et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits individuels, qui devraient être mis sur un pied d'égalité. Elle n'offre, par ailleurs, pas le moindre soutien à ceux<sup>(80)</sup> qui prétendent faire obstacle à l'article 25 de la Constitution sur la base de l'article 17 de la Convention, qui prohibe l'abus des droits garantis par la Convention<sup>(81)</sup>. Il est d'ailleurs éminemment critiquable et même choquant d'invoquer cet article, destiné à faire obstacle aux menées des ennemis des libertés<sup>(82)</sup>, pour faire barrage à l'une des garanties les plus nobles de notre Constitution et l'une des plus précieuses pour la sauvegarde de notre démocratie<sup>(83)</sup>.

9. Selon la Convention européenne, la liberté d'expression peut être soumise à certaines limitations notamment en vue de protéger les droits et la

réputation des personnes et d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles. En matière de presse cependant, la protection de tels intérêts est contrebalancée non seulement par l'intérêt de la presse à informer le public et par l'intérêt de celui-ci à recevoir ces informations, mais surtout par l'intérêt supérieur de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse, auquel «il convient d'accorder un grand poids», notamment pour déterminer si la restriction est proportionnée au but poursuivi<sup>(84)</sup>. En conclusion, la Cour estime qu'«une ingérence dans l'exercice de la liberté de la presse ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public»<sup>(85)</sup>.

Sur cette base extrêmement restrictive, la Cour des droits de l'homme a affirmé notamment le droit des médias à rendre compte des affaires judiciaires en cours, ainsi que le droit d'apprécier et de critiquer la manière dont les juges s'acquittent de leur mission et ce sur le ton qu'ils estiment opportun, qui peut comporter une certaine dose d'exagération voire de provocation<sup>(86)</sup>. Dans l'affaire *De Haes et Gijssels*<sup>(87)</sup>, la Cour a ainsi condamné la Belgique

(77) Voy. notam. les arrêts *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990; *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992; *Thorger Thorgerison c. Islande*, 25 juin 1992; *Schwabe c. Autriche*, 28 août 1992; *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994; *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, 19 décembre 1994; *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, 9 février 1995; *Goodwin c. Royaume-Uni*, 26 mars 1996; *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997; *Oberschlick c. Autriche (2)*, 1<sup>er</sup> juillet 1997; *Radio ABC c. Autriche*, 20 octobre 1997; *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 février 1998; *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998; *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998; *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998; *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999; *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999; *Nilsen et Johnsen c. Norvège*, 25 novembre 1999; *News Verlags GmbH c. Autriche*, 11 janvier 2000; *Bergens Tidende c. Norvège*, 2 mai 2000; *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, 28 septembre 2000; *Du Roy et Malaurie c. France*, 3 octobre 2000; *Maronek c. Slovaquie*, 19 avril 2001; *Sener c. Turquie*, 18 juillet 2000; *Ibrahim Aksoy c. Turquie*, 10 octobre 2000; *Thoma c. Luxembourg*, 29 juin 2001; *Feldek c. Slovaquie*, 12 juillet 2001; *Ekin c. France*, 17 juillet 2001; *Perna c. Italie*, 25 juillet 2001;

(78) Voy. *infra*, § 12 et les références citées.

(79) Notam. civ. Bruxelles, réf., 3 mai 1995, inédit, *Lambert et crts c. RTBF*, R.R., n° 95/740/c et les décisions commentées *infra*, § 17.

(80) Notam. Civ. Bruxelles, réf., 24 octobre 2001, *Journ. procès*, 2001, p. 20 et note de F. TULKENS, p. 24; *J.T.*, 2001, p. 780; Civ. Bruxelles, réf., 6 novembre 1996, *Journ. procès*, 1996, n° 316, pp. 31 et s.

(81) L'article 17 est ainsi rédigé: «Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interpré-

tée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention».

(82) Comme l'a rappelé la Commission européenne des droits de l'homme, «l'article 17 de la Convention possède [...] une portée assez limitée: il ne s'applique qu'à ceux qui menacent le régime démocratique des parties contractantes, et ce dans la mesure strictement proportionnée à la gravité et à la durée de la menace [...]», rapport *De Becker c. Belgique*, 8 janvier 1960, série B, n° 2, p. 137.

(83) Sur la portée de l'article 17 de la Convention, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile», in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruylant, 2000, pp. 139 et s.

(84) Arrêts *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 40; *Worm c. Autriche*, 29 août 1997, § 47; *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, § 45.

(85) Arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, § 51; arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 39.

(86) Arrêt *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, § 38; arrêt *Du Roy et Malaurie c. France*, 3 octobre 2000, § 27; arrêt *Perna c. Italie*, 25 juillet 2001, § 42.

(87) Arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997.

pour avoir sanctionné du franc symbolique un journaliste et l'éditeur de l'hebdomadaire *Huma*, qui avaient virulemment critiqué certains hauts magistrats de la cour d'appel d'Anvers, à l'occasion d'une série d'articles destinés à alerter le public d'une affaire odieuse.

Néanmoins, lorsque, en traitant d'une question d'intérêt public, la presse s'attaque ainsi à des personnes, en portant atteinte à leur réputation ou à leurs droits, elle est soumise à certains «devoirs et responsabilités». L'auteur de la publication doit en particulier agir «de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique»<sup>(88)</sup>.

Enfin, la Cour a condamné à plusieurs reprises des mesures de saisie, de retrait ou d'interdiction d'une publication motivées par le caractère secret et confidentiel des faits rapportés, lorsqu'il ressort des circonstances de la cause, considérées dans leur ensemble, que le public avait un intérêt légitime à en être informé<sup>(89)</sup>. Elle a considéré que de telles mesures étaient en tous cas disproportionnées lorsque les informations en question ou certaines d'entre elles avaient déjà été portées à la connaissance du public, fût-ce par la personne ou la publication incriminées<sup>(90)</sup>. Dans de telles circonstances, l'atteinte portée à la liberté de presse n'est certainement plus nécessaire.

