

**LIBERTÉ D'EXPRESSION
ET DROITS CONCURRENTS :
DU JUGE DE L'URGENCE
AU JUGE EUROPÉEN
DE LA PROPORTIONNALITÉ**

Alain STROWEL

Avocat au barreau de Bruxelles

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et à l'Université de Liège

et

François TULKENS

Avocat au barreau de Bruxelles

Chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis

Introduction

1. Il y a dix ans, dans la tourmente journalistique qui a accompagné, voire alimenté, les affaires Dutroux, Benaïssa et C^{ie}, nous avons dirigé un ouvrage collectif au titre évocateur, voire provocateur : *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*¹.

Les différents « remèdes » pouvant intervenir *a priori* et *a posteriori* afin de juguler les dysfonctionnements du quatrième pouvoir avaient été successivement abordés par les contributeurs à cet ouvrage : régulation par la déontologie, droit de réponse, mesures préventives, réparations civiles, sanctions pénales. L'étude de ces « remèdes » révélait de nombreuses divergences doctrinales et distinctions jurisprudentielles selon les normes en jeu (C.E.D.H., art. 10², ou Const., art. 19 et 25), les types de médias en cause (presse écrite, presse audiovisuelle, presse électronique), les droits en présence (liberté d'expression, droits liés à l'intérêt général, droit de la vie privée). La mise en œuvre de ces instruments affectant l'exercice de la liberté d'expression exigeait de toute façon de délicats dosages de proportionnalité.

2. Les mesures tenues pour adéquates par les juges et les commentateurs varient sensiblement selon la place accordée à la liberté d'expression : pour les uns, celle-ci est « absolue », ce qui n'autorise que des mesures de réparation en cas d'abus manifestes ; pour les autres, elle est à mettre en balance avec d'autres intérêts et des mesures préventives sont justifiées. Ce qui apparaît comme une forme inadmissible de « censure »³ à certains ne semble, pour les autres, qu'un « contrôle » nécessaire dans une société démocratique, à l'instar d'autres « checks and balances ».

¹ A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, 261 p.

² « C.E.D.H. » est l'abréviation usuelle pour désigner la Convention européenne des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Pour désigner, la Cour européenne des droits de l'Homme, nous utilisons l'abréviation « Cour eur. D.H. ».

³ Sur ce concept, voy. *Censures / Censure* (J. CORBET éd.), Actes du colloque du 16 mai 2003 organisé par la revue « Auteurs & Media », Bruxelles, Larcier, 2003, 217 p.

3. Dix ans plus tard, si les controverses doctrinales n'ont pas vraiment cessé⁴, les jurisprudences belge et européenne ont en revanche sensiblement progressé⁵.

Les juridictions suprêmes ont en effet clarifié, dans la mesure des cas qui leur ont été soumis, de nombreux points litigieux, tant sur les plans procédural que substantiel. D'un côté, les fondements de l'intervention du juge en référé ont été affermis par la Cour de cassation. Par ailleurs, la balance entre les droits protégés a été affinée au fil des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme et une riche palette de facteurs de pondération (registre du discours, personnes en cause, *etc.*) a été mise à jour.

4. On peut donc passer en revue les principaux développements intervenus en distinguant deux volets : d'une part, les procédures judiciaires d'urgence (chap. 1) ; d'autre part, l'équilibre entre les droits concurrents (chap. 2)⁶. Notre itinéraire nous emmènera donc du juge belge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité.

⁴ Voy., e.a., J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *A. & M.*, 2002, pp. 485-502.

⁵ En revanche, la régulation par la déontologie n'a pas progressé comme on l'aurait souhaité : elle a largement fait du surplace du côté francophone, contrairement à ce qui s'est passé en Flandre avec l'instauration du « Raad voor de Journalistiek ».

⁶ Les autres contributeurs au présent recyclage traitent d'autres questions, telles que le respect de la présomption d'innocence ou les mesures de réparation (voy. les contributions de K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK, d'une part, et de M. ISGOUR, d'autre part).

Chapitre 1

Les procédures judiciaires d'urgence en droit belge

5. Deux types de médias alimentent habituellement les affaires de « presse » introduites en référé : la diffusion sous la forme d'un écrit (journal, magazine, livre, tracts, affiches, *etc.*) (sect. 1) ou sous la forme d'émissions de télévision (sect. 2).

6. À chaque fois, la question est la même : peut-on, juridiquement parlant, empêcher ou limiter la diffusion de ces propos ou images ? À défaut, peut-on obtenir des mesures urgentes empêchant que leur diffusion ne perdure ou soit renouvelée ? Dans les deux cas, peut-on agir unilatéralement ou doit-on agir contradictoirement ?

7. Pour la clarté, on se propose d'analyser la jurisprudence en distinguant selon qu'il s'agit de presse écrite ou d'un média audiovisuel, même si les principes fondamentaux en jeu et les règles procédurales qui régissent l'intervention du juge sont plus ou moins semblables.

8. Deux remarques préalables : l'une quant aux éléments du débat, l'autre d'ordre sémantique.

9. Les éléments du débat comprennent des dispositions de fond et de procédure.

Quant aux dispositions de fond, il s'agit tout d'abord de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (lequel fera l'objet d'une analyse plus détaillée dans le chap. 2 – *infra*). En son § 1^{er}, il consacre la liberté d'expression. En son § 2, il autorise que des restrictions y soient apportées, pour autant que celles-ci soient prévues par la loi, qu'elles soient justifiées par des droits fondamentaux concurrents et qu'elles respectent une nécessité impérieuse dans une société démocratique. Au plan interne, il s'agit des articles 19 et 25 de la Constitution, qui garantissent respectivement la liberté d'expression et la liberté de presse, cette dernière avec interdiction de la censure, ainsi que d'autres droits consacrés par la Constitution (p. ex. : le droit à la vie privée de

l'art. 22), par la loi (p. ex.: le droit à l'image), par des principes généraux inspirés de normes internationales (p. ex.: le droit à la présomption d'innocence).

Au plan procédural, l'intervention du juge est régie par la Constitution (art. 144), par diverses dispositions du Code judiciaire (art. 18, al. 2, 584 et 1039), ainsi que par l'article 1382 du Code civil.

10. Une question d'ordre sémantique doit aussi être mentionnée à titre préliminaire: celle de la distinction entre les mesures *préventives* et les mesures *répressives*. Les ingérences dans la liberté d'expression peuvent, en effet, intervenir à différents moments par rapport à l'usage qui est fait de la liberté d'expression, à savoir l'expression d'une opinion et, ensuite, sa diffusion.

