

**Cour européenne des droits de l'homme (séance plénière),
20 novembre 1989**

Prés. : M. Ryssdal

Juge allemand : M. Bernhardt

Plaid. : MM. Meyer-Ladewig et von Mühlen Dahl (pour le Gouvernement),
M. Frowein (pour la Commission) et M. Tomuschat (pour le requérant)

(Markt Intern Verlag GmbH et Beermann c. la R.F.A.)

ARTICLE 10 DE LA CONVENTION. – Informations à caractère commercial. – Applicabilité. – Interdiction de publication. – Marge d'appréciation. – Proportionnalité.

Les informations de caractère commercial ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10, 1^o de la Convention, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression.

L'interdiction de publier de telles informations est légitime lorsqu'elle est prévue par la loi, vise à protéger les droits d'autrui et est nécessaire dans une société démocratique. Les Etats contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent.

(Extraits)

(...)

En droit

24. D'après les requérants, l'interdiction dont les juridictions allemandes les ont frappés en vertu de l'article 1^{er} de la loi de 1909 et l'interprétation extensive donnée par elles à ce dernier ont enfreint l'article 10 de la Convention, aux termes duquel

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radio-diffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»



Le Gouvernement combat cette thèse, tandis que la Commission y souscrit.

A. Sur l'applicabilité de l'article 10

25. Le Gouvernement contestait à l'origine l'applicabilité de l'article 10. Devant la Cour, il plaide que si l'affaire était examinée sous l'angle de ce texte, elle se situerait, en raison du contenu de la publication du 20 novembre 1975 et de la nature des activités de *Markt Intern*, à l'extrême périphérie du domaine de l'article 10. De par son libellé et ses objectifs, le bulletin litigieux n'aurait pas eu pour but d'influencer ou mobiliser l'opinion publique, mais de promouvoir les intérêts économiques d'un groupe d'entreprises déterminé. Pareille activité ressortirait à la liberté d'entreprise et de concurrence, non garantie par la Convention.

Sans nier qu'ils défendent le commerce de détail spécialisé, les requérants affirment que *Markt Intern* n'intervient pas directement dans le jeu de l'offre et de la demande. La société dépendrait entièrement de ses abonnés et s'efforcerait, comme il se doit, de répondre à l'attente de ses lecteurs dont la grande presse négligerait les préoccupations. Limiter la liberté d'expression aux informations d'ordre politique ou culturel aboutirait à priver de toute protection une grande partie de la presse.

26. La Cour rappelle que l'auteur de l'article en cause rendait compte du mécontentement d'une consommatrice qui n'avait pu obtenir le remboursement promis d'un produit acheté auprès d'une maison de vente par correspondance, le Club; il demandait aux lecteurs des précisions sur les pratiques commerciales de cette dernière. L'article incriminé s'adressait sans contredit à un cercle limité de commerçants et ne concernait pas directement le public dans son ensemble; cependant, il renfermait des informations de caractère commercial. Or elles ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10, § 1, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression (voy. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Müller* et autres du 24 mai 1988, § 27).

B. Sur l'observation de l'article 10

27. Aux yeux de la Cour, les requérants ont manifestement subi une «ingérence d'autorités publiques» dans l'exercice du droit garanti par l'article 10 : elle résulte de l'injonction de la Cour fédérale de Justice de ne pas répéter les déclarations figurant dans le bulletin du 20 novembre 1975. 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 «prévues par la loi», inspirée par un ou des buts légitimes au regard dudit paragraphe et «nécessaire, dans une société démocratique», pour les atteindre.

1. «Prévues par la loi»

28. Selon le Gouvernement, la base légale de l'ingérence réside non seulement dans l'article 1^{er} de la loi de 1909 sur la concurrence déloyale mais aussi, pour deux des trois déclarations litigieuses, dans les articles 14 de la même loi (interdiction des déclarations dénigrantes) et 824 du code civil, tel que l'appliqua le tribunal régional de Hambourg.

La Cour relève avec la Commission que la Cour fédérale de Justice, tout en rétablissant pour l'essentiel le jugement rendu le 2 juillet 1976 en première instance, y

substitua sa propre motivation dans son arrêt du 16 janvier 1980 : elle se fonda uniquement sur l'article 1^{er} de la loi de 1909. Il n'y a pas lieu de rechercher si elle aurait pu s'appuyer de surcroît sur les autres dispositions invoquées par le Gouvernement.

29. Les requérants estiment que l'ingérence litigieuse n'était pas «prévue par la loi», parce que non prévisible. La législation allemande en la matière n'indiquerait pas la frontière entre liberté de la presse et concurrence déloyale. Tout d'abord, l'article 1^{er} se caractériserait par un incontestable manque de clarté : rédigé en termes vagues («*gute Sitten*»/«bonnes mœurs»), il conférerait aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation et ne permettrait pas à chacun de prévoir, à un degré raisonnable, s'il se rend coupable d'une infraction. En second lieu, son application ne se justifierait pas en l'espèce, vu l'absence de concurrence directe entre *Markt Intern* et le Club : les requérants n'auraient pas agi «à des fins de concurrence», comme l'exige ledit article, mais simplement accompli leur devoir de journaliste.