## II. Les modalités du contrôle

10. Si les opposants au contrôle judiciaire de la presse invoquent généralement l'absence de dispo-

sition légale spécifique pour contester la compétence des juges<sup>(91)</sup>, les partisans d'un tel contrôle déduisent à l'inverse de cette absence de règle spécifique un argument en faveur de l'intervention judiciaire préventive. Ils mettent en avant le caractère indispensable d'une telle intervention pour rétablir *un certain équilibre* entre la liberté de la presse et d'autres droits fondamentaux, notamment de la personnalité, qui protègent des valeurs non moins éminentes à leurs yeux et qui ont autant de titres à réclamer la protection du droit. À défaut de hiérarchie entre ces droits concurrents, ces auteurs estiment que les conflits entre la liberté de presse et les autres droits et libertés doivent se régler par le moyen d'une *mise en balance ponctuelle des intérêts* en jeu dans les circonstances concrètes du litige<sup>(92)</sup>. Le résultat de cette pesée devrait permettre d'apprécier dans chaque cas l'opportunité des mesures sollicitées et de doser leur intensité.

Or la mise en œuvre de ce mécanisme de pondération ne peut s'inscrire dans un cadre légal trop contraignant. Comme le souligne la cour d'appel de Bruxelles, dans l'affaire *Doutrève*, le litige «nécessite une pondération casuelle des intérêts en présence, difficilement compatible avec une législation plus précise que celle sur la base de laquelle s'appuie en l'espèce le juge des référés»<sup>(93)</sup>. C'est bien là le nœud du problème.

Depuis une centaine d'années, la mise en balance des intérêts a été préconisée comme mode privilégié de solution des litiges par diverses écoles qui promeuvent une conception «sociologique» du

(88) Arrêt *Bergens Tidende c. Norvège*, 2 mai 2000, à propos de la critique par un quotidien de la pratique d'un chirurgien esthétique, contraint par suite de cette campagne de presse à mettre fin à sa pratique professionnelle; en ce sens notam. arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 39 et arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 12 janvier 1999, § 54, ensuite de la publication par le *Canard enchaîné* de la feuille d'imposition du P.-D.G. de Peugeot.

(89) Notam. arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni (1)*, 26 avril 1979, §§ 64-66, estime en l'espèce que l'intérêt vital du public à être informé des suites de l'affaire de la thalidomide justifiait de briser le «cocon juridique» dans lequel se trouvait l'affaire depuis plusieurs années; arrêt *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, spéc. § 48.

(90) Arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni (2)*, 26 novembre 1991, à propos de la publication par la presse britannique d'un extrait du livre *Spycatcher*, relatant les mémoires d'un ancien espion, déjà publié aux Etats-Unis; arrêt *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, 9 février 1995, §§ 43 à 46; arrêt *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, §§ 49 à 52.

(91) Voy. *supra*, § 5.

(92) F. TULKENS, note sous Civ. Bruxelles, réf., 24 octobre 2001, *Journ. procès*, 2001, n° 423, pp. 24 et s., ici spéc. p. 25, point 3; P. LEGROS, «Liberté de la presse, immunité pénale et hiérarchie des valeurs», in *Mélanges offerts à Michel Hanotiau*, Bruylant, 2000, pp. 113 et s.; F. JONGEN, «De la balance des intérêts à la proportionnalité», note sous Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 774; F. TULKENS et A. STROWEL, «Les actions préventives...», *op. cit.*, p. 91; P. LAMBERT, «La liberté de la presse...», *op. cit.*, p. 273; F. RIGAUX, «Introduction générale», *R.T.D.H.*, 1993 (numéro spécial «liberté d'expression»), p. 7; R. ERGEC, «La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire», *R.T.D.H.*, 1993 (numéro spécial «liberté d'expression»), p. 178.

(93) À savoir les articles 18, al. 2, et 584 du Code judiciaire, combinés à l'article 1382 du Code civil (Bruxelles 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, ici p. 1054, § 1<sup>er</sup>).

droit<sup>(94)</sup>. Celles-ci envisagent le droit, spécialement entre les mains du juge, comme un instrument de pacification et d'arbitrage des conflits d'intérêts qui traversent en permanence et parfois menacent la société. Si les magistrats ont souvent accueilli avec faveur cette méthode, ils n'y recouraient jusqu'il y a peu qu'avec une extrême prudence et la plus grande discrétion dans la motivation de leurs décisions<sup>(95)</sup>. Les juridictions constitutionnelles, notamment américaine et allemande, y ont cependant découvert un moyen commode pour arbitrer, de manière souple et dynamique, dans le cadre de leur mission spécifique, les tensions entre droits fondamentaux concurrents. À la faveur du mouvement de «constitutionnalisation» du droit contemporain, le mécanisme tend à se diffuser à l'ensemble de l'appareil judiciaire. En ce qui concerne les droits de l'homme, et en particulier la liberté d'expression, cette méthode est pratiquée et encouragée par la Cour de Strasbourg<sup>(96)</sup>.

Confrontés à une société complexe, dont l'évolution est incertaine et plus rapide que les lois, plus d'un magistrat considèrent aujourd'hui la mise en balance des intérêts, sinon comme une panacée universelle, du moins comme la manière la plus efficace, la plus légitime et la plus «moderne» d'exercer la fonction de juger. Tel est spécialement le cas pour le juge des référés, dont la mission consiste à aménager, dans l'urgence et sur la base de simples apparences de droit, un certain équilibre entre les intérêts conflictuels des parties dans l'attente d'une décision sur le fond.

11. La méthode de la mise en balance des intérêts a été mise au point, il y a un peu plus d'un siècle, par François GénY dans le cadre de l'école de la libre recherche scientifique. Elle s'inspire fortement de la philosophie positiviste d'Auguste

Comte, avec laquelle elle partage l'utopie d'un gouvernement scientifique de la société<sup>(97)</sup>. Les magistrats, assimilés à des ingénieurs au chevet de la chaudière sociale, ont pour mission de soulager les pressions trop fortes qui s'exercent sur le système en opérant des ajustements ponctuels qui sauvegardent ou rétablissent son équilibre dynamique et précaire. Ils sont ainsi censés contribuer au «progrès social» en conjuguant les évolutions nécessaires avec le maintien de la stabilité souhaitable. «De cette façon seulement, écrit François GénY, le droit peut rester maître du mouvement qu'il doit sans cesse diriger»<sup>(98)</sup>.