Pour certains⁷, la seule mesure réellement préventive est celle qui intervient avant toute expression d'opinion, laquelle est forcément *antérieure* à toute diffusion. Pour d'autres⁸, même lorsque l'opinion a été émise et diffusée, une intervention judiciaire en référé serait encore une mesure préventive, en ce qu'elle empêche la réitération de l'opinion exprimée. Entre ces deux conceptions «extrêmes», on considérera que constitue une mesure préventive, toute intervention antérieure à la diffusion d'une opinion, qu'elle ait été exprimée ou non. À l'inverse, constitue une mesure répressive, toute intervention de fond ou de référé destinée à mettre fin à l'opinion exprimée *et* diffusée. Pour reprendre l'opinion de J. Velaers, la mesure préventive touche à l'exercice potentiel de la liberté d'expression; la mesure répressive vise les abus de la liberté d'expression qui ont déjà eu lieu⁹.

11. À la lumière de cette discussion d'ordre sémantique, on distinguera donc, d'une part, à titre de mesures réellement préventives, l'interdiction de toute diffusion d'un écrit, d'une émission de télévision, d'un livre, *etc.*; à l'inverse, au titre de mesures répressives, on englobera non seulement les mesures en dommages et intérêts, mais aussi les mesures qu'un juge des référés peut prendre: retrait d'un magazine ou d'un livre, suppression de passages d'un ouvrage, interdiction de réitérer certains propos, *etc.*¹⁰.

⁷ En ce sens, 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*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. III, pp. 1770-1771.

⁸ J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 490.

⁹ J. VELAERS, cité par K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde!*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 319-320. Sur cette distinction, voy. égal. R. VAN MELSEN, «La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal: dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive», *C.D.P.K.*, 2007/1, pp. 141-144; *adde* S. VAN GARSSE, «Het rechterlijk verspreidingsverbod: een kwestie van timing?», *A.J.T.*, 2000-2001, p. 567.

¹⁰ On ne partagera donc pas le concept de «mesures de retrait préventives» utilisé par R. VAN MELSEN, *op. cit.*, p. 139. À notre estime, soit il s'agit d'une mesure d'interdiction préventive, soit il s'agit d'une mesure de retrait répressive.

Section 1

Quant à la presse écrite

12. Le régime de la presse écrite bénéficie d'une protection constitutionnelle particulière, inscrite à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution. Pour rappel, très sobrement, cet article dispose que « la censure ne pourra jamais être établie ».

13. Sans qu'il soit besoin de remonter aux travaux du Constituant pour saisir la portée de ce texte, notamment par rapport aux censures administratives de l'époque hollandaise, on doit constater que cette disposition prohibe toute interdiction radicale de parole mais n'empêche pas, à certaines conditions, l'intervention du juge des référés.

14. L'interdiction radicale porte sur toute mesure préventive sollicitée auprès du juge des référés, à savoir une interdiction de diffuser l'écrit.

Semblable demande ne peut être ordonnée, même après débat contradictoire. *A fortiori*, elle ne peut avoir lieu sur requête unilatérale¹¹. La jurisprudence en la matière est extrêmement ferme¹². Nul ne peut en effet, en règle, se prévaloir d'une absolue nécessité qui justifierait d'interdire la diffusion d'un écrit, eu égard en particulier à l'article 25, alinéa 1^{er}, de la Constitution, mais aussi en raison du fait qu'il est possible d'obtenir, en urgence, un débat contradictoire ou, en cas d'extrême nécessité, une mesure unilatérale de retrait, immédiatement après la diffusion dudit écrit¹³.

15. La jurisprudence en sens contraire est assez rare : dans des cas particulièrement difficiles, les juges des référés ont tantôt interdit unilatéralement la diffusion d'une liste de présumés pédophiles¹⁴, tantôt, au contraire, refusé de faire

¹¹ Civ. Gand (réf.), 30 octobre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 101; Civ. Bruxelles (réf.), 21 mars 2001, *A. & M.*, 2002, p. 75.

¹² Voy., p. ex., Civ. Namur (réf.), 8 mars 1994, *Journ. proc.*, 1994, n° 259, p. 28 et obs. S.-P. DE COSTER; Civ. Bruxelles (réf.), 31 août et 2 septembre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1216 et 1219; Civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994, *Journ. proc.*, 1994, n° 272, p. 25 et note M. HANOTIAU; *J.L.M.B.*, 1995, p. 98 et note F. JONGEN. Plus récemment, on se référera à Civ. Bruxelles (réf.), 6 novembre 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 316, p. 26 et note F. JONGEN; Civ. Liège (réf.), 12 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 915 (cette décision faisant cependant interdiction à l'éditeur responsable de publier une photographie de la demanderesse sans avoir obtenu son autorisation); Civ. Anvers (réf.), 15 mai 2003, *A. & M.*, 2003, p. 403.

¹³ On notera d'emblée que cette appréciation ne vaut pas, pour différents motifs, pour l'audiovisuel. On y reviendra *infra*.

¹⁴ Civ. Namur (réf.), 9 août 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1182 et obs. F. JONGEN. Cette décision a toutefois été réformée par une décision du 11 septembre 2001, pour un motif d'irrecevabilité de l'action d'intérêt collectif de la Ligue (*A. & M.*, 2002, p. 489).

droit à une demande d'interdiction de tracts du Vlaams Blok, mesures chaque fois sollicitées par ... la Ligue des Droits de l'Homme!¹⁵.

16. Si les mesures réellement préventives sont interdites, la compétence du juge pour prononcer des mesures de retrait immédiat a également divisé la doctrine et la jurisprudence jusqu'à l'arrêt du 29 juin 2000 prononcé par la Cour de cassation¹⁶. Pour rappel, cette affaire, qui a été jugée à tous les échelons de la pyramide judiciaire interne ainsi que, on le verra, par le juge européen, concernait la diffusion, par le magazine *Ciné-Télé-Revue*, de notes personnelles de la Juge Doutrève, notes élaborées préalablement à sa comparution devant une commission d'enquête parlementaire. Indignée, à juste titre, par cette publication, Madame Doutrève avait obtenu en référé, sur requête unilatérale, une mesure de retrait, sous peine d'astreintes imposées au magazine. Cette mesure a ensuite été confirmée sur tierce opposition, ainsi qu'en degré d'appel. La Cour de cassation a été saisie de moyens qui lui ont permis de trancher des questions de fond, et en particulier celle de l'intervention du juge des référés.