Le Gouvernement affirme au contraire qu'en raison de leur riche expérience judiciaire, ils connaissaient le texte et l'interprétation de la loi de 1909 bien avant la publication de l'article incriminé. Suivi sur ce point par la Commission, il ajoute que les dispositions pertinentes de l'article 1^{er} répondent aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité dégagées par la jurisprudence de la Cour.

30. La Cour a déjà reconnu que souvent le libellé des lois ne présente pas une précision absolue. Il en va ainsi dans les domaines, tel celui de la concurrence, dont les données ne cessent de changer en fonction de l'évolution du marché ainsi que des moyens de communication (arrêts *Barthold* du 25 mars 1985, § 47, et, *mutatis mutandis*, *Müller et autres* précité, § 29). L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent, par la force des choses, de la pratique (arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, § 49).

En l'occurrence, il existait une jurisprudence constante de la Cour fédérale de Justice (voy. entre autres : BGHZ 14, pp. 163 et 170-172, *Constanze II*; BGHZ 31, pp. 308 et 318-319, *Alte Herren*; BGH GRUR 1962, pp. 45 et 48, *Betonzusatzmittel*; BGH NJW 1966, pp. 647 et 649, *Reichstagsbrand*). Nette, abondante et amplement commentée, elle était de nature à permettre aux milieux commerciaux et à leurs conseils de régler leur conduite en la matière.

2. But légitime

31. Pour le Gouvernement et la Commission, l'ingérence incriminée visait à protéger les «droits d'autrui». A l'origine, le premier invoquait en outre la «défense de l'ordre» et la «protection de la morale», mais il ne reprend pas cette thèse devant la Cour.

Selon les termes mêmes de l'arrêt du 16 janvier 1980, l'article litigieux risquait de provoquer des soupçons injustifiés quant à la politique commerciale du Club et de nuire ainsi à l'activité économique de ce dernier. La Cour constate que l'ingérence tendait donc à protéger la réputation et les droits d'autrui, fins légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 10.

3. «Nécessaire dans une société démocratique»

32. Les requérants prétendent que l'injonction litigieuse ne saurait passer pour «nécessaire dans une société démocratique». La Commission souscrit à leur thèse.

Le Gouvernement, lui, la conteste. D'après lui, l'article du 20 novembre 1975 ne contribuait pas à un débat intéressant le grand public, mais relevait d'une stratégie de concurrence illégale destinée à évincer du marché des produits de beauté un rival gênant pour les détaillants spécialisés; son auteur visait, par des moyens agressifs et contraires aux usages, à promouvoir la compétitivité de ces derniers. La Cour fédérale de Justice et la Cour constitutionnelle fédérale auraient statué dans le sens d'une jurisprudence bien établie, non sans avoir pesé tous les intérêts en présence (*Güter- und Interessenabwägung*).

En outre, dans le domaine de la concurrence les Etats jouiraient d'une ample latitude, pour tenir compte de la situation spécifique du marché national et, ici, des conceptions nationales de la bonne foi en affaires. Des déclarations poursuivant «des fins de concurrence» n'entraîneraient pas dans le noyau fondamental de la liberté d'expression et bénéficieraient d'une moindre protection que d'autres «idées» ou «informations».

33. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les Etats contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante (voy. en dernier lieu l'arrêt *Barfod* du 22 février 1989, § 28). Pareille marge d'appréciation est indispensable en matière commerciale, en particulier dans un domaine aussi complexe et fluctuant que celui de la concurrence déloyale. Sinon, la Cour européenne des droits de l'homme devrait se livrer à un réexamen des faits et de l'ensemble des circonstances de chaque cause; or elle doit se borner à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient en principe et sont proportionnées (voy. entre autres, l'arrêt *Barthold* précité, § 55).

34. Pour déterminer si l'ingérence était proportionnée, il faut en l'espèce mettre en balance les exigences de la protection de la réputation et des droits d'autrui avec la publication des informations en cause. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour doit considérer la décision judiciaire incriminée à la lumière de l'ensemble du dossier (arrêt *Barfod* précité, § 28).

Markt Intern publia sur le Club plusieurs articles où il en critiquait les pratiques commerciales et ils ne restèrent pas sans effet, notamment celui du 20 novembre 1975. D'un autre côté, le Club tint sa promesse de rembourser les clients mécontents; en 1975, 11.870 d'entre eux rentrèrent ainsi dans leurs fonds.

Les juridictions nationales pesèrent effectivement les intérêts concurrents en jeu. Dans leurs décisions des 2 juillet 1976 et 31 mars 1977, le tribunal régional de Hambourg et la cour d'appel hanséatique mentionnèrent explicitement le droit à la liberté d'information et de la presse, tel que le garantit l'article 5 de la Loi fondamentale, et dans son arrêt du 9 février 1983 la Cour constitutionnelle fédérale aborda le litige sous l'angle de cette disposition. Dans son arrêt du 16 janvier 1980, la Cour fédérale de Justice s'appuya sur le caractère prématuré de la publication contestée et sur l'absence

de motifs suffisants de divulguer dans le bulletin d'information un incident isolé; ce faisant, elle prit en compte les droits et intérêts juridiques dignes de protection.

