

L'interdiction préventive en référé d'une émission de télévision n'est pas « prévue par la loi » belge. Et par la loi française ?

MOTS CLÉS: Référé préventif, liberté d'expression, prévisibilité

Cour EDH (2^e sect.)

29 mars 2011

RTBF c/ Belgique

284-02

L'interdiction préventive en référé d'une émission de la RTBF n'était pas « prévue par la loi », juge la Cour EDH : violation de l'article 10 de la Conv. EDH.

[...]

II - Sur la violation alléguée de l'article 10 de la Convention

B. Sur le fond

1. Sur l'existence d'une ingérence

94. La Cour relève que les juridictions belges ont interdit, en référé, à la requérante de diffuser une séquence d'une émission de télévision traitant des questions judiciaires d'actualité. Cette interdiction devait porter ses effets jusqu'au prononcé d'une décision au fond. Il est donc manifeste – cela n'est d'ailleurs pas contesté par les parties – qu'elle a subi une « ingérence d'autorités publiques » dans l'exercice du droit garanti par l'article 10 de la Convention.

95. Pareille immixtion enfreint la Convention, si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 10. Il y a donc lieu de déterminer si elle était « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes au regard dudit paragraphe et « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre.

2. Sur la justification de l'ingérence

a) « Prévues par la loi »

I. Arguments des parties

96. Selon le gouvernement, il est légitime de différencier la presse écrite de la presse audiovisuelle. Celle-ci, et particulièrement dans le cas de la requérante, ne pourrait disposer d'une liberté d'expression absolue, qui ne pourrait tolérer que des mesures de sanction *a posteriori*. Il ne peut en aucun cas être admis que la protection du droit à l'honneur et au respect de la vie privée ne se voie octroyer en Belgique qu'une possibilité de réparation *post factum*, le juge des référés étant alors privé de son pouvoir de prévenir la survenance d'un dommage grave et difficilement réparable malgré l'imminence de celui-ci.

97. La *summa divisio* que la Constitution tend à mettre en place en Belgique entre la presse écrite et la presse audiovisuelle relève d'une interprétation dont l'appréciation est laissée aux autorités compétentes. Si la presse audiovisuelle ne voit pas sa liberté protégée par l'article 25 de la Constitution, elle n'en demeure pas moins protégée par son article 19, au titre

de sa liberté d'expression et d'opinion, et ce conformément à l'article 10 de la Convention. Au-delà du régime pénal, la presse audiovisuelle se distingue de la presse écrite de par sa nature et ses effets. La simple existence d'un régime d'autorisation lié à la nature de la presse audiovisuelle empêche en soi de considérer cette dernière comme visée par l'article 25 de la Constitution qui n'autorise aucune forme de censure, un régime d'autorisation en constituant, sans aucun doute, une. Quant aux effets, l'arrêt *Jersild c. Danemark* (23 septembre 1994, série A n° 298) a eu l'occasion de préciser les effets de masse potentiels que pouvait engendrer une émission de télévision grand public, portant aussi atteinte aux droits d'autrui.

98. Le gouvernement souligne que la présente affaire se distingue de l'arrêt *Leempoel et SA Éditions Ciné Revue c. Belgique* (n° 64772/01, 9 novembre 2006) en ce qu'elle vise un cas de presse audiovisuelle régie par l'article 19 de la Constitution, et non un cas de presse écrite régie par l'article 25. Ce régime répressif extrêmement ferme n'est pas applicable à la presse audiovisuelle dont la liberté d'expression se voit régie, de manière exclusive, par l'article 19 de la Constitution. Ce dernier ne prohibe pas la censure, de manière aussi absolue, que ne le fait l'article 25 de la Constitution. Dès lors, l'article 19 permet l'existence d'un régime préventif en matière de liberté d'expression sous certaines réserves essentielles. Afin de jauger du degré d'acceptabilité d'une mesure préventive dans un État démocratique, il convient de bien différencier l'intervention arbitraire de l'exécutif de l'hypothèse où un juge est appelé à intervenir à la demande d'une partie dans le cadre d'un litige entre deux particuliers, avec une limitation quant à la durée des mesures préalables.