17. Un des moyens concernait la compétence du juge des référés pour mettre fin, provisoirement, à une lésion illicitement causée à un droit subjectif, pour autant que, s'agissant de la presse écrite, le média concerné ait déjà été diffusé. La controverse portait également sur le degré de clarté et de prévisibilité des règles de droit interne qui pouvaient justifier une restriction judiciaire à la liberté d'expression en vue de protéger d'autres droits tout aussi légitimes.

18. La Cour de cassation a pris nettement position sur ces deux aspects de la controverse, en considérant, tout d'abord, que la cour d'appel n'a pas établi de censure, dès lors qu'elle a constaté qu'au moment du dépôt de la requête unilatérale tendant à obtenir la condamnation des demandeurs à prendre toute mesure pour retirer, dans les trois heures de l'ordonnance à intervenir, l'hebdomadaire contenant l'article litigieux, cet hebdomadaire « avait déjà reçu une large diffusion au moment de la signification de l'ordonnance de retrait »¹⁷.

À l'évidence, la Cour de cassation a considéré que la prohibition de la censure ne concernait que des interventions préalables à toute diffusion d'un média

¹⁵ Civ. Bruxelles (réf.), 2 octobre 2000, RR 2000/9131/B, inédit; pour un autre cas de rejet d'une demande unilatérale, voy. Civ. Gand (réf.), 30 octobre 1998, A. & M., 1999, p. 101.

¹⁶ Cass., 29 juin 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 398, p. 24 et obs. F. TULKENS et A. STROWEL, « L'arrêt *Leempoel et éditions Ciné-Revue*: de l'art de mettre fin à une controverse »; J.L.M.B., 2000, p. 1589 et obs. F. JONGEN; A. & M., 2000, p. 443 et obs. E. BREWAEYS; R. Cass., 2001, p. 35 et obs. D. VOORHOOF; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, pp. 448-490.

¹⁷ J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN considèrent cependant que « la distinction fondée sur le fait que la publication a ou non reçu un commencement de diffusion n'est pas convaincante. (...) [Elle] ne trouve de fondement ni dans la raison, ni dans la Constitution » (*op. cit.*, p. 490).

écrit¹⁸, mais n'englobait pas des mesures judiciaires provisoires intervenant après cette diffusion, mesures destinées à limiter un exercice apparemment abusif de la liberté d'expression.

S'il ne s'agit donc pas de censure prohibée par la Constitution belge, encore fallait-il constater, comme le veut l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme, que la restriction assurément apportée à la liberté d'expression était formulée dans une norme présentant tous les critères de clarté et de prévisibilité, de but légitime et de proportionnalité.

19. La réponse de la Cour met également fin à l'autre aspect de la controverse. Après avoir rappelé que l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme n'interdit pas toute restriction à la liberté d'expression, pourvu qu'elle trouve son fondement dans la loi, la Cour de cassation constate qu'il n'existe pas de loi belge en la matière¹⁹.

20. Toutefois, dès lors que le terme « loi » peut inclure toute norme de droit interne, écrite ou non, telle qu'interprétée par la jurisprudence, et pour autant que cette norme soit accessible aux personnes concernées et énoncée de manière précise, la Cour de cassation s'attache à indiquer que c'est la combinaison de diverses dispositions qui constitue cette « loi ».

Tout d'abord, il y a l'article 144 de la Constitution, qui confie au pouvoir judiciaire la compétence de prévenir et de réparer une lésion illicite d'un droit civil. La Cour fait ainsi référence à une jurisprudence constante relative aux missions du juge judiciaire²⁰.

Ensuite, spécialement en ce qui concerne le contentieux du référé, la Cour de cassation se réfère aux articles 584 et 1039 du Code judiciaire, par lesquels des mesures judiciaires au provisoire peuvent être prises à l'égard de l'auteur d'une telle lésion afin de conserver des droits subjectifs, si des apparences de droit le justifient. Ici également, c'est une jurisprudence constante qui n'est que confirmée²¹.

Enfin, en présence d'une apparence de faute, ce juge peut, en vertu de l'article 1382 du Code civil, enjoindre à l'auteur du dommage de faire cesser l'état de chose qui cause le préjudice. On touche ici au panel de mesures qui peuvent être ordonnées lorsque l'urgence le justifie. La jurisprudence sur la prévention

¹⁸ Telles que l'interdiction de publier, l'obligation de postposer la diffusion, l'ordre de supprimer certains passages d'un texte non encore diffusé, etc.

¹⁹ Ceci contraste avec la situation française ou suisse, où des législations spécifiques confient expressément ce contentieux au juge des référés.

²⁰ Cass., 27 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 758; Cass., 1^{er} juin 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 511; Cass., 20 septembre 1990, *Pas.*, 1990, I, n° 33.

²¹ P. MARCHAL, *Les référés*, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 31.

et la réparation en nature ou par équivalent, ou sous toute autre forme utile, n'est ici pas une nouveauté.

21. En somme, ce sont des dispositions constitutionnelles et légales, telles qu'interprétées de manière constante par la Cour, qui constituent la restriction autorisée à l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme, restriction suffisamment précise pour permettre à toute personne, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, de prévoir les conséquences juridiques de ses actes.

22. Par cette motivation, la Cour de cassation s'est ralliée aux décisions des juges du fond, qui avaient, pour justifier leur compétence, également combiné des dispositions procédurales et de fond²².

23. La Cour de cassation est cependant apparue moins exigeante que les décisions de référé. En effet, celles-ci avaient toutes la caractéristique de combiner des dispositions procédurales, telles que les articles 18, alinéa 2, 584 ou 1039 du Code judiciaire, avec des dispositions internationales ou de droit interne garantissant divers droits subjectifs, tels que la vie privée, les droits de la défense, le droit à l'image, le droit à l'honneur et à la réputation, le droit à l'oubli, *etc.*

La Cour de cassation ne formule pas explicitement cette exigence, puisqu'elle se réfère à l'article 1382 du Code civil de manière générale et à la compétence du pouvoir judiciaire pour réparer une lésion illicite d'un droit civil, non autrement précisé. Certains avaient estimé que l'article 1382 du Code civil, même combiné avec l'article 584 du Code judiciaire, était trop général pour fonder la compétence du pouvoir du juge des référés²³. La motivation de l'arrêt de la Cour de cassation se situe cependant dans le droit fil de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle, dans son arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique* du 24 février 1997, en sorte que «les incertitudes liées à la mise en œuvre des articles 1382 et 1383 du Code civil, tels qu'interprétés par la doctrine et la jurisprudence belge ne dépassent pas celles auxquelles les requérants pouvaient s'attendre (...). L'ingérence que constitue ces articles (...) offrait donc la prévisibilité voulue par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention»²⁴.