35. Dans une économie de marché, une entreprise qui cherche à s'implanter s'expose inévitablement à une surveillance étroite de ses pratiques par ses concurrents. Sa stratégie commerciale et la matière dont elle honore ses engagements peuvent susciter des critiques des consommateurs et de la presse spécialisée. Pour mener sa tâche à bien, cette dernière doit pouvoir révéler des faits de nature à intéresser ses lecteurs et contribuer ainsi à la transparence des activités commerciales.

Toutefois, même la publication d'articles véridiques et décrivant des événements réels peut être prohibée dans certains cas : l'obligation de respecter la vie privée d'autrui, ou le devoir d'observer la confidentialité de certaines informations commerciales en constituent des exemples. En outre, une affirmation exacte peut se doubler et se double souvent de remarques supplémentaires, de jugements de valeur, de suppositions voire d'insinuations. Il faut aussi reconnaître qu'un incident isolé peut appeler un examen plus approfondi avant d'être divulgué, sans quoi la mention exacte de pareil incident peut donner la fausse impression qu'il témoigne d'une pratique générale. Autant d'éléments pouvant légitimement aider à apprécier des déclarations formulées dans un contexte commercial; il appartient d'abord au juge national de préciser celles qui sont possibles et celles qui ne le sont pas.

36. Il s'agit ici d'un article rédigé dans un contexte commercial; *Markt intern* n'était pas lui-même un concurrent du Club, mais voulait – à bon droit – protéger les intérêts des droguistes et des détaillants de produits de beauté. L'article lui-même contenait sans conteste des déclarations exactes, mais il exprimait aussi des doutes quant au crédit à accorder au Club, et il invitait les lecteurs à signaler des «expériences analogues» alors que le Club avait promis d'enquêter promptement sur le cas rapporté.

Selon la Cour fédérale de Justice, il n'y avait pas de raison suffisante de relater l'incident au moment de la publication. Le Club avait accepté d'entreprendre des recherches immédiates pour tirer la situation au clair. Les requérants savaient d'ailleurs, pour avoir eux-mêmes qualifié de provisoire la réponse du Club, que leurs critiques contre lui ne pourraient se justifier avec certitude tant que l'affaire ne serait pas élucidée. D'après la Cour fédérale, ils auraient donc dû tenir compte que pareille divulgation prématurée de l'incident aurait forcément des répercussions nuisibles sur les activités du Club, car elle donnerait aux détaillants spécialisés un argument efficace pouvant être invoqué contre lui auprès de leur clientèle, et pouvant servir même si l'incident se révélait isolé et n'autorisait aucune conclusion sur les pratiques commerciales du demandeur.

37. Eu égard à ces constatations, ainsi qu'aux devoirs et responsabilités liés aux libertés garanties par l'article 10, on ne saurait dire que la décision finale de la Cour fédérale de Justice – confirmée du point de vue constitutionnel par la Cour constitutionnelle fédérale – ait dépassé la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales. Les opinions peuvent certes diverger sur le point de savoir si la réaction de la Cour fédérale fut la bonne ou si les déclarations litigieuses de *Markt intern* devaient être permises ou tolérées, mais la Cour européenne des droits de l'homme ne saurait substituer en l'espèce son propre jugement à celui des juridictions nationales qui, par des motifs raisonnables, ont estimé nécessaires les restrictions en cause.

38. En conclusion, aucune violation de l'article 10 ne se trouve établie.

Par ces motifs, la Cour

Dit par neuf voix contre neuf, avec la voix prépondérante du président (article 20, § 3 du règlement), qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

*

Opinion dissidente commune à MM. les juges Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo et Valticos

I

Dans le domaine des droits de l'homme, ce ne sont pas les principes, mais les exceptions qui «appellent une interprétation étroite» ⁽¹⁾.

Il doit tout particulièrement en être ainsi lorsqu'il s'agit de la liberté d'expression.

Celle-ci constitue «l'un des fondements essentiels» d'une société démocratique ⁽²⁾, «l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun» ⁽³⁾: «elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent» ⁽⁴⁾.

«Eu égard à la place éminente de la liberté d'expression dans une société démocratique» ⁽⁵⁾, toute ingérence la concernant doit correspondre à un «besoin social impérieux», être «proportionnée au but légitime poursuivi» et se trouver justifiée par des motifs non pas simplement «raisonnables», mais «pertinents et suffisants» ⁽⁶⁾.

Dans la présente affaire ces conditions, plusieurs fois énoncées dans les arrêts antérieurs de la Cour, n'étaient pas remplies.

En tout cas, compte tenu des critères reconnus jusqu'à présent par la Cour, la «nécessité» des mesures prises contre les requérants n'était pas «établie d'une manière convaincante» ⁽⁷⁾.

La liberté d'expression doit être assurée tout autant à l'égard des pratiques d'une entreprise commerciale que, comme dans l'affaire *Lingens*, à l'égard du comportement

(1) Voy. notamment les arrêts *Klass et autres*, 6 septembre 1978, § 42, et *Sunday Times*, 26 avril 1979, § 65.