99. Le gouvernement soutient, en outre, que l'ingérence litigieuse était « prévue par la loi ». Les articles sur lesquels les juridictions internes se sont fondées étaient non seulement accessibles et la position de la Cour de cassation bien prévisible. La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de mesures préventives et restrictives de l'exercice de la liberté d'expression existait de manière ferme depuis l'arrêt du 9 décembre 1981 (paragraphe 39 ci-dessus) et a été appliquée par la suite à de nombreuses reprises. De plus, le législateur belge n'a pas manqué d'édicter plusieurs mesures d'interdiction générale d'expression, notamment par les articles 383 et 378 *bis* du Code pénal. De la combinaison des dispositions de l'article 144 de la Constitution et des articles 18 alinéa 2, 19 alinéa 2, 584 et 1039 du Code judiciaire, il ressort que des mesures préventives à l'exercice de la liberté d'expression peuvent être prises par le juge des référés en tant que mesures provisoires dictées par l'urgence, pour prévenir la lésion d'un droit civil protégé par la Constitution et la Convention, au terme d'un examen par le juge des référés de l'équilibre des intérêts en présence se limitant aux cas flagrants de violation des droits d'autrui. Enfin, la Cour de cassation ne retient en tant que « loi » prévoyant l'ingérence litigieuse que les dispositions du Code judiciaire et l'article 144 de la Constitution et non l'article 8 de la Convention qui ne pourrait qu'être le but légitime susceptible d'être poursuivi par une ingérence dans la liberté d'expression, mais pas la loi la fondant.

100. La requérante soutient que ni les articles 22 et 144 de la Constitution et 8 de la Convention, ni les articles 584 et 1035 du Code judiciaire (ou 18 et 19 du même code en cas de

procédure de fond) et 1382 du Code civil, ne constituent une loi au sens de la Convention autorisant le juge à prendre une mesure de restriction préventive.

101. La requérante affirme que les arguments du gouvernement quant au régime d'autorisation préalable, auquel la presse audiovisuelle peut être soumise, sont sans pertinence en l'espèce, dès lors que la requérante souscrit à l'interprétation donnée aux dispositions constitutionnelles par l'avocat général dans ses conclusions à la Cour de cassation (paragraphe 30-31 ci-dessus). Sont constitutionnellement interdites toutes les mesures de restriction préalable de la liberté d'expression qui reposent sur une analyse du contenu de l'opinion, car c'est précisément parce que son contenu pourrait porter atteinte aux intérêts du docteur D.B. que la diffusion de l'émission a été interdite à titre préventif. La requérante déclare insister sur le fait que, dans la jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'article 25 de la Constitution est considéré comme n'étant, pour la liberté de la presse, que le « corollaire » de l'article 19 de celle-ci, qui vise la liberté d'expression en général. À ce titre, l'article 25 ne peut pas contenir une prohibition plus absolue de la censure que celle contenue à l'article 19.

102. Dans le cadre du débat sur l'existence d'une loi en Belgique autorisant une restriction préventive, la requérante affirme qu'il ne peut pas en exister car elle serait contraire à l'article 19 de la Constitution. Elle en veut pour preuve un arrêt de la Cour d'arbitrage, du 6 octobre 2004 où, saisie d'un recours contre la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, la Cour indique que la mise en œuvre de l'action en cessation par un juge devra « tenir compte de l'interdiction de mesures préventives en général et de l'interdiction de la censure en particulier, prévues par les articles 19 et 25 de la Constitution, ce qui implique que l'interdiction judiciaire n'est possible que lorsqu'une diffusion a déjà eu lieu ».

ii. Appréciation de la Cour

103. La Cour rappelle que l'on ne peut considérer comme une « loi » au sens de l'article 10 § 2 de la Convention qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (*London, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], n° 21279/02 et 36448/02, 22 octobre 2007, § 41).

104. La Cour rappelle également que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire

preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier; aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte (voir, par exemple, les arrêts *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, § 35, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, et *Chauvy et autres c. France* du 29 juin 2004, n° 64915/01, §§ 43-45, CEDH 2004-VI).

105. La Cour a maintes fois souligné que l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt. Ce risque existe également s'agissant de publications autres que les périodiques, qui portent sur un sujet d'actualité. Certes, l'article 10 de la Convention n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la publication. En témoignent les termes « conditions », « restrictions », « empêcher » et « prévention » qui y figurent, mais aussi les arrêts *Sunday Times (n° 1)*, précité, et *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne* (20 novembre 1989, série A n° 165). De telles restrictions présentent cependant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus attentif. Dès lors, ces restrictions préalables doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels (*Association Ekin c. France*, n° 39288/98, § 58, 17 juillet 2001).