La méthode suppose l'établissement préalable d'une échelle de valeurs objective sur la base de laquelle la justice privilégiera les intérêts supérieurs en leur accordant la protection du droit. La mesure des droits de chacun devient ainsi fonction de leur but économique et social, dont l'importance doit être comparée à celui des intérêts qu'ils contraignent<sup>(99)</sup>.

Toutefois, dès que l'on tente de cerner de plus près les paramètres de cette mise en balance, la plus grande confusion s'installe rapidement. Quels intérêts «concrets» faut-il prendre en considération? Ceux des parties à la cause exclusivement ou les intérêts collectifs concernés par la décision, les valeurs qui sous-tendent ces intérêts ou encore les exigences de l'intérêt général? Et quel étalon adopter pour mesurer ou classer des intérêts aussi disparates, lorsque les valeurs protégées sont davantage «morales» ou «sociales» que patrimoniales? Comment réussir à placer sur les plateaux d'une même balance, par exemple, l'intérêt du public à prendre connaissance d'une information et l'intérêt de sauvegarder l'autorité du pouvoir judiciaire ou encore l'intérêt d'une personne à la protection de sa vie

(94) En Allemagne, la jurisprudence des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) de Heck et, plus largement, le mouvement du droit libre (*Freirechtsbewegung*), dont Ehrlich et Kantorovicz sont les porte-drapeau. Aux États-Unis, la *Sociological Jurisprudence* de Holmes et de Pound. En France, l'école de la libre recherche scientifique de GénY, à laquelle se rallient en Belgique Vander Eycken et le grand De Page, ainsi que le procureur général Leclercq (voy. B. FRYDMAN, «Le projet scientifique de François GénY», in Cl. Thomasset éd., *François GénY, mythe et réalités: 1899-1999 - Centenaire de «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif»*, Blais - Dalloz - Bruylant, 2000, pp. 213-231, spéc. § 2.

(95) Voy. en ce sens les études approfondies de M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Kluwer, 1978 et F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit - Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989.

(96) Notam. arrêt *Schöpfer c. Suisse*, 20 mai 1998, §§ 33 et 34 arrêt *Nilsen et Johnsen c. Norvège*, 25 novembre 1999, § 52; voy. également l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, § 55, qui fait une application claire mais particulièrement critique et dangereuse de cette méthode. Pour une analyse critique de cet arrêt, voy. notam. B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Story-Scientia, 1999, pp. 40 à 43.

(97) Sur les rapports étroits entre le projet de GénY et la sociologie positive d'Auguste Comte, voy. B. FRYDMAN, «Le projet scientifique de GénY», *op. cit.*, § 8.

(98) F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, L.G.D.J., 1919 (2<sup>e</sup> éd. revue et mise au courant), II, § 183, p. 226.

(99) *Idem*, II, § 173, p. 173.

privée ou au respect de la présomption d'innocence? Et quand bien même on aurait réussi ce tour de force, quel résultat donner à une telle pesée? Faut-il, comme certains l'affirment, donner la préférence à l'intérêt «le plus lourd»<sup>(100)</sup>, ou bien, comme le pratiquent d'autres, privilégier l'aménagement d'une situation d'équilibre entre les intérêts bien compris<sup>(101)</sup>?

Bref, une fois dissipées les dangereuses illusions de l'utopie positiviste, rien ne permet plus de distinguer la mise en balance ponctuelle des intérêts d'un pur et simple *jugement de valeur*, par lequel le magistrat exprime assurément ses préférences personnelles, idéologiques ou ses préjugés, mais qui ne peut prétendre à une aucune validité scientifique ni juridique. Au contraire, dans une société pluraliste, où doivent coexister, selon les principes de tolérance et de laïcité, des conceptions et des échelles de valeurs différentes et concurrentes, le recours à ce procédé pour motiver des décisions «en droit» appelle les plus grandes réserves et jette un voile de suspicion sur leur légitimité.

12. En réalité, le recours systématique à la pondération casuelle des intérêts met en péril rien moins que «la primauté du droit» sur laquelle veille jalousement la Cour de Strasbourg<sup>(102)</sup>. Celui qui y recourt, non seulement s'émancipe de toute référence aux règles existantes; mais en outre il ne contribue en rien à préciser la portée de ces règles ni même à en formuler de nouvelles. Le jugement n'applique pas, n'interprète pas et ne crée pas du droit. Il se borne à effectuer, au cas par cas, une évaluation propre à l'affaire et qui ne vaut que pour elle.

Or c'est précisément ce régime-là que l'article 10, alinéa 2 de la Convention a voulu déjouer. En imposant que les restrictions à la liberté d'expression soient «prévues par la loi», la Convention requiert en tout cas que l'ingérence soit fondée sur une *règle de droit*, que le juge applique ou qu'il contribue à formuler. Cette exigence vaut bien entendu tant pour le principe de l'intervention que pour la nature et l'intensité des restrictions. Elle exclut absolument la pratique, si prisée par les cen-

seurs, d'un traitement *au cas par cas*, en fonction des circonstances de l'affaire ou des nécessités de l'heure.

On comprend dès lors que les dispositions habilitant le pouvoir judiciaire à trancher les contestations et le juge des référés à prendre les mesures que l'urgence impose ne satisfont pas la condition de légalité exigée par la Convention de sauvegarde, dès lors que leur invocation générale ne vise ouvertement qu'à instaurer le règne de «la pondération casuelle des intérêts», c'est-à-dire une appréciation particulière et nécessairement subjective dans chaque cas des mesures *ad hoc* que son règlement appelle pour rétablir on ne sait quel équilibre. Faire de chaque affaire un cas particulier, n'est-ce pas en effet la définition même de l'arbitraire et la négation pure et simple de la règle de justice<sup>(103)</sup>?

13. L'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000 ouvre largement la voie au contrôle judiciaire de la diffusion des informations et des opinions par la voie de la presse ou des médias en général. Un tel contrôle, 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, heurte de front aussi bien l'article 25 de la Constitution que la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme en matière de presse. Il est incompatible avec le fonctionnement normal d'une démocratie adulte dès lors qu'il permet de faire obstacle à la diffusion d'une information ou d'une opinion chaque fois qu'une personne privée ou publique démontre un intérêt suffisant à ce que celle-ci ne soit pas publiquement révélée.