²² Voy., e.a., Civ. Bruxelles (réf.), 6 novembre 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 316, p. 26 et obs. F. JONGEN; Bruxelles, 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 712; Bruxelles, 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1046; Bruxelles, 12 juin 1997, publié in A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *op. cit.*, p. 201.

²³ En ce sens, M. HANOTIAU, «La censure de la presse écrite par le juge des référés», *A. & M.*, 1997, pp. 203-212.

²⁴ En ce sens, P. LAMBERT, obs. in *Journ. proc.*, 1997, n° 323, p. 26.

24. Depuis lors, la Cour de cassation a été suivie par les juridictions de fond²⁵.

25. Quand bien même une juridiction suprême interne a pu mettre fin à une controverse, on sait que les parties disposent d'une sorte de quatrième degré de juridiction auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg.

Le magazine *Ciné-Télé-Revue* a tenté d'obtenir là-bas un renversement de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il en a été débouté par un arrêt du 9 novembre 2006²⁶. À l'unanimité, les sept juges ont estimé qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 10 de la Convention européenne. Certes, la mesure de retrait du magazine litigieux était une ingérence dans la liberté d'expression, mais elle a été considérée comme satisfaisant aux exigences de l'article 10, dès lors qu'elle est « prévue par la loi », dirigée vers un des buts légitimes visés au § 2 de l'article 10 et nécessaire dans une société démocratique.

26. Sur la question de la légalité de l'intervention du juge, la Cour de Strasbourg, rappelant qu'il appartient en premier chef aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne, indique qu'elle n'aperçoit aucun motif de s'écarter de la conclusion de la Cour de cassation. La Cour a ainsi confirmé divers précédents, relatifs à des pays au système judiciaire identique (le Luxembourg et la France), dans lesquels elle avait admis que les articles 1382 et 1383 du Code civil offrent la prévisibilité requise par la Convention européenne des droits de l'Homme²⁷.

27. Quant à la prévisibilité de la mesure litigieuse, la Convention européenne des droits de l'Homme rappelle qu'il existait des précédents judiciaires. Les journalistes pouvaient donc, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences pouvant résulter de la publication de l'article litigieux. À ceux qui prétendaient que la mesure de l'intervention du juge n'était pas définie à suffisance par la loi, la Cour répond « qu'il peut être difficile, dans le domaine considéré, de rédiger des lois d'une totale pré-

²⁵ Voy. e.a.: Civ. Anvers (réf.), 9 mars 2004, A. & M., 2005, p. 168; Civ. Bruxelles (réf.), 30 avril 2005, A. & M., 2005, p. 327; Civ. Bruxelles (réf.), 24 mars 2005, J.T., 2005, p. 583; Civ. Anvers (réf.), 13 février 2007, NjW, 2007, p. 689.

²⁶ Cour eur. D.H., *Leempoel & S.A. éd. Ciné Revue c. Belgique*, req. n° 64772/01, arrêt du 9 novembre 2006, J.T., 2006, p. 789 et note N. BONBLED et M. Lys, « L'affaire *Leempoel et Ciné-Revue*: le mot de la fin? »; J.L.M.B., 2007, p. 293 et obs. P. LAMBERT, « L'épilogue de la publication des notes personnelles de la juge d'instruction remises à la commission d'enquête parlementaire lors de l'affaire Dutroux »; A. & M., 2007, p. 133 et note P. DE HERT et A. HOEFMANS.

²⁷ Voy. Cour eur. D.H., *Thoma c. Luxembourg*, req. n° 38432/97, arrêt 29 mars 2001, § 53, *Recueil* 2001-III; Cour eur. D.H., 29 mars 2001, *Radio France et autres c. France*, req. n° 53984/00, arrêt du 30 mars 2004, § 30, *Recueil* 2004-II.

cision», d'autant qu'«une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice et de l'évolution des conceptions de la société»²⁸.

La Cour rappelle donc que les journalistes, qui sont des justiciables potentiels, doivent, en tant que professionnels, «faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier», en sorte qu'il leur revient de mettre «un soin particulier à évaluer les risques pouvant résulter de leurs actes»²⁹.

28. La Cour évacue pour le surplus la question de l'éventuelle censure, dès lors que l'intervention des juges des référés avait eu lieu avant que l'hebdomadaire litigieux fût diffusé. Il n'était donc plus besoin pour la Cour d'examiner si le régime de l'article 25 de la Constitution, *a priori* plus protecteur que celui de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, avait été méconnu.

Sur ce point, il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler que la Cour de Strasbourg n'interdit pas, de manière absolue, les mesures réellement préventives d'intervention judiciaire en matière de liberté d'expression. Son arrêt du 9 novembre 2006 se réfère à cet égard à la résolution 1165 adoptée en 1998 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, sur le droit au respect de la vie privée. Le point 14 de cette résolution invite les États non seulement à permettre aux victimes d'atteinte à leur vie privée d'obtenir des dommages et intérêts, mais également de «prévoir une action judiciaire d'urgence au bénéfice d'une personne qui a connaissance de l'imminence de la diffusion d'informations ou d'images»³⁰ concernant sa vie privée»³¹. En évoquant cette résolution, la Cour confirme qu'elle admet des interventions judiciaires préalables à toute diffusion d'un écrit (autre que celles tendant à son retrait) : «L'article 10 n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la publication (...) [même] si de telles restrictions présentent un si grand danger qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux»³².

²⁸ Cour eur. D.H., *Leempoel & S.A. éd. Ciné Revue c. Belgique*, req. n° 64772/01, arrêt du 9 novembre 2006, § 59.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Souligné par nous.

³¹ Cour eur. D.H., *Leempoel & S.A. éd. Ciné Revue c. Belgique*, req. n° 64772/01, arrêt du 9 novembre 2006, § 44.

³² Voy. Cour eur. D.H., *Ekin c. France*, req. n° 39288/98, arrêt du 17 juillet 2001, § 56, *Recueil* 2001-VIII, à propos d'une interdiction, non justifiée sur le fond, de continuer à diffuser un ouvrage appelant à la violence dans le cadre de la question basque.

29.
rés po
«plus
Ceci
fait d
gence
certai
Cour
n'y a
reçu u
juridi
retrait
en son

30.
visée
absolu
mais
l'artic
devien
longte
mesur
etc., pe
d'espè
des ré
L'inten

31.
il faut
ont ra
pench
les res

33 N.
34 C.
35 Pa
Ci
Ar
op
36 En
37 Vc
38 Ca
39 Ci

29. En résumé donc, sur la question de la compétence du juge des référés pour intervenir immédiatement après l'exercice de la liberté d'expression, « plus aucun débat juridictionnel ne semble possible à ce sujet »³³.