106. La Cour relève qu'en l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que les articles 18, alinéa 2, 19, alinéa 2, 584 et 1039 du Code judiciaire, combinés avec les articles 8 de la Convention et 22 de la Constitution, permettaient aux juges de prendre préventivement des mesures de restriction à la liberté de diffuser une émission. Quant à la Cour de cassation, après avoir précisé que les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention consacraient le droit au respect de la vie privée et familiale, qui comprend le droit à la réputation et à l'honneur, elle a estimé que les articles précités du Code judiciaire autorisaient les restrictions prévues à l'article 10 § 2 de la Convention et qu'ils étaient suffisamment précis pour permettre à toute personne, s'entourant au besoin de conseils éclairés, de prévoir les conséquences juridiques de ses actes.

107. En ce qui concerne l'accessibilité ou la prévisibilité des dispositions en vertu desquelles le juge des référés interdit en général et a interdit en l'espèce la diffusion de l'émission litigieuse, la Cour note qu'en droit belge, la liberté d'expression s'articule, en premier lieu, autour des articles 19 et 25 de la Constitution, qui assurent la liberté d'opinion et la liberté de la presse, en deuxième lieu, autour des articles 1382 et 1383 du Code civil qui sanctionnent les abus de cette liberté et, en troisième lieu, autour des articles 18, 19, 584 et 1039 du Code judiciaire qui définissent les modalités d'action en vue du respect des droits devant les autorités judiciaires.

108. Néanmoins, la Cour note que l'article 19 de la Constitution, qui consacre entre autres la liberté d'expression, n'autorise que la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés, ce qui implique une sanction *a posteriori* des fautes et abus commis à l'occasion de l'exercice de cette liberté. Les articles 18, 19, 584 et 1039 du Code judiciaire, ainsi que l'article 1382 du Code civil, pris isolément et même combinés avec l'article 144 de la Constitution, sont des textes généraux qui concernent la compétence des tribunaux et qui ne donnent pas de précisions quant au type de restrictions autorisées,

leur but, leur durée, leur étendue et le contrôle dont elles pourraient faire l'objet. Il s'ensuit que ces articles ne s'inscrivent pas dans un cadre légal suffisamment précis quant à la délimitation de l'interdiction au sens de l'arrêt *Association Ekin c. France* précité.

109. La Cour considère qu'il convient de distinguer la présente affaire tant de l'arrêt *Leempoel* précité que de l'arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique* (24 février 1997, *Recueil* 1997-I). Dans la première, la Cour avait conclu que l'application combinée de l'article 1382 du Code civil et des articles 18, alinéa 2, et 584 du Code judiciaire devait être considérée comme visant à limiter l'ampleur d'un dommage déjà causé par la publication d'un article, ce qui rendait la mesure litigieuse accessible et prévisible; dans la seconde, elle avait estimé que l'article 1382 du Code civil pouvait constituer une loi au sens de l'article 10 § 2. Or, dans ces deux affaires étaient en cause des mesures de restriction à la liberté de la presse écrite prises *a posteriori*.

110. La Cour relève que, dans l'arrêt du 29 juin 2000 rendu dans l'affaire *Leempoel* précité (paragraphe 41 ci-dessus), la Cour de cassation a admis la compétence des juges des référés de limiter ou de réguler la diffusion d'émissions audiovisuelles ou même d'un texte, en se fondant sur les articles 144 de la Constitution, 584 et 1039 du Code judiciaire et 1382 du Code civil. Toutefois, dans un arrêt du 28 août 2000 (paragraphe 59 ci-dessus), le Conseil d'État a souligné que les articles 19 et 25 de la Constitution interdisaient qu'un contrôle préalable soit effectué sur l'usage de la liberté d'expression et sur la liberté de la presse ou, en d'autres termes, qu'un intéressé ne soit autorisé à diffuser des écrits ou manifester des opinions, qu'après qu'une autorité compétente ou un autre tiers se prononce sur leur caractère licite. Enfin, la Cour d'arbitrage (paragraphe 60 ci-dessus) a considéré, par son arrêt du 6 octobre 2004, que l'interdiction des mesures préventives en général et de la censure en particulier implique que l'intervention judiciaire visant à interdire la diffusion d'un ouvrage ne soit possible qu'après cette diffusion.