Appliqué à la liberté d'expression et de la presse, le test de la balance des intérêts place le juge en position d'arbitrer les débats publics, sur la seule base de son appréciation subjective et discrétionnaire de l'importance des valeurs en jeu. Il tend inévitablement à gommer de ceux-ci les propos «qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population»<sup>(104)</sup> au risque de contribuer au règne de la «pensée unique», reflet rassurant et trompeur d'une opinion publique inoffensive, domestiquée et politiquement correcte. Il ne fixe d'autre ligne de conduite à ceux qui parti-

(100) En particulier la philosophie du droit utilitariste de Bentham et Mill et l'école contemporaine de l'analyse économique du droit (B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2002, pp. 57-58 et 85-87).

(101) L'équilibre des intérêts en présence est privilégié dans plusieurs théories notamment celle des troubles de voisinage (rétablissement de l'équilibre de fait rompu), la théorie de l'abus de droit, ainsi que dans le cadre de l'aménagement d'une situation provisoire d'attente par le juge des référés. F. RIGAUX le préconise en matière conflit relatif à la liberté d'expression

(«Introduction générale», *R.T.D.H.*, 1993, numéro spécial «liberté d'expression», p. 7).

(102) Notam. arrêt *Ekin c. France*, 17 juillet 2001, § 44; arrêt *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 27.

(103) Laquelle se formule classiquement par l'adage anglais: *treat like cases alike*.

(104) Dont doit pourtant s'accommoder la société démocratique aux termes de la formule célèbre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, systématiquement rappelée depuis lors.

cipent, à titre professionnel ou non, au débat public que de prendre garde à ne blesser personne par leurs propos ni de porter atteinte à aucun intérêt. Il encourage par voie de conséquence la multiplication des actions préventives en matière de presse et de médias, sans fournir ni les moyens de les prévenir ni de règles un tant soit peu précises et fiables pour les trancher.

14. L'examen de la jurisprudence la plus récente ne confirme malheureusement que trop ces inquiétudes, tant au plan du nombre de recours introduits, qui ne cesse de s'accroître, que des ingérences toujours plus nombreuses et plus profondes opérées par les juges sur la base de ces demandes. Sollicités sans cesse et de manière pressante d'interdire, de rectifier, de retirer tel ou tel article, émission ou autre tract, certains juges, tout en soulignant «l'extrême gravité» des restrictions envisagées et leur caractère nécessairement «exceptionnel», sont tentés, au nom de l'équilibre, de s'engager toujours plus avant sur la pente glissante et sans fin d'un contrôle actif des informations et des opinions diffusées par la voie des médias<sup>(105)</sup>.

On relève pour l'essentiel deux types de mesures ordonnées par le juge des référés, éventuellement confirmées par le juge du fond. D'une part, des mesures de suspension de diffusion et de retrait de la vente d'un texte dont la diffusion a déjà commencé. D'autre part, des interdictions de diffusion d'émissions télévisées ou radiophoniques, voire plus rarement d'un texte, avant toute communication publique de ceux-ci. Ces mesures sont accordées à la faveur d'une procédure accélérée, parfois même sur la base d'une requête unilatérale sans débat contradictoire. Très généralement, ces mesures sont assorties d'astreintes, relativement élevées. Nombre de ces décisions demeurent mal connues ou inédites, ce qui renforce l'efficacité de la censure, certaines ayant même interdit expressément qu'il soit fait mention des raisons de l'interdiction de diffusion qu'elles prononçaient<sup>(106)</sup>.

(105) Le constat selon lequel, «heureusement [...] les interventions qui ont eu lieu ont le plus souvent abouti à un rejet des demandes», fait il y a quelques années par F. TULKENS et A. STROWEL («Les actions préventives...», *op. cit.*, p. 79), n'est manifestement plus d'actualité.

(106) Civ. Charleroi, prés., 1<sup>er</sup> mars 1994, inédit, *Hainaut Caravaning*, R.R., n° 65.908; Civ. Charleroi, prés., 28 décembre 1993, inédit, *Merlijn*, R.R., n° 65.352. Cette discrétion participe de la logique même de la censure, qui doit œuvrer dans l'ombre pour demeurer efficace, puisqu'elle poursuit précisément l'objectif de faire échec à la publicité. Ce n'est pas un des moindres mérites de la Cour européenne de Strasbourg que de jeter l'éclairage de la justice internationale sur certaines

15. Ainsi, à la demande d'un directeur général adjoint auprès de la Communauté européenne, le juge des référés a contraint les A.M.P.<sup>(107)</sup> à suspendre, jusqu'à ce qu'il soit statué au fond, toute distribution du livre *L'Europe des fraudes*, tant qu'il comportera certains passages concernant le demandeur. Pour le juge des référés, «il semble difficilement contestable que [le] risque de préjudice grave à l'égard du demandeur<sup>(108)</sup> doit être reconnu prioritaire par rapport à l'éventuel risque de préjudice financier (allégué mais non démontré) qu'aurait à souffrir la partie défenderesse au cas où elle devrait suspendre la distribution de l'ouvrage et où elle se verrait ultérieurement autorisée à remettre sur le marché les exemplaires de l'ouvrage litigieux»<sup>(109)</sup>.

À la demande d'une styliste, la cour d'appel d'Anvers a, sur requête unilatérale, fait interdiction à l'auteur et aux éditeurs de diffuser, vendre ou donner la moindre publicité à un livre, tant qu'il comporte certains passages diffamants concernant la vie sexuelle de la demanderesse, nommément désignée dans l'ouvrage, et a ordonné de retirer de la vente les exemplaires déjà diffusés. La cour estime en l'espèce qu'en raison d'atteintes graves portées à la réputation de la demanderesse, le droit de l'auteur à la liberté d'expression doit céder le pas à la protection de la vie privée de l'appelante<sup>(110)</sup>.