(2) Arrêts *Handyside*, 7 décembre 1976, § 49, *Sunday Times*, précité, § 65, *Barthold*, 25 mars 1985, § 58, *Lingens*, 8 juillet 1986, § 41, et *Müller et autres*, 24 mai 1988, § 33.

(3) Arrêts précités *Handyside*, *Barthold*, *Lingens* et *Müller et autres*.

(4) Arrêts précités *Handyside*, *Sunday Times*, *Lingens* et *Müller et autres*.

(5) Arrêt *Barfod*, 22 février 1989, § 28. Voir aussi l'arrêt *Barthold*, précité.

(6) Arrêts précités *Handyside*, §§ 48-50, *Sunday Times*, §§ 59 et 62, *Barthold*, § 55, *Lingens*, §§ 39-40, et *Müller et autres*, § 32.

(7) Arrêts *Barthold* précité, § 58.

d'un chef de gouvernement. De même elle doit pouvoir être exercée aussi bien dans l'intérêt des acheteurs de produits de beauté que, comme dans l'affaire *Barthold*, dans celui des propriétaires d'animaux malades; en vérité, elle sert surtout l'intérêt général.

Au demeurant, ce n'est pas en défendant tel ou tel intérêt, économique ou autre, qu'on puisse perdre le bénéfice de la liberté d'expression.

Pour assurer la transparence des activités économiques⁽⁸⁾, il importe que les informations et idées concernant les produits et services proposés aux consommateurs puissent être répandues librement : exposés à des procédés de distribution très efficaces et à des publicités souvent peu objectives, les consommateurs, ainsi que les détaillants, méritent, eux aussi, d'être protégés.

En l'espèce, les requérants avaient rapporté un incident dont la matérialité n'a pas été contestée⁽⁹⁾ et invité les détaillants à leur fournir des informations complémentaires. Ils avaient exercé tout à fait normalement leur droit fondamental à la liberté d'expression.

Celui-ci a, dès lors, été violé à leur égard par les mesures litigieuses.

II

Ceci étant dit, il nous paraît nécessaire d'encore faire trois observations à propos du présent arrêt.

Les considérations qui s'y trouvent développées au sujet de la «marge d'appréciation» des Etats⁽¹⁰⁾ nous inquiètent sérieusement. Comme le démontre le résultat auquel elles aboutissent en l'espèce, elles ont pour effet de réduire à peu de chose la liberté d'expression en matière commerciale.

En prétendant ne pas vouloir «procéder à un examen des faits et de l'ensemble des circonstances» de la cause⁽¹¹⁾, la Cour renonce, en fait, à exercer le «contrôle européen»⁽¹²⁾ qu'il lui incombe d'assurer en vertu de la Convention⁽¹³⁾ quant à la «conformité» des «mesures» litigieuses «avec les exigences de» celle-ci⁽¹⁴⁾.

En ce qui concerne la mise «en balance» des «intérêts concurrents en jeu»⁽¹⁵⁾, il nous suffit de constater qu'en cette affaire les intérêts que les requérants voulaient «lé-

(8) § 35 de l'arrêt.

(9) Il ne s'agissait d'ailleurs pas d'un cas «isolé» (§ 36 de l'arrêt), puisque, en 1975, l'entreprise en question eut à rembourser 11.870 de ses clients (§§ 20 et 34 de l'arrêt).

(10) §§ 33 et 37 de l'arrêt.

(11) § 33 de l'arrêt.

(12) Arrêts précités *Handyside*, § 49, et *Sunday Times*, § 59, et § 33 du présent arrêt.

(13) Article 19 de la Convention.

(14) Arrêt sur l'affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique», 23 juillet 1968, § 10.

(15) § 34 de l'arrêt.

gitiment» protéger⁽¹⁶⁾ n'ont été pris en compte en aucune manière⁽¹⁷⁾.

Opinion dissidente individuelle de M. le juge Pettiti

En sus des observations exprimées dans l'opinion dissidente commune, je crois utile d'ajouter :

La liberté d'expression est le pilier de la défense des droits fondamentaux. Sans liberté d'expression, il est impossible de connaître la violation des autres droits.

En ce domaine, il n'y a qu'une marge d'appréciation des plus minimes des Etats, sous contrôle de la Cour européenne. Ce n'est que dans des cas rares que l'on peut accepter des procédures visant des restrictions ou des interdictions de publication. Telle est la dominante dans les systèmes américains et européens depuis 1776 et 1789 (cf. amendement n° 1 à la Constitution des Etats-Unis. Jurisprudence des cours suprêmes des Etats-Unis, du Canada, de la France, etc.).