111. La Cour note plus particulièrement que si l'article 584 du Code judiciaire, seul ou combiné avec l'article 1382 du Code civil, permet l'intervention du juge des référés, il y a divergence dans la jurisprudence quant à la possibilité d'une intervention préventive de celui-ci, d'autant plus que les articles 1382 et 1383 organisent un mécanisme de sanction *a posteriori*.

112. La Cour rappelle que la fonction de décision confiée aux juridictions sert à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation de normes dont le libellé ne présente pas une précision absolue (*Cantoni c. France*, arrêt du 15 novembre 1996, § 32, *Recueil* 1996-V).

113. Assurément, une jurisprudence des juges du fond et notamment des juges des référés en matière de contrôle judiciaire de la presse en Belgique existe mais elle laisse apparaître des divergences. Si l'ordonnance rendue en l'espèce précisait qu'il avait été jugé maintes fois que le juge des référés pouvait intervenir préventivement, l'examen d'autres ordonnances en référé permet de se rendre compte qu'il n'existe pas en droit belge une jurisprudence nette et constante qui aurait permis à la requérante de prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences pouvant résulter de la diffusion de l'émission litigieuse. Ces différentes ordonnances se caractérisent par leur contradiction, même lorsqu'elles sont prises par des juges

différents au sein de la même juridiction (paragraphe 39-58 ci-dessus).

114. Or, un contrôle judiciaire de la diffusion des informations par quelque support de presse que ce soit, opéré par le juge des référés, sur la base de la mise en balance des intérêts en conflit et dans le but d'aménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques pour l'application d'une restriction préventive à la liberté d'expression. À défaut d'un tel cadre, cette liberté risque de se trouver menacée par la multiplication des contestations et la divergence des solutions qui seront données par les juges des référés. En effet, d'une part, les programmes télévisés sont souvent annoncés d'avance et publiés dans la presse, ce qui permet aux personnes qui craignent d'être mises en cause de saisir éventuellement le juge avant la diffusion prévue; d'autre part, le pouvoir discrétionnaire des juges des référés et la multiplication des solutions risque de conduire à une casuistique en matière des mesures préventives dans le domaine de l'audiovisuel, impropre à préserver l'essence même de la liberté de communiquer des informations.

115. Certes, l'article 10 de la Convention, en n'empêchant pas les États de soumettre les médias audiovisuels à un régime d'autorisation, admet le principe d'un traitement différencié pour ces médias et les médias écrits. Toutefois, la distinction faite par la Cour de cassation belge selon le support de l'information, à savoir entre la presse écrite et la presse audiovisuelle, et qui entraîne une application des articles différents de la Constitution, ne paraît pas déterminante en l'espèce. Elle n'assure pas la protection d'un cadre légal strict aux restrictions préalables que la Convention entend accorder à la diffusion des informations, idées et opinions, d'autant plus que la jurisprudence ne tranche pas la question du sens à donner à la notion de « *censure* », prohibée par l'article 25 de la Constitution. En l'occurrence, la Cour note qu'à la divergence de la jurisprudence des juges des référés en la matière en Belgique, s'ajoute la divergence de la jurisprudence des juridictions suprêmes (paragraphe 110 ci-dessus). La Cour rappelle encore que si des restrictions préalables devaient intervenir dans le domaine de la presse, elles ne pourraient que s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels (*Association Ekin c. France*, précité, § 58).

116. En conclusion, la Cour considère que le cadre législatif combiné avec le cadre jurisprudentiel existant en Belgique, tel qu'il a été appliqué à la requérante, ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la Convention et ne lui a pas permis de jouir d'un degré suffisant de protection requise par la prééminence du droit dans une société démocratique. Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention.

117. Eu égard à la conclusion qui précède, la Cour n'estime pas nécessaire de contrôler en l'occurrence le respect des autres exigences du paragraphe 2 de l'article 10.

[...]