Ceci dit, si le principe de l'intervention du juge est possible, l'usage qui en est fait doit encore satisfaire à différentes conditions, et en particulier celle de l'urgence, ainsi que celle concernant l'objet des mesures demandées. À cet égard, certains n'ont pas manqué de signaler la contradiction entre la position de la Cour de cassation et celle des juridictions de fond. Pour la Cour de cassation, il n'y a pas censure dès lors que l'hebdomadaire imprimé et mis en vente « avait reçu une large diffusion » au moment de la mesure de retrait³⁴. Par ailleurs, des juridictions de fond avaient jugé irrecevables ou non fondées des demandes de retrait d'un ouvrage ou d'un article au motif que le dommage était déjà réalisé, en sorte qu'il n'y avait plus d'urgence à prendre les mesures requises³⁵.

30. À notre estime, cette contradiction n'existe pas. En effet, la large diffusion visée dans l'affaire *Doutreuve* par la Cour de cassation n'est pas une exigence absolue qui, seule, permettrait de justifier l'intervention du juge des référés, mais bien un constat de fait qui explique l'absence de censure au sens de l'article 25 de la Constitution. Rien n'interdit d'agir avant que la diffusion ne devienne « large », du moment qu'il y ait eu diffusion ; à l'inverse, attendre trop longtemps pour agir peut effectivement altérer le caractère d'urgence de la mesure sollicitée, encore que des rééditions, publications dans d'autres supports, *etc.*, peuvent, à elles seules, encore justifier la mesure sollicitée³⁶. Tout est affaire d'espèce en la matière³⁷. Autrement dit, une mesure demandée auprès du juge des référés peut aussi se justifier en vue de l'ampleur d'un dommage déjà causé. L'intervention en référé n'a pas pour seul but de prévenir un dommage³⁸.

31. Si les juridictions des référés sont donc compétentes pour intervenir, il faut constater qu'en pratique, les mesures de retrait intégral d'un ouvrage ont rarement été accueillies. En effet, par principe, la balance des intérêts doit pencher en faveur de la liberté d'expression³⁹, en sorte que « dans la mesure où les restrictions privant de la liberté d'expression présentent de grands dangers,

³³ N. BONBLED et M. Lys, *op. cit.*, p. 790.

³⁴ Cass., 29 juin 2000, *op. cit.*

³⁵ Par ex. : Bruxelles, 30 juin 1975, *J.T.*, 1975, p. 534 ; Civ. Anvers, 13 juillet 1979, *R.W.*, 1978-1979, col. 2824 ; Civ. Liège (réf.), 16 mai 1997, *A & M.*, 2000, p. 153 ; Anvers, 27 janvier 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 1181 ; Anvers, 8 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 450 ; en ce sens, voy. aussi D. VOORHOOF, note sous Cass., 29 juin 2000, *op. cit.*, p. 27.

³⁶ En ce sens, Anvers, 8 février 1999, *A & M.*, 1999, p. 241 et obs. D. VOORHOOF.

³⁷ Voy. E. BREWAEYS, note sous Cass., 29 juin 2000, *A & M.*, 2000, p. 449 ; S. VAN GARSSE, *op. cit.*, p. 567.

³⁸ Cass., 29 juin 2000, *op. cit.*

³⁹ Civ. Gand (réf.), 16 février 2005, *NjW*, 2005, p. 229.

l'intervention du juge des référés ne trouvera sa légitimité démocratique que s'il se limite aux cas flagrants de violation des droits d'autrui⁴⁰. On constate en conséquence que la palette des mesures ordonnées s'est donc élargie : entre le retrait pur et simple et le refus de retrait⁴¹, ont été ordonnées des mesures de publication moyennant un avertissement⁴², des interdictions de réédition, sauf amendement de certains passages⁴³, etc.

Section 2

Quant à la presse télévisée

32. L'argumentation qui précède n'est pas, telle quelle, transposable à la presse télévisée et ce, notamment pour deux motifs.

33. Tout d'abord, même si la question a de nouveau divisé la doctrine, la Cour de cassation a confirmé que « la garantie particulière conférée à la presse écrite par l'article 25 de la Constitution ne s'appliquait à la presse télévisée dès lors que les émissions de télévision ne sont pas des modes d'expression par des écrits imprimés »⁴⁴.

Confirmant sa jurisprudence⁴⁵, la Cour de cassation a choisi de ne pas suivre les critiques de la doctrine⁴⁶. La Cour s'est, sur ce point, sagement ralliée à l'analyse de la question faite par son avocat général⁴⁷, qui avait montré que, contrairement à ce que prétendaient certains, aucun précédent ne justifiait de s'écarter de la jurisprudence existante, que l'interprétation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne justifiait pas d'autres conclusions, dès lors que la liberté d'expression est garantie par l'article 19 de la Constitution. En outre, l'avocat général rappelait, à juste titre, que l'article 25 avait été régulièrement déclaré à réviser afin « d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens de communication ». Compte tenu également de l'évolution technologique, de la convergence entre les médias (Internet, télévision, etc.) et des incertitudes en la matière, il y avait lieu de faire preuve de prudence en pri-

⁴⁰ Bruxelles, 21 décembre 2001, A. & M., 2002, p. 180; J.L.M.B., 2002, p. 401 et obs. F. JONGEN.

⁴¹ Civ. Bruxelles (réf.), 24 mars 2005, J.T., 2005, p. 583; Bruxelles, 12 juin 1997, J.L.M.B., 1997, p. 775 et obs. F. JONGEN.

⁴² TGI Paris, 18 octobre 2001, A. & M., 2001, p. 493.

⁴³ Civ. Anvers (réf.), 13 février 2007, NjW, 2007, p. 609; Civ. Bruxelles (réf.), 14 juin 1999, A. & M., 2000, p. 111.

⁴⁴ Cass., 2 juin 2006, A. & M., 2006, p. 355, conf. Bruxelles, 21 décembre 2001, A. & M., 2002, p. 180.

⁴⁵ Cass., 9 décembre 1981, Pas., 1982, I, p. 482.

⁴⁶ Voy., e.a., S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, n° 191.

⁴⁷ Voy. concl. av. gén. Ph. DE KOSTER, A. & M., 2006, pp. 356-358.

vilégiant une interprétation plus systémique que téléologique pour considérer que l'article 25 de la Constitution ne s'applique qu'à la presse écrite⁴⁸.