Plus encore en matière de publicité commerciale ou de politique commerciale ou économique, où l'Etat ne peut prétendre défendre un intérêt général véritable car les intérêts des consommateurs sont contradictoires. En fait, l'Etat défend un intérêt particulier en voulant soutenir des groupes de pression – laboratoires et autres. Il se sert de l'alibi d'une loi sur la concurrence ou sur les prix pour faire prévaloir sa préférence en faveur d'un groupement sur un autre. La défense des intérêts des usagers et des consommateurs face aux positions dominantes dépend de la liberté de publication des critiques des produits, même les plus vives. La liberté doit être totale ou quasi totale sauf délit (publicité mensongère) ou action en concurrence déloyale, mais dans ce cas la solution n'est pas la censure mais la poursuite pénale ou l'action civile entre les entreprises. L'arsenal des lois punit la publicité mensongère.

La restriction de la liberté d'expression pour privilégier la marge d'appréciation des Etats et lui donner en quelque sorte priorité sur la défense des droits fondamentaux ne serait pas dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne ni dans sa vocation. Une telle tendance restrictive des libertés irait aussi à l'encontre des travaux du Conseil de l'Europe sur l'audiovisuel et les satellites transfrontières, conçus pour assurer la liberté d'expression et les droits d'autrui, y compris ceux des usagers et des consommateurs de la communication.

Le problème est d'autant plus grave que souvent les Etats qui veulent porter atteinte aux libertés utilisent l'alibi d'infractions économiques ou de législations économiques du type concurrence ou anti-trust pour engager des poursuites à des fins politiques ou pour protéger des intérêts mixtes (Etats – industriels) en vue d'entraver la liberté d'expression (les pays de l'Est fournissent de nombreux exemples, mais aussi des Etats du Conseil de l'Europe). Il ne faut pas méconnaître la pression financière que peuvent exercer certains groupes ou laboratoires. Dans certains cas, cette pression a été telle qu'elle a pu retarder la manifestation de la vérité et donc différer l'interdiction d'un médicament ou d'un produit dangereux pour la santé publique.

(16) § 36 de l'arrêt.

(17) Pour le surplus, nous approuvons, dans une large mesure, les considérations développées dans les paragraphes 3 à 7 de l'opinion dissidente de M. Martens, approuvée par M. MacDonald (voir ci-après).

La presse économique de nombreux Etats membres publie chaque jour à des millions d'exemplaires des articles cent fois plus sévères contre des produits que ceux de l'affaire *Markt Intern*. C'est la liberté reconnue à cette presse qui assure la protection des personnes.

Opinion dissidente individuelle de M. le juge De Meyer

En plus de ce qui a été dit dans l'opinion dissidente commune, il y a lieu, me semble-t-il, d'observer :

1° qu'on peut douter que le «but» auquel tendait l'ingérence contestée par les requérants fût assez «légitime» pour justifier celle-ci, puisqu'il s'agissait beaucoup moins de la défense de véritables «droits d'autrui» que de celle de simples intérêts commerciaux;

2° qu'en fait la Cour a procédé «à un réexamen des faits et de l'ensemble des circonstances de» la cause, en faisant sienne, dans les paragraphes 34 à 37 de l'arrêt, l'appréciation litigieuse des juridictions nationales.

***Opinion dissidente de M. le juge Martens,
approuvée par M. le juge MacDonald***

1. Je partage tout à fait et avec conviction l'opinion de la Cour que la publication incriminée de *Markt Intern* est en principe protégée par la liberté d'expression visée à l'article 10 de la Convention : dans nos sociétés modernes, la presse socio-économique présente un intérêt égal à celui de la presse politique ou culturelle pour le progrès desdites sociétés et pour l'épanouissement de chacun. Je me réfère à l'opinion dissidente commune à MM. Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo et Valticos dont j'approuve la partie I.

Je partage également l'opinion de la Cour que l'injonction de la Cour fédérale de Justice constitue une «ingérence d'autorités publiques» qui enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 10. Dans ce contexte, je me réfère de nouveau à l'opinion dissidente commune.

Je partage enfin l'opinion de la Cour que ces exigences sont remplies quant aux expressions «prévues par la loi» et «but légitime», mais je ne saurais souscrire à l'affirmation que la Cour européenne, en tenant compte de la marge d'appréciation dont jouissent les Etats contractants, doit reconnaître que l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique». Sur ce point il est utile, à mon avis, de pousser l'analyse un peu plus loin que ne l'a fait l'opinion dissidente commune; c'est une des raisons pour lesquelles je ne m'y suis pas rallié.

2. A propos du troisième alinéa du paragraphe 34 de l'arrêt de la Cour, je tiens à faire remarquer tout d'abord qu'en exerçant le contrôle dont il s'agit au paragraphe précédent, la Cour n'aurait pas dû prendre en considération les décisions du tribunal régional de Hambourg et de la cour d'appel hanséatique, qui toutes deux ont été infir-

mées par une décision supérieure, celle de la Cour fédérale de Justice, la seule qui compte puisque la Cour constitutionnelle n'a pas retenu le recours.

3. Or, dans son arrêt la Cour fédérale a fait relever du droit de la concurrence déloyale la question de savoir si la publication incriminée de *Markt Intern* était admissible, et c'est à cette qualification et aux appréciations qui s'en déduisent que la Cour européenne s'est ralliée (voir les paragraphes 33, 35, 36 et 37 de son arrêt). Ce faisant, la Cour européenne a consacré une approche qui, à mon avis, est incompatible avec le droit à la liberté d'expression, que la Convention garantit aussi à un organe de presse partial.