Prés. : Danutė Jočienė, présidente – Juges : Françoise Tulkens, Ireneu Cabral Barreto, Dragoljub Popović, Giorgio Malinverni, İşıl Karakaş, Guido Raimondi – Av. : M^e J. Englebort

COMMENTAIRE



Caroline Mas

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Péchenard & Associés

La RTBF, entreprise de radio et de télévision belge francophone, projetait de diffuser, dans le cadre de l'une de ses émissions mensuelles, une séquence consacrée aux risques médicaux dans laquelle étaient évoquées, à titre d'exemple, les plaintes des patients d'un certain docteur D.B, déjà évoquées par la presse écrite. Quelques jours avant la date programmée pour la diffusion de l'émission, le docteur D.B saisissait le tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en référé, aux fins de voir interdire la diffusion de l'émission et subsidiairement la production et le visionnage de la cassette.

Par ordonnance du 24 octobre 2001 (jour initialement prévu pour la diffusion), le président du tribunal de première instance interdisait la diffusion de l'émission litigieuse sous astreinte de deux millions de francs belges par infraction constatée jusqu'au prononcé d'une décision au fond. Le docteur D.B introduisit une procédure au fond qui fut renvoyée pour permettre sa mise en état. Entre-temps, sur appel de la RTBF à l'encontre de la décision de référé, la cour d'appel de Bruxelles, par arrêt interlocutoire du 21 décembre 2001, estimait que la loi belge (1) permettait au juge des référés d'ordonner des restrictions préventives à la liberté d'expression dans les « *cas flagrants de violation des droits d'autrui* » et retenait qu'en l'espèce le communiqué de présentation de l'émission donnait à penser que celle-ci serait de nature à porter atteinte à l'honneur, à la réputation et à la vie privée du docteur D.B. Elle prononçait de plus la réouverture des débats et ordonnait à la RTBF la production de l'enregistrement de l'émission litigieuse. Après visionnage de l'émission, elle jugeait que la diffusion projetée serait de nature à causer un dommage grave au docteur D.B de sorte que la mesure d'interdiction préventive répondait à un besoin social impérieux, était proportionnée au but légitime poursuivi et reposait sur des motifs pertinents et suffisants.

La Cour de cassation belge rejeta le pourvoi formé par la RTBF, retenant pour l'essentiel que « *le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil* » et que « *le juge statuant en référé, comme en l'espèce, trouve dans les articles 584 et 1039 du Code judiciaire la compétence de prendre au provisoire à l'égard de l'auteur d'une telle lésion les mesures nécessaires à la conservation des droits subjectifs si des apparences de droit le justifient* ».

C'est cette affaire qui a donné lieu, le 29 mars 2011, à un intéressant arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (2) (CEDH). Dans cet arrêt, la CEDH retient tout d'abord une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le formalisme procédural excessif exigé par la Cour de cassation belge lors de l'examen du second moyen de cassation de la RTBF portant atteinte au droit d'accès à un tribunal (§74). Puis, après avoir admis la recevabilité de sa saisine en retenant que la RTBF avait bien épuisé toutes les voies de recours internes même si une procédure au fond était toujours pendante (3), elle retient, et c'est l'objet du présent commentaire, une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif que l'interdiction préventive en référé de l'émission de la RTBF n'était pas prévue par la loi.

Ainsi, le référé préventif belge est recalé à l'examen de la prévisibilité (I), solution qui conduit à s'interroger sur le sort du référé préventif en droit français (II).

I. LE RÉFÉRÉ PRÉVENTIF BELGE RECALÉ À L'EXAMEN DE LA PRÉVISIBILITÉ

1- L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme pose le principe de la liberté d'expression, cette liberté ne pouvant être soumise à des « *formalités, conditions, restrictions ou sanctions* » que si ces dernières sont « *prévues par la loi* » (principe de prévisibilité), répondent à un but légitime (principe de légitimité) et « *constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique* » (principe de proportionnalité).

La CEDH procède à l'examen de ces principes de manière successive. Elle va tout d'abord examiner l'ingérence invoquée par le requérant au regard du principe de prévisibilité, puis le cas échéant, au regard des principes de légitimité et de proportionnalité.