34. Même sans le bénéfice de l'article 25 de la Constitution, les médias télévisés ne se sont cependant pas privés de protection constitutionnelle en raison de l'article 19 de la Constitution.

La difficulté provient cependant, et c'est la seconde différence notable avec la presse, du média en cause : s'il est possible de retirer rapidement de la vente un journal, un magazine ou un ouvrage, en revanche, la force des images diffusées empêche des mesures similaires : « entre l'individu et les grands médias, l'asymétrie est immense (...). Le flot télévisuel est péremptoire ou, comme la rivière, sans retour »⁴⁹.

Peut-on, eu égard à ce qui précède, justifier pour la presse télévisée ce qui n'est pas admis pour la presse écrite, à savoir une mesure réellement préventive d'interdiction de diffusion ? Après bien des controverses, et à l'occasion d'une affaire qui a, elle aussi, été jugée à tous les niveaux de la pyramide judiciaire de droit interne, et sans que la cause ne soit encore définitivement tranchée au niveau international, une réponse affirmative a été donnée.

Si cette réponse judiciaire sera approuvée quant à son dispositif, en revanche, ses motifs entraînent moins l'adhésion. Il est vrai que les juges ont dû bricoler avec des textes anciens, dépassés par leur contexte contemporain d'application. Il en résulte, en apparence du moins, des appréciations différentes, sinon difficilement réconciliables, entre Hautes juridictions.

35. D'un rapide examen de jurisprudence, on constate que les décisions par lesquelles les juridictions se sont déclarées incompétentes pour statuer sur une demande d'interdiction de diffusion d'une émission de télévision étaient devenues plutôt rares⁵⁰. Sans nécessairement être fondé sur l'article 25 de la Constitution, l'irrecevabilité de la demande ou le défaut de compétence du juge a été justifié par l'interdiction de toute mesure préventive qu'instaurerait l'article 19

⁴⁸ Pour une décision en sens contraire, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 4 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 790, qui considérerait qu'« il appartient au juge du XXI^{ème} siècle, époque où la presse n'a plus rien de commun avec ce que le Constituant avait tenu à protéger en 1831, de rechercher la portée exacte de l'article 25 de la Constitution », pour en déduire que la radio et la télévision doivent être protégées au même titre que la presse écrite (pour une critique de cette décision, voy. A. & M., 2003, p. 308, et obs. F. JONGEN, *Journ. proc.*, 2003, n° 462, p. 23).

⁴⁹ D. BOUGNOUX, « Médias, démocratie et droit de réponse », in *La responsabilité : la condition de note humanité*, coll. Autrement, série Morale, n° 14-01-94, Paris, Autrement, 1994, pp. 191-192.

⁵⁰ Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, A. & M., 1996, p. 166 et note D. VOORHOOF ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, A. & M., 2002, p. 82 ; Civ. Termonde (réf.), 27 novembre 2001, A. & M., 2002, p. 87 ; Civ. Bruxelles (réf.), 4 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 790 ; Anvers, 7 avril 2003, A. & M., 2004, p. 65.

de la Constitution, sous réserve des mesures répressives, qui ne peuvent intervenir qu'après qu'il ait été fait usage de la liberté d'expression.

36. Cette position n'a pas convaincu toute la doctrine, ni surtout un autre courant de jurisprudence (parfois émanant d'un même tribunal...). Avant l'arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2006 commenté ci-après, on recense, sur les dix années qui l'ont précédé, pas moins de quatre arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles⁵¹ et près d'une dizaine de décisions de première instance déclarant leur compétence pour connaître des demandes d'interdiction de diffusion d'émissions, sans nécessairement y faire droit, bien évidemment⁵².

37. À l'instar de l'arrêt du 29 juin 2000 qui a réglé la question pour la presse écrite (voy. *supra*), c'est un arrêt du 2 juin 2006 qui a réglé la question pour la presse télévisuelle⁵³.

38. Les faits de la cause méritent d'être brièvement rappelés : la RTBF entendait traiter, dans le cadre du défunt magazine d'investigation «Au nom de la loi», des erreurs médicales, notamment à l'occasion de doléances et reproches émis par divers patients d'un même hôpital contre un médecin déterminé, le Docteur B. Pour préparer l'émission, les journalistes avaient rencontré non seulement les patients, mais également le médecin en question. Celui-ci s'était refusé à toute interview, tout en acceptant de répondre pendant plusieurs heures aux questions des journalistes. Les annonces relatives à l'émission faites dans la presse écrite semblaient indiquer que le reportage serait pour le moins «croustillant». Craignant d'être lynché médiatiquement, le médecin a assigné la RTBF afin, à titre principal, d'entendre interdire la diffusion de l'émission et, à titre subsidiaire, que soit ordonnée la production aux débats de la cassette de l'émission litigieuse pour qu'il soit ensuite statué au fond. Actant le refus de production de la cassette avant dire droit, le tribunal a, par ordonnance du 24 octobre 2001, interdit, sous peine d'astreintes et à titre provisoire, la diffusion de l'émission et ce, jusqu'à une décision au fond⁵⁴.

⁵¹ Bruxelles, 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47; Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 768 et obs. F. JONGEN; Bruxelles, 21 décembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 180; *J.L.M.B.*, 2002, p. 401 et obs. F. JONGEN; Bruxelles, 22 mars 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 436, p. 26 et obs. F. TULKENS.

⁵² Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 24 janvier 1995, *Van Boxtael c. RTBF*, inédit; Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 1995, *Journ. proc.*, 1995, n° 284, p. 23 et obs. M. HANOTIAU; Civ. Bruxelles (réf.), 25 avril 1995, *Sierra 21 c. RTBF*, inédit; Civ. Bruxelles (réf.), 24 avril 1996, *Sterop c. RTBF*, inédit; Civ. Bruxelles (réf.), 6 novembre 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 316, p. 26 et obs. F. JONGEN; Civ. Bruxelles (réf.), 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710; Civ. Bruxelles (réf.), 24 octobre 2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 423, p. 20 et obs. F. TULKENS; Civ. Bruxelles (réf.), 15 novembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 187; Civ. Bruxelles (réf.), 13 décembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 189; Civ. Bruxelles (réf.), 8 novembre 2005, *A. & M.*, 2007, p. 174.

⁵³ Cass., 2 juin 2006, *A. & M.*, 2006, p. 355, concl. M.P.; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1403 et obs. F. JONGEN.

⁵⁴ Civ. Bruxelles (réf.), 24 octobre 2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 423, p. 20 et obs. F. TULKENS. La RTBF reprochera au juge de ne même pas avoir vu l'émission litigieuse!