4. Le droit de la concurrence déloyale régit les rapports entre concurrents sur le marché. Il part de l'idée qu'en se livrant à une concurrence les concurrents ne cherchent qu'à servir leurs propres intérêts tout en nuisant à ceux des autres. C'est pourquoi (comme la Cour fédérale le rappelle dans son arrêt) le droit allemand de la concurrence déloyale interdit de faire de la concurrence par des déclarations dénigrant ses concurrents : il est seulement admissible qu'un concurrent critique publiquement un autre s'il a des raisons suffisantes de le faire et si la nature et l'ampleur de sa critique restent dans les limites exigées par la situation. Dans ce domaine l'interdiction de publier des critiques est donc la règle, et c'est à celui que se permet d'en publier une qu'incombe la charge de prouver que sa critique s'appuie sur une raison suffisante et se tient dans les bornes les plus strictes. En recherchant si cette preuve a été apportée, le juge ne met en balance que les intérêts des deux concurrents.

Or, dans le domaine de la liberté d'expression c'est l'inverse. Là, on part de l'idée qu'en usant de son droit on sert l'intérêt général, en particulier s'il s'agit de la presse, et c'est pourquoi dans ce domaine la liberté de critique est la règle. Ainsi, dans ce domaine, c'est à celui qui prétend que la critique n'est pas admissible qu'incombe la charge de la preuve. En recherchant si cette preuve a été apportée, le juge doit mettre en balance l'intérêt général et l'intérêt particulier de la partie qui se prétend lésée.

5. Il s'ensuit que faire relever du droit de la concurrence déloyale la question de savoir si une publication d'un organe de presse est admissible, c'est mettre cet organe de presse dans une position juridique qui diffère fondamentalement de celle à laquelle il peut prétendre sous l'empire de l'article 10 de la Convention et qui lui est décidément défavorable. C'est pourquoi à mon avis une telle qualification constitue pour cet organe de presse une restriction considérable dans l'exercice des libertés que lui garantit le paragraphe 1^{er} de l'article 10. Il y a donc lieu de se demander si dans une société démocratique il peut être nécessaire de restreindre de cette façon les droits et libertés fondamentaux d'un organe de presse pour la seule raison que cet organe a épousé certains intérêts économiques, à savoir ceux d'un secteur spécial du commerce spécialisé. Je ne doute aucunement que cette question doive recevoir une réponse négative. La preuve en est que, autant que je sache, une telle règle élargissant le domaine du droit de la concurrence déloyale au détriment des libertés de la presse est inconnue dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe. Et pour cause : ne faut-il pas reconnaître que sous certains rapports tous les journaux sont partiels, puisqu'ils épousent certains intérêts spéciaux ?

6. Il découle à mes yeux de ces considérations que la Cour aurait dû estimer qu'en l'espèce elle avait à juger une affaire dans laquelle l'appréciation des autorités

nationales était atteinte d'un vice fondamental, et que par là elle aurait elle-même à apprécier si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique. En effet, dans une telle situation la marge d'appréciation ne joue aucun rôle, parce qu'elle ne saurait justifier des appréciations incompatibles avec les libertés garanties par la Convention. Je tiens à souligner ce point parce que, pour ma part, je ne conteste pas que dans le domaine de la liberté d'expression la Cour européenne puisse limiter son contrôle en laissant aux Etats une certaine marge d'appréciation.

7. Dans ce contexte, il faut noter que je ne peux pas non plus me rallier à l'opinion de la Cour pour autant qu'elle estime qu'en l'espèce, pour déterminer si l'ingérence était proportionnelle, il faut mettre en balance les exigences de la protection de la réputation et des droits d'autrui, d'une part, et la publication des informations en cause, de l'autre (voir le paragraphe 34 de l'arrêt).

A mon avis – et ici de nouveau je souscris à l'opinion dissidente commune –, on doit se demander si se trouve établi de manière convaincante (voir l'arrêt *Barthold* du 25 mars 1985. § 58) le fait que les intérêts privés du Club étaient plus importants que l'intérêt général qui voulait que non seulement les lecteurs spécialisés, mais aussi le public dans son ensemble puissent prendre connaissance des faits ayant une certaine importance dans le cadre de la lutte des petites et moyennes entreprises du commerce de détail contre les grandes sociétés de distribution. Ce faisant, j'arrive quant à moi, tout comme les auteurs de l'opinion dissidente commune, à la conclusion que la réponse à cette question doit être négative. Comme la Cour (voir le paragraphe 35 de son arrêt), je prends en considération la circonstance que dans une économie de marché, une entreprise qui cherche à s'implanter s'expose inévitablement à une surveillance étroite de ses pratiques. C'est pourquoi le Club, qui se trouvait dans cette situation, ne saurait en principe se plaindre que la presse spécialisée, qui s'est donné pour tâche de défendre les intérêts de ses concurrents sur le marché, analyse sa stratégie commerciale et en publie des critiques. De telles critiques contribuent, la Cour l'a d'ailleurs souligné, à la transparence des activités commerciales. Comme la liberté d'expression vaut également pour les «informations» qui blessent, il y a lieu de ne pas juger trop vite qu'une telle critique est inadmissible parce qu'elle heurte l'entreprise critiquée. En l'espèce, il est indéniable que l'article publié par *Markt Intern* était défavorable au Club et révélait une attitude très critique à l'égard de celui-ci. D'un autre côté, il rapportait un incident dont la matérialité n'a pas été contestée; il n'exprimait pas un jugement définitif sur les pratiques commerciales du Club, mais invitait les détaillants à fournir des informations complémentaires. Pour ma part, je ne suis pas convaincu que dans une société démocratique il soit vraiment nécessaire d'interdire une telle publication.