De même, à la requête notamment des familles Russo et Lejeune, il a été fait interdiction aux éditeurs de poursuivre la diffusion du livre *De zaak Marc Dutroux*, du journaliste hollandais Hans KNOOP, reproduisant des informations relevant d'un dossier répressif et soumises à ce titre au secret de l'instruction et ce, tant que le procès pénal de Dutroux, dans lequel les demandeurs sont parties civiles, n'aura pas eu lieu. La cour d'appel d'Anvers considère que la publication d'un livre sur une affaire judiciaire en cours a pour effet de troubler le débat public au risque de déplacer le procès sur le terrain des médias, ce qui pourrait avoir un effet

affaires nationales embarrassantes. L'exposé clair et circonstancié par la Cour des circonstances de l'affaire au sens large contribue à ce titre à assurer l'information complète de ses lecteurs.

(107) En l'espèce, c'est le distributeur qui est poursuivi dès lors que l'auteur et l'éditeur étaient connus mais non domiciliés en Belgique.

(108) Qui résulte, selon l'ordonnance, du fait que les propos repris dans le livre «dont, *prima facie*, la rigueur semble faire défaut, sont, s'ils ne peuvent être établis, de nature à compromettre gravement l'honneur et la réputation du demandeur» (ici, p. 113).

(109) Civ. Bruxelles, réf., 14 juin 1999, *A&M*, 2000, p. 111, ici p. 113.

(110) Anvers, 29 octobre 1999, *A&M*, 2000, p. 87.

négalif sur la procédure à venir devant la cour d'assise, au préjudice des demandeurs <sup>(111)</sup>.

À l'opposé, le tribunal de première instance de Namur a fait primer la liberté d'expression sur la nécessité de respecter le secret de l'instruction ainsi que la présomption d'innocence et les droits de la défense du demandeur, en rejetant l'action introduite par M. Dutroux lui-même visant à empêcher la publication sur le web et dans un magazine d'une «liste de présumés pédophiles» où son nom apparaissait: «en tant qu'il vise la violation du secret de l'instruction avec pour conséquence la violation de sa présomption d'innocence et de son droit de défense, le demandeur [...] allègue de manière purement théorique une atteinte à des droits fondamentaux qui entourent le procès pénal; qu'en effet, l'indépendance des magistrats et l'impartialité du tribunal pénal sont présumées et en l'état, le demandeur [...] ne fait que préjuger une atteinte à la présomption d'innocence et à ses droits de défense» <sup>(112)</sup>. La même décision rejette également la demande d'une autre partie, dont le nom figurait également sur la liste, au motif qu'il «n'établit aucunement en quoi la diffusion et la publication de la liste litigieuse porte atteinte aux intérêts qu'il allègue et plus particulièrement à sa réputation, sa carrière et ses affaires internationales» <sup>(113)</sup> <sup>(114)</sup>.

Au titre des mesures de restrictions prises avant toute diffusion, on relèvera l'interdiction très générale faite à la RTBF, de diffuser une séquence de

l'émission «Au nom de la loi» qui évoquait les difficultés que rencontrait un vieillard pour rendre visite à sa compagne, tout aussi âgée que lui, placée dans un home. L'ordonnance prononcée sur requête unilatérale du fils de cette dame a fait primer le risque d'atteinte à la vie privée du demandeur sur l'intérêt, pour les téléspectateurs, de prendre connaissance de la dramatique histoire de ces petits vieux <sup>(115)</sup>.

Sur requête unilatérale d'un fabricant de caravanes, ordre a également été fait à la RTBF de surseoir à la diffusion d'une émission de conseils aux consommateurs qui faisait écho au contentieux opposant le fabricant à certains clients mécontents de leur achat. La condamnation est assortie d'une interdiction, sous astreintes, de porter à la connaissance des téléspectateurs les raisons qui justifient cette surséance à diffusion, et ce «pour éviter tout malentendu quant à la présente décision» <sup>(116)</sup>. C'est la réputation commerciale de la requérante, à quelques jours de la «Foire des vacances et du tourisme» de Charleroi, qui a justifié en l'espèce la restriction préventive à la liberté d'information de la RTBF.

Le juge des référés <sup>(117)</sup> a encore interdit à la RTBF de diffuser un téléfilm mettant en scène les protagonistes d'un fait divers réel. Le juge du fond <sup>(118)</sup>, saisi de cette même affaire, a confirmé à l'égard de la RTBF et de son réalisateur, l'interdiction de toute diffusion, communication au public,

(111) Anvers, 8 février 1999, *A&M*, 1999, p. 241.

(112) Civ. Namur, 2<sup>e</sup> ch., 11 septembre 2001, inédit, *Ligue des droits de l'homme et crts c. J. Nicolas*, R.G., n<sup>o</sup> 1443/2000.

(113) En référé, sur requête unilatérale uniquement de la Ligue des droits de l'homme, la diffusion de la liste litigieuse avait été suspendue au motif que «l'interdiction de publication, jusqu'au moment où le tribunal pourra connaître dans le cadre d'une procédure contradictoire du fond du dossier [...] n'est pas susceptible de causer un préjudice à l'éditeur comparable avec les risques de voir violer les droits individuels, le respect de la vie privée et le secret de l'instruction» (Civ. Namur, prés., 9 août 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1182 et note F. JONGEN, p. 1187; *Journ. procès*, 2000, n<sup>o</sup> 398, p. 22 et note Ph. TOUSSAINT, p. 23).

(114) Rappelons que le président du tribunal de première instance de Bruxelles avait fait droit à la demande d'interdiction de diffusion d'une émission «Au nom de la loi» sur requête unilatérale de C. Javaux, à l'époque détenu à la prison de Forest, au motif que l'enquête menée contre celui-ci, présumé innocent, était toujours en cours (Civ. Bruxelles, prés., 25 octobre 1989, *Journ. procès*, 1989, n<sup>o</sup> 159, p. 30 et *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 174). Par contre, une demande introduite en référé, un an plus tard, par P. Haemers, également détenu, visant à obtenir l'interdiction de diffu-

sion d'un livre à paraître, portant sur les faits reprochés au demandeur et justifiée notamment par le risque de voir le jury d'assises se laisser influencer par cette publication, avait été rejetée au motif que le tribunal «ne voit pas pourquoi les jurés seraient influencés par la lecture du livre litigieux [...] plutôt que par les informations détaillées et précises qu'ils obtiendront lors du procès; que le rôle du tribunal n'est pas d'empêcher tout citoyen d'écrire des choses inexacts ou tendancieuses, mission qui constituerait en fait une censure [...]» (Civ. Bruxelles, réf., 12 octobre 1990, *Journ. procès*, 1990, n<sup>o</sup> 181, p. 27 et note de F. JONGEN et *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 175). Cette différence de traitement semble indiquer que la personnalité des parties en cause pèse d'un grand poids dans la balance des intérêts effectuée par le juge.