Notons que le plus souvent, la question de la prévisibilité n'est pas centrale dans les décisions de la CEDH qui l'évacuent en indiquant que les requérants ne sauraient soutenir qu'ils ne pouvaient prévoir « *à un degré raisonnable* » les conséquences judiciaires de leurs actes (4). Si la CEDH retient en effet fréquemment une violation de l'article 10 de la Convention pour non-respect du principe de proportionnalité, une telle solution est beaucoup plus rare s'agissant du non-respect du principe de prévisibilité, les standards d'exigence de la Cour européenne étant assez faibles en la matière (5).

C'est donc parce qu'en l'espèce la CEDH retient une violation de l'article 10 de la Convention pour défaut de prévisibilité de la loi belge que l'arrêt de la Cour EDH présente un réel intérêt.

1. Articles 584 et 1089 du Code judiciaire belge.

2. CEDH 29 mars 2011 Req n° 50084/06 *RTBF c. Belgique*.

3. Voir sur ce point: Ch. Bigot: « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression juillet 2010 – juillet 2011 »: *Légipresse* n° 286, Synthèse, p. 511.

4. Voir par exemple: CEDH 29 mars 2001 *Thoma c. Luxembourg* Req. n° 38432/97; CEDH 14 février 2008 *July et SARL Libération c. France* Req. n° 20893/03; CEDH 22 octobre 2007 *Lindon c. France* Req. n° 21279/02 et 36448/02.

5. Ch. Bigot « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression juillet 2007 – juillet 2008 »: *Légipresse* n° 254, II, p. 134; « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression juillet 2008-juillet 2009 »: *Légipresse* n° 264, II, p. 114; « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression juillet 2009-juillet 2010 »: *Légipresse* n° 275, Synthèse, p. 163; « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression juillet 2010 – juillet 2011 »: *Légipresse* n° 286, Synthèse, p. 511.

2- Après avoir rappelé la définition de la « loi » qui est, au sens de l'article 10 alinéa 2 de la Convention, « une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés » et qui lui permette d'être « à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (§103), la Cour procède à une analyse en deux temps de la législation belge au regard de cette exigence.

Elle examine tout d'abord l'arsenal textuel qui a conduit à l'interdiction de l'émission. La CEDH relève, d'une part, que l'article 19 de la Constitution belge (6) n'autorise que les « sanctions a posteriori » des fautes et abus commis à l'occasion de l'exercice de la liberté d'expression, et, d'autre part, que les articles sur le fondement desquels l'interdiction préventive de diffusion de l'émission a été ordonnée – principalement l'article 584 du Code judiciaire et l'article 1382 du Code civil (7) belges – « sont des textes généraux qui concernent la compétence des tribunaux et qui ne donnent pas de précisions quant au type de restrictions autorisées, leur but, leur durée, leur étendue et le contrôle dont elles pourraient faire l'objet » (§108). Elle retient par conséquent que les textes qui ont fondé l'interdiction en l'espèce ne s'inscrivaient pas « dans un cadre légal suffisamment précis quant à la délimitation de l'interdiction ».

Puis, la CEDH examine de manière précise la jurisprudence belge relative aux interdictions préventives pour observer que le caractère général de ces textes s'accompagne d'une jurisprudence contradictoire sur la possibilité, pour le juge des référés, d'interdire ou non de manière préventive la diffusion d'une émission. Elle estime donc que ces divergences ne permettraient pas à « la requérante de prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences pouvant résulter de la diffusion de l'émission litigieuse » (§113).

3- La Cour aurait pu se limiter à ces constatations pour en conclure, comme elle l'a fait, que « le cadre législatif combiné avec le cadre jurisprudentiel existant en Belgique, tel qu'il a été appliqué à la requérante, ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la Convention et ne lui a pas permis de jouir d'un degré suffisant de protection requise par la prééminence du droit dans une société démocratique » (§116).

Toutefois la Cour – et c'est à notre sens le second intérêt de l'arrêt – prend le soin d'utiliser une formule à la fois très générale et très pratique qui semble aller au-delà du seul contrôle de la législation belge.

« C'est donc parce qu'en l'espèce la CEDH retient une violation de l'article 10 de la Convention pour défaut de prévisibilité de la loi belge que l'arrêt de la Cour EDH présente un réel intérêt. »

Elle retient en effet de manière très générale la nécessité de mettre en place « un cadre fixant des règles précises et spécifiques » en matière de référé préventif afin d'assurer l'effectivité du contrôle de proportionnalité qui doit être effectué par le juge, quel que soit le support de presse de diffusion des informations. Elle considère de ce fait qu'à défaut d'un tel cadre, la liberté d'expression « risque de se trouver menacée par la multiplication des contestations et la divergence des solutions qui seront données par les juges des référés » (§114).