8. C'est pour cette raison que j'ai voté pour la violation de l'article 10.

*

OBSERVATIONS

Le message publicitaire

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est décidément un inépuisable sujet d'arrêts, décisions, articles, commentaires et notes d'observation. Cela tient certes au fait qu'il consacre une des libertés

les plus précieuses, en ce qu'elle est la condition d'application de toutes les autres, mais on peut aussi se demander si cette abondance d'occasions de l'évoquer n'est pas également dû à un nombre accru de menaces, sinon de violations, de son libre exercice. Quoi qu'il en soit, il est sans doute inutile de revenir ici sur tous les prolégomènes de cette disposition, d'ailleurs largement rappelés et commentés dans la première livraison de la présente revue à l'occasion de la publication de l'arrêt *Barfod* ⁽¹⁾.

Comme dans ledit arrêt *Barfod* d'ailleurs, la présente sentence marque une divergence entre la Commission – qui conclut à la violation de l'article 10 – et la Cour – qui prend la position contraire. Mais à la différence de l'affaire groenlandaise, celle-ci se caractérise par une position nettement plus partagée de la Cour, puisqu'il aura fallu le caractère prépondérant de la voix présidentielle pour faire pencher la balance d'un côté plutôt que de l'autre, chaque thèse s'étant trouvée défendue par neuf des dix-huit juges siégeant. C'est dire que l'on trouvera autant d'intérêt à lire les opinions dissidentes qu'à consulter l'arrêt lui-même.

Cette parité n'est d'ailleurs pas le seul élément exceptionnel du présent arrêt, puisqu'il faut également constater qu'il a été rendu en séance plénière et non, comme d'ordinaire et comme cela avait d'ailleurs été le cas dans le cas *Barthold*, auquel la présente affaire fait plus d'une fois référence, en chambre de sept juges. Il y a eu, en effet, application de l'article 50 du règlement intérieur de la Cour, aux termes duquel :

«Si l'affaire pendante devant une chambre soulève une ou des questions graves qui touchent à l'interprétation de la Convention, la chambre peut en tout état de cause se dessaisir au profit de la Cour plénière. Ce dessaisissement est obligatoire si la solution d'une telle ou de telles questions peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par une chambre ou par la Cour plénière.»

Au-delà de ces aspects formels (qui, on le verra, ne sont que l'expression en surface de réelles questions de fond), deux points parmi ceux – nombreux – que soulève cet arrêt méritent à notre sens d'être particulièrement mis en lumière. Celui de l'applicabilité de l'article 10 au cas d'espèce ou, plus précisément, de ce que l'on pourrait appeler une applicabilité modulée de l'article 10. Celui de l'étendue du rôle d'appréciation de la Cour ensuite.

I. Applicabilité modulée ?

L'applicabilité large de l'article 10 est de jurisprudence constante étant donné que ce texte, comme le rappelle fort opportunément la Cour, «ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression». Dès lors, des informations de nature commerciale telles que celles qui furent publiées par *Mark Intern* en l'espèce doivent bénéficier du même principe de protection.

On doit toutefois se demander si, dès lors qu'il s'agit d'établir la balance des intérêts en présence pour apprécier le caractère nécessaire ou non de

(1) Cour eur. dr. h., arrêt *Barfod* du 22 février 1989, *Rev. tr. dr. h.*, 1990, n° 1, p. 51, obs. M. Verdussen.

l'ingérence des autorités, il serait indéfendable d'établir non point une hiérarchie, mais en tout cas une caractérisation plus précise de l'expression contestée. L'expression d'un individu qui défend sa seule personne est-elle à mettre sur le même pied que celle d'un groupement qui défend des intérêts catégoriels ? Celle qui vise à protéger une activité commerciale a-t-elle le même poids que celle qui protège l'honneur ? Toutes, certes, doivent être protégées, mais doivent-elles l'être également ?

Ainsi, on n'est pas sans éprouver une certaine gêne en lisant, dans l'opinion dissidente du juge Martens, approuvée par le juge Macdonald, que dans le domaine de la liberté d'expression, «on part de l'idée qu'en usant de son droit, on sert l'intérêt général, en particulier s'il s'agit de la presse, et c'est pourquoi dans ce domaine la liberté de critique est la règle». N'est-ce pas faire preuve de naïveté, voire d'aveuglement, que de soutenir que la presse s'identifie toujours à l'intérêt général ? Ne procède-t-on pas d'une conception instrumentale désuète de la presse en établissant que sa seule utilisation suffit à fonder une sorte de légitimité *erga omnes* des idées qu'on y défend ?