39. Sur recours de la RTBF, la cour d'appel va prononcer deux arrêts importants. Le premier, daté du 21 décembre 2001⁵⁵, confirmera la compétence du juge pour connaître de la mesure sollicitée en référé : ni l'article 19 de la Constitution, ni l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'interdisent toute restriction à la liberté d'expression pourvu qu'elle trouve son fondement dans la loi et que les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, consacrant le respect du droit à la vie privée, ainsi que les articles 584 et 1039 du Code judiciaire, constituent pareille loi et permettent au juge des référés d'ordonner des restrictions préventives à la liberté d'expression dans les cas flagrants de violation des droits d'autrui. Dans la foulée, la Cour confirme donc l'ordonnance du premier juge, sous réserve de visionnement de l'émission litigieuse, dont elle ordonne à la RTBF de produire une copie.

Après visionnement et constatant un manque d'exactitude et d'objectivité des informations contenues dans le reportage, la Cour confirme la mesure d'interdiction de diffusion de celui-ci : pour la Cour, un organisme de télévision public qui ne parvient pas à obtenir des informations objectives ou à réaliser un débat contradictoire adapté aux téléspectateurs doit s'abstenir de se faire l'écho d'accusations dont la véracité n'est pas établie avec une certitude suffisante⁵⁶.

40. Contre ces deux arrêts, la RTBF introduira un pourvoi en cassation, qui sera rejeté par l'arrêt du 2 juin 2006.

Après avoir évacué la question de l'applicabilité de l'article 25 de la Constitution à la presse télévisée (voy. *supra*), la Cour rejette également l'argument fondé sur la violation de l'article 19, s'écartant ainsi des conclusions de son avocat général, lequel concluait à la cassation.

La motivation de l'arrêt est malheureusement lacunaire et lapidaire.

Lacunaire, car n'est visé que l'arrêt du 21 décembre 2001 ordonnant à la RTBF, avant de statuer plus avant, de produire aux débats l'enregistrement de l'émission litigieuse. Rien n'est dit du second arrêt, qui confirmait la décision d'interdiction de diffusion après visionnement. Sans doute faut-il considérer que la mesure d'ingérence la plus grande avait déjà eu lieu, *i.e.* le visionnement, et que la mesure d'interdiction, résultat de la balance des intérêts en présence, ne devait s'apprécier qu'au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et non plus de l'article 19. Semblable raisonnement est cependant insatisfaisant, comme expliqué ci-après.

⁵⁵ Bruxelles, 21 décembre 2001, *Journ. proc.*, 2002, n° 428, p. 6; *J.L.M.B.*, 2002, p. 432 et note F. JONGEN.

⁵⁶ Bruxelles, 22 avril 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 436, p. 26 et obs. F. TULKENS.

Lapidaire, car la Cour poursuit rejette sur ce point le pourvoi, au seul motif ue «le juge des référés qui tient provisoirement en suspens la diffusion d'une émission télévisée afin de garantir une protection effective des droits d'autrui, en l'espèce l'honneur, la réputation et la vie privée du défendeur, ne contrevient pas à l'article 19 de la Constitution».

Enfin, se prononçant sur la loi qui fonde la compétence du juge des référés, dans le droit fil de son arrêt du 29 juin 2000, la Cour considère que les articles 144 de la Constitution et 584, 1039 et 18, alinéa 2, du Code judiciaire, interprétés de manière constante par la Cour de cassation, constituent la loi au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, autorisant le juge à prendre des mesures de restriction préventives à la liberté d'expression. Ces dispositions sont suffisamment précises pour permettre à toute personne s'entourant, au besoin, de conseils éclairés de prévoir les conséquences juridiques de ses actes. Le juge des référés ne viole pas l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme en interdisant préventivement la diffusion d'une émission, s'il constate que cette diffusion serait de nature à porter atteinte, sans nécessité, à l'honneur, la réputation et la vie privée d'un tiers.

41. Cet arrêt n'a, curieusement, pas fait l'objet de beaucoup de critiques doctrinales, comme si les tenants de la thèse opposée étaient résignés, sous réserve cependant de l'opinion de la Cour européenne des droits de l'Homme, puisque la RTBF a introduit un recours à Strasbourg ... En jurisprudence, la décision a été suivie par les juges du fond⁵⁷.

42. Pour notre part, on approuvera cette jurisprudence dans son dispositif, même si l'on reconnaîtra que sa justification ne s'impose pas d'évidence. Non pas qu'il faille déduire du texte de l'article 19 une conception absolutiste de la liberté d'expression. S'il en était ainsi, seraient inconstitutionnelles les nombreuses normes législatives fédérales ou fédérées qui encadrent la liberté d'expression, notamment en interdisant ou réglementant certains types de discours. On songe, par exemple, à la loi du 10 décembre 1997 interdisant la publicité sur le tabac, au décret de la Communauté flamande permettant à l'ancien Conseil flamand de la radio et de la télévision d'intervenir préven-

⁵⁷ Civ. Bruxelles, 18 décembre 2007, *RTBF c. Rodwell et Février*, inédit. Cette décision indique que «la communication du reportage querellé, sur un support DVD, quelques jours avant sa diffusion aux journalistes de la presse écrite, spécialisés dans l'analyse des programmes de télévision, afin que ceux-ci puissent l'annoncer, ne peut être assimilée à une diffusion du reportage public, la communication ayant eu lieu dans un cadre restreint, dans le seul but d'annoncer la diffusion de celui-ci. L'information n'est alors pas encore 'accessible au public'. La mesure d'interdiction s'analyse donc comme une 'ingérence préventive' dans l'exercice de la liberté d'expression, et en l'espèce, de la liberté de presse»; Civ. Liège, *Mahy c. TVi et CLT-UFA*, 20 février 2008, inédit, qui rejette une demande d'interdiction de diffusion d'un reportage, après visionnement de celui-ci; Civ. Bruxelles, 19 mars 2008, *Benoît c. TVi et CLT-UFA*, inédit.

tivement et exceptionnellement pour empêcher la diffusion de programmes nuisibles aux mineurs, à l'arrêté-loi du 29 décembre 1945 portant interdiction des inscriptions sur la voie publique, *etc.* Toutes ces normes ont passé le test de constitutionnalité lorsqu'elles ont été déférées, sur recours en annulation ou sur question préjudicielle, à la Cour d'arbitrage⁵⁸.

43. Tout comme la Cour de cassation, la Cour d'arbitrage a indiqué, à plusieurs reprises, que le principe de la liberté d'expression n'est pas un droit absolu⁵⁹.