Elle relève également, de manière très pragmatique, le caractère spécifique de l'audiovisuel où les programmes sont annoncés dans la presse plusieurs semaines en avance, pratique qui crée un contentieux fondé sur la simple crainte de personnes pensant être mises en cause. La portée de cet arrêt paraît donc relativement large.

4. Cet arrêt fait d'ailleurs l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande chambre de la CEDH.

Or, les demandes de renvoi devant la Grande chambre – qui peuvent être formulées par toute partie à l'affaire dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt dans des cas exceptionnels (8) – sont relativement rares au regard du nombre d'arrêts rendus par la CEDH (9), les parties laissant souvent devenir définitifs les arrêts de chambre. Cette demande sera examinée par un collège de cinq juges qui ne l'acceptera que « si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles, ou encore une question grave de caractère général » (10), ce qui est encore sensiblement plus rare (11).

II. UN SORT DIFFÉRENT EN DROIT FRANÇAIS ?

La généralité des termes de l'arrêt invite à s'interroger sur sa résonance en France et ce d'autant plus que le système normatif belge est, sous bien des aspects, proche du système français.

1- On relèvera en effet tout d'abord que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi », quand l'article 19 de la Constitution belge prévoit : « La liberté des cultes, celle de leur exercice public,

6. Article 19 de la Constitution belge: « La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés. »

7. Article 584 du Code judiciaire: « Le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire. (...) Le président est saisi par voie de référé ou, en cas d'absolue nécessité, par requête. Il peut notamment: (...) 3° ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des droits de ceux qui ne peuvent y pourvoir, y compris la vente des meubles délaissés ou abandonnés (...) »
Article 1382 du Code civil: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui

un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

8. Article 43-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

9. Pour l'année 2010, le collège de cinq juges a examiné les demandes de renvoi devant la Grande chambre concernant 264 affaires sur un total de 1499 arrêts rendus. Voir rapport annuel 2010 de la CEDH disponible sur www.echr.coe.int.

10. Article 43-2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

11. Pour l'année 2010, le collège de cinq juges a accueilli les demandes de renvoi dans onze affaires. Voir rapport annuel 2010 de la CEDH disponible sur www.echr.coe.int.

ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés. »

L'arrêt relève que l'article 19 de la Constitution belge, qui ne vise que la « répression », implique une sanction *a posteriori* (§108). Ce raisonnement doit à notre sens pouvoir être tenu à l'identique pour le terme « abus » visé dans le texte français puisque, pour avoir abusé de la liberté d'expression, il faut bien que cette liberté se soit exprimée. Dès lors, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au même titre que l'article 19 de la Constitution belge, ne prévoit pas de sanction *a priori* (12).

2- On relèvera également que la rédaction de l'article 809 du Code de procédure civile (13) est très proche de celle de l'article 584 du Code judiciaire belge. Or, il s'agit dans les deux cas de textes généraux concernant la compétence du juge des référés et qui ne prévoient d'aucune manière les mesures préventives qui peuvent être prononcées dans le cadre des atteintes à la liberté d'expression.

Par ailleurs, sous la réserve de l'article 9 alinéa 2 du Code civil français qui prévoit la possibilité pour le juge des référés d'empêcher une atteinte à l'intimité de la vie privée, les autres textes qui fondent habituellement les demandes d'interdiction préventives (essentiellement les articles 9-1 du Code civil, 29 de la loi du 29 juillet 1881 et 1382 du Code civil) ne définissent pas les mesures qui peuvent être prises pour restreindre *a priori* la liberté d'expression et ainsi prévenir l'atteinte qu'ils sanctionnent. En effet, si l'article 9-1 du Code civil sur la présomption d'innocence donne le pouvoir au juge des référés de prescrire « toutes mesures », il s'agit de mesures « aux fins de faire cesser l'atteinte », ce qui semble exclure une sanction préventive. De plus, ces mesures ne peuvent être ordonnées que « lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable ». Or la présentation publique nous semble impliquer une diffusion et donc exclure, là encore, une mesure préventive (14).