(115) Civ. Bruxelles, prés., 16 novembre 1994, inédit, *Van Bockstael*, R.R., n<sup>o</sup> 94/10974/b.

(116) Civ. Charleroi, prés., 1<sup>er</sup> mars 1994, inédit, *Hainaut Caravaning*, R.R., n<sup>o</sup> 65.908.

(117) Civ. Bruxelles, réf., 3 mai 1995, inédit, *Lambert et crts c. RTBF*, R.R., n<sup>o</sup> 95/740/c. Cette mesure a été confirmée par la cour d'appel dans son arrêt du 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47.

(118) Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *A&M*, 1998, p. 264.

reproduction et cession des droits, du téléfilm tant que le demandeur n'aura pas consenti à cette diffusion en raison du «risque certain pour [le demandeur et sa famille] d'atteinte irréparable à leur vie privée, familiale et professionnelle», dès lors que «la trame de l'émission litigieuse est [un] fait divers»<sup>(119)</sup>.

Par ordonnance du 6 octobre 2000, le président du tribunal de première instance de Bruxelles a interdit à un électeur de Woluwe-Saint-Pierre de poursuivre la distribution dans les boîtes aux lettres de la commune d'un document photocopié dans lequel il critiquait sévèrement certaines décisions publiques imputables à un échevin dans l'exercice de ses responsabilités locales<sup>(120)</sup>. Le juge constate que, même si les faits rapportés ne sont pas manifestement erronés, le pamphlet est de nature à faire perdre à l'homme politique mis en cause et candidat à sa réélection un nombre important de voix, en pleine période de campagne électorale. Il lui interdit de poursuivre la distribution de ces tracts jusqu'au lendemain de l'élection au terme d'une mise en balance de sa liberté d'expression avec l'intérêt de l'échevin à obtenir sa réélection: «Dans la ba-

lance des intérêts, il y a lieu de considérer que le préjudice pour l'échevin, s'il était fait droit à la demande<sup>(121)</sup>, pourrait être important en terme de score électoral, tandis que le préjudice pour le demandeur, s'il n'est pas fait droit à sa demande, est de voir sa liberté d'expression restreinte (et non pas supprimée) pour un temps particulièrement limité (du 28 septembre au 9 octobre 2000)».

On retiendra encore l'interdiction faite, sur requête unilatérale à un député bruxellois de diffuser sur son site web et de distribuer lors d'une conférence de presse «l'ensemble des documents annoncés» mettant en cause le bourgmestre de Bruxelles ou «qui aurait pour objet d'établir un lien entre une affaire de pédophilie et le requérant»<sup>(122)</sup>. En l'espèce, le président du tribunal de première instance de Bruxelles invoque expressément l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000, à l'appui de sa décision. Il s'agit cependant clairement ici d'une mesure préventive, préalable à toute diffusion, et qui plus est prononcée à charge d'un élu du peuple<sup>(123)</sup><sup>(124)</sup>.

Enfin, par ordonnance du 24 octobre 2001, le juge des référés de Bruxelles<sup>(125)</sup> a fait interdiction

(119) L'homicide, par un fermier (le demandeur) de son voisin, pour un litige portant sur la location d'un champ.

(120) Civ. Bruxelles, réf., 6 octobre 2000, inédit, *X c. Draps*, R.R., n° 2000/1457/c. La décision confirme sur tierce opposition une ordonnance prise le 28 septembre 2000, sur requête unilatérale. Il est à noter qu'en l'espèce, seule la liberté d'expression était invoquée par l'auteur du pamphlet, alors qu'il aurait pu également réclamer le bénéfice de l'article 25 de la Constitution.

(121) En l'espèce, le juge se prononçait sur la tierce opposition visant au retrait de l'ordonnance emportant l'interdiction de distribution des tracts.

(122) Civ. Bruxelles, prés., 10 janvier 2001, inédit, *Thielemans*, R.R., n° 01/230/b. Par jugement du 9 octobre 2001 (Civ. Bruxelles, 14<sup>e</sup> ch., inédit, *Thielemans c. Mahieu*, R.G., n° 2001/774/A et 2001/775/A), le tribunal de première instance de Bruxelles a condamné le député bruxellois à 300.000 BEF de dommages-intérêts pour les propos diffusés lors de sa conférence de presse et dans certains courriers rendus publics et lui a en outre fait interdiction, pour l'avenir «de distribuer ou de montrer à des tiers tout document tiré d'un dossier répressif ou toute autre pièce qui aurait pour objet d'établir un lien entre une affaire de pédophilie et le demandeur», sous peine d'astreintes et sans aucune limitation dans le temps.

(123) Comp. avec l'affaire ayant donné lieu à la condamnation de l'Autriche par la Cour de Strasbourg dans le récent arrêt *Jérusalem c. Autriche*, 27 février 2001. La requérante, membre élu du conseil municipal de Vienne, qui fait également office de parlement régional, avait qualifié de «secte» une association poli-

tique proche d'un parti siégeant au conseil. L'association avait obtenu, dans le cadre d'une procédure civile, une injonction interdisant à la requérante de répéter ses accusations, lui ordonnant de les rétracter et prescrivant la publication à ses frais de la décision dans la presse. La Cour des droits de l'homme, qui estime qu'une telle restriction n'est pas admissible sur la base de l'article 10 de la Convention, rappelle une nouvelle fois que: «Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts» (§ 36, disponible uniquement en anglais mais reprenant ici une formule déjà utilisée par la Cour notamment dans l'affaire *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 42).

(124) On notera que par un arrêt du 12 juin 1997, la cour d'appel de Bruxelles (*J.L.M.B.*, 1998, p. 764), réformant l'interdiction ordonnée par le juge des référés à des responsables du parti Ecolo de diffuser une brochure qui contiendrait des passages injurieux à l'égard d'une a.s.b.l. chargée de la collecte et du recyclage des piles électriques usagées, estime «que la rectification de propos erronés ne doit pas nécessairement être réalisée par une ingérence du pouvoir étatique, judiciaire en l'espèce, dans la liberté d'expression; Qu'une telle rectification ne répond pas *in casu* à un besoin social impérieux».