Car, si l'on peut éventuellement accepter le principe selon lequel une association de consommateurs tend, dans la plupart de ses actions et de ses déclarations, vers l'intérêt général – et encore conviendrait-il sans doute de tempérer cette affirmation souvent par trop péremptoire –, en va-t-il de même dans le cas d'une association qui, comme la première requérante en l'espèce, «s'emploie à défendre les intérêts des petites et moyennes entreprises du commerce de détail face à la concurrence des grandes sociétés de distribution» ? N'y a-t-il pas quelque leurre à confondre l'intérêt général avec la somme d'un nombre indéterminé d'intérêts particuliers ?

Semblablement, n'est-ce pas procéder d'un même manichéisme que de considérer, comme le fait le juge De Meyer dans son opinion dissidente individuelle, le but poursuivi par la mesure d'ingérence comme insuffisamment légitime en ce qu'il s'agit «beaucoup moins de la défense de véritables 'droits d'autrui' que de celle de simples intérêts commerciaux» ? N'est-ce pas procéder à une bien étrange novation que d'en arriver à faire de la défense des «simples intérêts commerciaux» des petites et moyennes entreprises du commerce de détail un véritable «droit», par le simple fait qu'elle s'exerce par voie de presse ?

Certes, il est choquant de voir que la décision du *Bundesgerichtshof* énonce que la loi de 1909 sur la concurrence trouvait à s'appliquer, puisque, «nonobstant l'absence de relations de concurrence entre *Markt Intern* et le Club», il «suffisait que l'acte incriminé favorisât objectivement la position d'une entreprise au détriment d'un concurrent», et il y aurait manifestement un grave danger pour la liberté de la presse si on en arrivait à utiliser indistinctement de tels attendus sans tenir compte de la nature *in concreto* de l'expression litigieuse.

De même, il va de soi que toute mesure préventive à l'égard de la presse est dérangeante, en ce qu'elle s'apparente à une censure que nos démocraties ont, fort heureusement, bannie. Mais est-ce se montrer ennemi de la presse que de rappeler le poids énorme qu'elle a pris ? Est-ce menacer sa liberté que de reconnaître le tort parfois irréparable qu'elle peut causer à une per-

sonne physique (ou morale) par le simple effet d'allégations trop légèrement et trop rapidement répandues ? Le recours croissant à la justice pour empêcher la presse de s'exprimer librement ne vient-il pas avant tout d'un sentiment presque unanimement partagé, et souvent fondé, que les mécanismes répressifs qui lui sont applicables ne seront jamais en mesure d'apporter les réparations adéquates ?

En d'autres termes, si l'on veut éviter la multiplication d'ingérences à l'égard de la presse, ne faut-il pas avant tout revoir, sur certains points en tout cas, son statut et son régime de responsabilité ?

II. Pouvoir d'appréciation de la Cour

Conformément à l'article 50 du règlement intérieur, le choix de la procédure en séance plénière traduit bien ici un revirement, sinon une contradiction, du présent arrêt avec un arrêt rendu antérieurement. Alors que dans l'arrêt *Barthold*⁽²⁾, la Cour avait considéré que «la nécessité de la (*la liberté d'expression*) restreindre pour un des buts énumérés à l'article 10, § 2 doit se trouver établie de manière convaincante», elle ne cherche manifestement plus ici cette démonstration convaincante.

Elle donne, au contraire, le sentiment de vouloir échapper à sa mission d'appréciation, considérant, dans un premier temps, «qu'il faut mettre en balance les exigences de la protection de la réputation et des droits d'autrui avec la publication des informations en cause» – ce qui paraît tout à fait logique et raisonnable –, et dans une deuxième étape aux allures tautologiques, que «les opinions peuvent certes diverger sur le point de savoir si la réaction de la Cour fédérale fut la bonne ou si les déclarations litigieuses de Markt Intern devaient être permises ou tolérées» et qu'elle «ne saurait substituer, en l'espèce, son propre jugement à celui des juridictions nationales qui, par des motifs raisonnables, ont estimé nécessaires les restrictions en cause».

Ici, sans même se prononcer sur l'opportunité de la décision finale, on ne peut que se montrer insatisfait de la motivation retenue, et se rallier totalement à l'observation contenue dans l'opinion dissidente commune, selon laquelle «en prétendant ne pas vouloir procéder à un réexamen des faits et de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour renonce, en fait, à exercer le contrôle européen qu'il lui incombe d'assurer en vertu de la Convention quant à la conformité des mesures litigieuses avec les exigences de celle-ci». Sans doute serait-il excessif de parler de déni de justice, mais il y a assurément ici un abandon de responsabilités extrêmement décevant, et dont on ne peut que souhaiter qu'il soit le produit d'un malaise interne purement conjoncturel, et non l'amorce d'une nouvelle jurisprudence.

François JONGEN

Avocat au barreau de Bruxelles,
Assistant à la Faculté de droit de l'U.C.L.



(2) Cour eur. dr. h., arrêt *Barthold* du 25 mars 1985.