Quant à l'article 1382 du Code civil français, il a été reproduit à l'identique à l'article 1382 du Code civil belge, sur lequel s'est prononcé l'arrêt de la CEDH, et ne précise pas quelles restrictions pourraient être apportées préventivement à la liberté d'expres-

sion. Tel est également le cas de l'article 29 et des articles 30, 31 et 32 de la loi du 29 juillet 1881.

3- Reste la question de la divergence de jurisprudence. Il est vrai qu'en France, la jurisprudence admet majoritairement que le juge des référés dispose du pouvoir d'interdire préventivement la diffusion d'une émission (même si la plupart des décisions rejettent par ailleurs cette demande sur le fond après un contrôle de proportionnalité) (15). Cependant, il faut noter que, même si la CEDH se contente parfois de pratiques jurisprudentielles épisodiques pour rejeter le grief de défaut de prévisibilité (16), force est de constater que la jurisprudence, par nature évolutive, ne constitue pas un réel gage de prévisibilité. De plus, c'est compter sans l'imagination des demandeurs qui, sous couvert de l'article 809 du Code de procédure civile, formulent les demandes préventives les plus diverses (interdiction de l'émission, visionnage

préalable, coupe, communication préventive d'un scénario, invitation en plateau d'une future émission, obligation de recueillir l'assentiment du demandeur avant diffusion...) pour lesquelles il n'existe pas nécessairement de décisions judiciaires.

Enfin, les termes très larges de l'arrêt de la CEDH qui indiquent qu'à défaut d'un tel cadre « fixant des règles précises et spécifiques pour l'application d'une restriction préventive à la liberté d'expression (...) cette liberté risque de se trouver menacée par la multiplication des contestations et la divergence des solutions qui seront données par les juges des référés » (§114), pourraient permettre de considérer que, tout comme en Belgique, la question de la prévisibilité des mesures préventives restreignant la liberté d'expression se pose en France.

Cette question a d'autant plus d'acuité qu'il nous semble que l'exigence de prévisibilité doit être renforcée s'agissant de mesures préventives – notamment d'interdiction – qui sont par leur nature même « (les) plus radicalement contraire(s) à la liberté d'expression » (17).

Il faudra donc attendre les nouvelles décisions des juridictions françaises pour déterminer si le référé préventif visant à interdire ou encadrer la diffusion d'une émission, d'un article ou d'un ouvrage est bien « prévu par la loi » (18) française et si cet arrêt aura des échos au-delà de cette forme spécifique de référé (19).

C. M.

« Les termes très larges de l'arrêt de la CEDH pourraient permettre de considérer que, tout comme en Belgique, la question de la prévisibilité des mesures préventives restreignant la liberté d'expression se pose en France. »

12. Voir en ce sens C. Bigot : « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression juillet 2010 – juillet 2011 » : *Légipresse* n° 286, Synthèse, p. 511.

13. Article 809 du Code de procédure civile : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. »

14. Voir *contra* : TGI Paris ord. réf. 23 juin 2011 : *Légipresse* n° 285, actualité, p. 401

15. Voir par exemple : TGI Paris ord. réf. 15 juin 2011 *Légipresse* n° 285, actualité, p. 395 et p. 402 ; TGI Paris ord. réf. 18 janvier 2010 : *Légipresse* n° 270, I, p. 53 ; CA

Paris 14^e ch. A 17 décembre 2008 : *Légipresse* n° 258, I p. 20 ; TGI Paris ord. réf. 10 février 2006 – *Légipresse* n° 230, I, p. 53.

16. Voir par exemple : CEDH 24 novembre 2005 *Tourancheau et July c. France* Req. n° 53886/00.

17. TGI Paris ord. réf. 10 février 2006 – *Légipresse* n° 230, I, p. 53.

18. Pour une première décision dans laquelle était soulevée la question de la prévisibilité et qui estime que l'article 9-1 du Code civil remplit cette condition : TGI Paris ord. réf. 23 juin 2011 : *Légipresse* n° 285, actualité, p. 401.

19. C. Bigot : « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression juillet 2010 – juillet 2011 » : *Légipresse* n° 286, Synthèse, p. 511 qui pose la question de la prévisibilité de toutes les mesures de référé en matière de droit de la personnalité.