(125) Civ. Bruxelles, réf., 24 octobre 2001, *Journ. procès*, 2001, n° 423, pp. 20 et s. et note de F. TULKENS, p. 24; *J.T.*, 2001, p. 780.

à la RTBF de diffuser une séquence de son émission «Au nom de la loi» consacrée aux plaintes formulées par certains patients à l'encontre d'un neurochirurgien qui les a opérés, au motif que «même si l'objectivité des investigations de la défenderesse ne peut *a priori* être mise en cause, il est évident que [le médecin] ne pouvant aborder tous les aspects de la défense en raison de son secret professionnel, les téléspectateurs ne seront pas en possession de tous les éléments pour se faire une opinion de la vérité, que les journalistes se doivent de présenter [...]. [dès lors] l'émission litigieuse causera nécessairement un préjudice au demandeur [...] [qui] risque d'être grave en terme de carrière et d'honneur et sera difficilement chiffrable et réparable» (126) (127).

16. Telle ou telle décision apparaîtra sans doute aux uns ou aux autres plus ou moins légitime ou convaincante en fonction de la sensibilité propre à chacun. Mises bout à bout et considérées dans leur ensemble, elles offrent le spectacle inquiétant d'une prolifération insidieuse de la censure dans ce pays, qui porte atteinte, au mépris des barrières constitutionnelles et de la Convention européenne de sauvegarde, à l'une des libertés les plus précieuses et les plus indispensables à la vie démocratique. Elles laissent en outre l'impression d'une jurisprudence sans cohérence et sans règle, qui réduit à rien la sécurité juridique dès lors qu'il suffit pour déclarer illicite une information et empêcher sa diffusion qu'elle apparaisse, dans les circonstances propres à l'espèce, heurter un intérêt plus considérable ou simplement plus puissant.

De telles dérives ne seront évitables qu'à la condition d'abandonner une fois pour toutes la méthode aléatoire, incertaine et arbitraire de la mise en balance au cas par cas des intérêts en présence,

(126) L'interdiction de diffusion est ordonnée jusqu'au prononcé d'une décision au fond, à charge pour le demandeur de saisir le juge du fond dans un délai d'un mois. Cette ordonnance a été confirmée en appel (Bruxelles, 21 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 425 et s. et 22 avril 2002, *Journ. procès*, 2002, n° 436, pp. 26 et s.).

(127) Dans l'arrêt *Bergens Tidende c. Norvège*, 2 mai 2000, concernant la condamnation à des dommages et intérêts d'un journal pour avoir relayé, dans plusieurs articles, les plaintes parfois virulentes de certaines patientes d'un chirurgien esthétique norvégien, la Cour européenne précise à l'inverse qu'elle «ne peut considérer que l'intérêt évident du docteur R. à protéger sa réputation professionnelle était suffisante pour primer l'important intérêt public à préserver la liberté de la presse de fournir des informations sur des questions présentant un intérêt légitime. [...] les motifs invoqués par l'État défendeur ne suffisent pas à démontrer que

au profit de l'élaboration de règles de droit qui déterminent les situations exceptionnelles où une publication peut être interdite ou restreinte en raison d'un impératif prépondérant d'intérêt public». Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une mesure préventive vise à empêcher la diffusion d'un appel au meurtre, au lynchage ou à la violence sur les personnes. De tels propos ont parfois été exclus par la jurisprudence américaine de la protection du premier amendement de la Constitution (128). De même, la Cour européenne des droits de l'homme a dénié à de tels discours toute protection sur la base de l'article 10 de la Convention (129). Dans notre pays, cette justification aurait pu être invoquée, en particulier dans l'affaire de la «liste des présumés pédophiles», une liste comparable, publiée à la même époque en Angleterre, ayant donné lieu à des menaces de meurtres et de violences.

Sans dresser ici la liste nécessairement limitée de telles situations, on notera qu'il s'agira dans tous les cas d'interdictions ponctuelles, précises quant au contenu illicite dont elles préviennent ou restreignent la publication et permettant à chacun de réguler son comportement sur la base d'une règle préétablie.

En dehors de ces hypothèses bien définies et exceptionnelles, la justice n'a pas le pouvoir d'interdire ou de restreindre la diffusion des publications, fût-ce pour sauvegarder les intérêts d'une personne mise en cause. L'intérêt fondamental d'une société à assurer et à maintenir une presse libre l'emporte ici en termes de principe sur les intérêts particuliers.

Refuser d'interdire une publication ne revient pas pour autant à cautionner celle-ci. Les propos illicites pourront le cas échéant être poursuivis et pénalement sanctionnés, notamment les délits de presse racistes, qui relèvent à présent de la compé-

l'ingérence litigieuse fût 'nécessaire dans une société démocratique'» (§ 60).

(128) Relevons toutefois la décision d'une juridiction d'appel de San Francisco (*Liberation*, 30 mars 2001) refusant d'interdire la publication sur le site web d'une association combattant l'I.V.G., d'une liste des médecins pratiquant l'avortement aux États-Unis, nonobstant l'assassinat de trois médecins repris sur cette liste depuis sa diffusion.

(129) La Cour a admis à plusieurs reprises, en termes de principe, la légitimité d'une intervention publique dans un contexte de conflit ou de tension, à la condition toutefois que les propos sanctionnés eux-mêmes exhortent directement à la violence. Voy. récemment: *Arslan c. Turquie*, 8 juillet 1999, §§ 40 et s., et *Okçuglu c. Turquie*, même date, §§ 39-49. Dans ces affaires, la Cour après avoir rappelé ce critère, conclut toutefois à la violation de l'article 10 de la Convention.

tence du tribunal correctionnel<sup>(130)</sup>. On notera à cet égard avec intérêt que la Cour d'arbitrage, saisie d'un recours en annulation de la loi du 23 mars 1995 visant à réprimer pénalement le négationnisme, relève, pour conclure au caractère nécessaire de cette loi dans une société démocratique au regard de l'article 10 de la Convention, qu'elle «est répressive et ne contient aucune mesure préventive en vue d'empêcher la diffusion des opinions dont il s'agit»<sup>(131)</sup>, insistant expressément sur le caractère répressif des restrictions prévues<sup>(132)</sup>.

En outre, si les personnes mises en cause n'ont pas les moyens de s'opposer à la publication, elles peuvent cependant poursuivre devant les cours et tribunaux la réparation du préjudice que celle-ci leur a occasionné s'il est la conséquence d'un acte illicite ou simplement fautif<sup>(133)</sup>. Elles sont également en droit de répondre aux allégations et même d'imposer à l'organe de presse de publier leur réponse<sup>(134)</sup>. Contrairement à la censure et à toutes les mesures de restriction préventives, ces remèdes *a posteriori*, s'ils ne permettent pas bien sûr de prévenir le dommage, laissent à tout le moins le débat public suivre son libre cours et même l'enrichissent de nouvelles contributions.

### III. Conclusion

17. La liberté de la presse n'est pas un droit subjectif ou un privilège accordé aux journalistes et aux éditeurs, mais une règle fondamentale, relevant de l'ordre public national et européen, qui interdit ou limite le pouvoir d'intervention des autorités publiques en matière de presse et de médias en général. Cette limitation s'applique à tous les pouvoirs publics, en ce compris les cours et tribunaux qui exercent le pouvoir judiciaire.

La liberté de la presse jouit d'une protection juridique particulièrement intense et étendue car elle est absolument indispensable au bon fonctionne-

ment de la démocratie. Dans les démocraties modernes, les médias contribuent de manière centrale au développement du débat public sur toutes les questions présentant un intérêt pour la communauté et permettent par ailleurs à l'opinion publique de remplir sa fonction irremplaçable de contrôle et de critique permanent des pouvoirs.

En conséquence, la Cour des droits de l'homme exerce à juste titre un contrôle strict et sévère sur les interventions publiques de toute nature qui portent atteinte, même indirectement ou de manière symbolique, à la liberté de la presse et des médias. Elle vérifie en particulier, dans chaque cas, si la mesure répond bien à un besoin social impérieux sans laisser à cet égard de marge d'appréciation aux États.

Si la protection des droits et de la réputation d'autrui peut motiver une restriction de la liberté d'expression en général, en matière de presse toutefois, la Cour juge que l'intérêt public fondamental d'une société démocratique à assurer et à maintenir une presse libre l'emporte en termes de principe sur l'intérêt tant des personnes publiques que des particuliers. Une ingérence ne peut être tolérée qu'à la condition pour l'État de justifier de manière convaincante d'un intérêt public qui outrepassa l'intérêt démocratique fondamental à conserver une presse libre.

Quant aux mesures préventives, qui restreignent *a priori* la liberté d'expression et de presse, elles suscitent les plus sérieuses réserves et appellent le contrôle le plus sévère de la Cour européenne. En Belgique, de telles mesures sont interdites par l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution en ce qui concerne la presse. Cette interdiction vise toutes les mesures et tous les médias, en ce compris les injonctions judiciaires, qui ont pour objet ou pour effet d'interdire ou de restreindre la diffusion des informations et des opinions par voie de presse ou de subordonner celle-ci au contrôle ou à la modification de leur forme ou de leur contenu.

(130) À la suite de la récente modification de l'article 150 de la Constitution; sur cette modification, voy. notam. A. SCHAUS, «Les délits de presse à caractère raciste», in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruylant, 2000, pp. 331 et s. L'auteur souligne que tant les propos visés par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie que ceux tombant sous le champ d'application de la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale, seront, s'ils sont exprimés par la voie de la presse, soumis à la nouvelle procédure.

(131) C.A., arrêt n° 45/96, 12 juillet 1996, § B.7.14.

(132) *Idem*, § B.7.15.

(133) Toujours sous le contrôle relativement sévère de la Cour de Strasbourg.

(134) Loi du 24 juin 1961 relative au droit de réponse. La subsistance de deux régimes distincts, selon qu'il s'agisse de la presse écrite ou audiovisuelle, devrait être supprimée. De même, la procédure, trop complexe et restrictive, devrait être assouplie et étendue, afin de faire du droit de réponse une solution réellement satisfaisante qui stimule le débat public.

De telles mesures ne peuvent être admises que dans certains cas exceptionnels où le droit interdit et met hors la loi la diffusion de certaines opinions et autres représentations. Ces règles, établies par la loi en nombre limité, doivent définir et circonscrire précisément l'objet et la portée de l'interdiction, en sorte de permettre aux citoyens de régler leur conduite et leur discours en conséquence.

Le fait qu'une publication soit fautive ou qu'elle porte atteinte aux droits, à la réputation ou aux intérêts légitimes d'autrui ouvre éventuellement aux personnes mises en cause la possibilité d'obtenir un droit de réponse ou des dommages et intérêts. Mais il ne permet pas en droit d'interdire ou de restreindre *a priori* la diffusion de la publication litigieuse. Une telle ingérence dans la diffusion des médias, au terme d'une mise en balance opérée au cas par cas entre l'intérêt à communiquer une information au public et l'intérêt de la personne mise en cause à ce que l'information ne soit pas publiée est incompatible avec notre droit. Elle est plus généralement inconciliable avec le bon fonctionnement d'une démocratie adulte, en faisant du juge

l'arbitre des débats publics, sur la base de jugements de valeurs incertains et aléatoires, sans règles précises et sans limite quant à leurs effets. Elle menace enfin la sécurité juridique en ouvrant la voie à des contestations illimitées et interminables, sans fournir de critères pour les anticiper ou pour les résoudre.

L'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 29 juin 2000 est critiquable en tant qu'il entérine en des termes trop larges le pouvoir du juge d'intervenir dans la diffusion des médias. Le respect de la Constitution et de l'article 10 de la Convention, dans l'interprétation autorisée que lui donne la Cour de Strasbourg, requiert un contrôle plus étroit de la motivation de telles interventions. À l'avenir, la Cour de cassation devrait rappeler l'interdiction de principe de telles ingérences. Elle devrait à tout le moins exiger du juge qu'il indique en quoi le contenu de la publication est interdit par le droit et qu'il justifie d'un intérêt public supérieur nécessitant de porter atteinte à l'intérêt d'une société démocratique à assurer et maintenir une presse libre.