44. Dans une conception moins absolutiste, Monsieur l'Avocat général De Koster suggérerait que l'article 19 de la Constitution ne permet une intervention du juge qu'à la condition qu'elle ne requière pas « d'appréciation préalable du contenu de l'opinion avant qu'elle ne soit émise »⁶⁰. C'est ce contrôle préalable de l'information qui constituerait la mesure portant atteinte à l'essence même de la liberté d'expression, ce que le Constituant de 1830 aurait radicalement exclu. Pour compréhensible qu'il soit, ce point de vue n'a cependant pas été suivi par la Cour de cassation. Comme indiqué ci-avant, sa motivation sur ce point est trop lapidaire, mais on peut sans doute la compléter comme suit. Si, en matière de presse écrite, le raisonnement de Monsieur l'Avocat général De Koster se comprend aisément (outre l'interdiction de censure au sens de l'art. 25 de la Constitution), en matière télévisuelle, son opinion semble quelque peu éloignée de la nécessité d'éviter qu'une atteinte soit portée aux droits d'autrui. Or, comment empêcher qu'il en soit ainsi, si ce n'est, sous toutes réserves et avant dire droit, en prenant connaissance de l'émission litigieuse ?

Certes, cette intrusion du juge constitue déjà une forme d'atteinte à la liberté d'expression, mais elle se justifie par la nécessité d'assurer, préventivement, un équilibre entre les droits. Concrètement parlant, c'est à celui qui prétend qu'une émission lèsera ses droits subjectifs qu'il revient d'apporter au minimum un début de preuve suffisamment crédible pour justifier une mesure de visionnement de l'émission.⁶¹ Un visionnement préalable ne pourra en outre qu'intervenir avant dire droit. S'ensuivra alors une décision statuant au provi-

⁵⁸ Pour l'interdiction de la publicité, voy. C.A., 30 septembre 1999, arrêt n° 102/99, B.24.3; pour le décret flamand en matière télévisée, voy. C.A., 29 novembre 2000, arrêt n° 124/2000, B.6.3, al. 6; pour l'interdiction des inscriptions sur la voie publique, voy. C.A., 22 octobre 2003, arrêt n° 136/2003, B.6.3. Ces arrêts sont consultables sur le site de la Cour: www.arbitrage.be.

⁵⁹ C.A., 2 février 2000, arrêt n° 13/2000, www.arbitrage.be.

⁶⁰ Ph. DE KOSTER, concl. avant Cass., 2 juin 2006, A. & M., 2006, p. 363.

⁶¹ En ce sens, Civ. Bruxelles, 19 mars 2008, Benoît c. Tvi et CLT-UFA qui rejette semblable demande, les craintes du demandeur n'étaient pas étayées au point de considérer qu'il y avait une atteinte à un droit subjectif justifiant de visionner l'émission avant diffusion.

soire sur la demande d'interdiction (acceptation totale, acceptation partielle ou rejet).

Ceci dit, les organismes de télévision ne peuvent à la fois faire procéder à des visions de presse, diffuser des annonces «alléchantes» quant à un programme «qui fera du bruit»⁶² (le plus souvent, au détriment d'un tiers) et, dans le même temps, refuser tout débat avant diffusion devant un juge afin qu'une balance des intérêts soit opérée entre les droits allégués et l'usage dont il sera fait de la liberté d'expression.

Il conviendra aussi d'éviter que le juge n'opère un contrôle préalable «mot pour mot, image par image» de l'émission.

45. Le raisonnement de Monsieur l'Avocat général De Koster a pour effet paradoxal qu'il pourrait aboutir à ... une plus grande atteinte à la liberté d'expression : à défaut de pouvoir procéder au visionnement de l'émission, le juge pourrait uniquement se fonder sur les éléments apportés par le demandeur pour, le cas échéant, prononcer une interdiction de diffusion. On devine aisément que semblable intervention ne passerait certainement pas le test de proportionnalité auprès de la Cour de Strasbourg (voy. *infra*). Le louable objectif d'admettre une intervention préventive à la condition qu'elle ne comporte pas d'appréciation préalable du contenu de l'opinion avant qu'elle ne soit émise, n'apparaît donc ni pertinent, ni praticable.

46. En réalité, il faut plutôt constater que, comme pour la presse écrite (*cf. supra*), le Conseil de l'Europe, et très vraisemblablement la Cour européenne des droits de l'Homme, n'interdisent pas radicalement des mesures préventives avant diffusion d'une émission de télévision⁶³.

47. Certains pourraient, enfin, opposer à l'arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2006 différents arrêts de la Cour d'arbitrage semblant aller en sens contraire. Il est exact que, dans un récent arrêt, la Cour d'arbitrage n'a validé des interventions judiciaires attentatoires à la liberté d'expression qu'au motif que «le juge devra tenir compte de l'interdiction de mesures préventives en général et de l'interdiction de censures en particulier, prévues par les articles 19 et 25 de la Constitution, ce qui implique que l'intervention judiciaire n'est possible que lorsqu'une diffusion *a déjà eu lieu*»⁶⁴.

⁶² Voy, p. ex., les annonces et articles de presse décrivant l'usage d'une caméra cachée, ce qui a justifié la mesure d'interdiction de diffusion de ces images par le juge des référés (Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 2007, inédit).

⁶³ En ce sens, N. BONBLED et M. LYS, *op. cit.*, pp. 791-792.

⁶⁴ C.A., 6 octobre 2004, arrêt n° 157/2004, B.75 (www.arbitrage.be). Dans un arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996 (www.arbitrage.be), la Cour avait aussi validé les mesures réprimant le révisionnisme et le négationnisme, constatant au passage le caractère répressif des restrictions prévues.

48. On relativisera cependant, pour deux motifs, l'opposition que certains voudraient voir entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle.

Tout d'abord, l'arrêt précité portait sur des mesures de cessation de diffusion, de publication ou d'exposition en public « d'un texte, d'un avis, d'un signe ou de tout autre support concernant une discrimination ». De tels actes peuvent faire l'objet d'une action en cessation. On constate que ces actes ne visent aucunement la presse télévisée, puisqu'il s'agit le plus souvent d'écrits. À l'égard de ceux-ci, les deux Hautes juridictions ont en réalité la même jurisprudence : les interventions judiciaires ne peuvent être effectuées préventivement. La Cour constitutionnelle n'a donc pas encore été saisie de la question tranchée par la Cour de cassation. Toute transposition automatique à la presse télévisée des solutions applicables à la presse écrite procède d'un raccourci⁶⁵.

Par ailleurs, à l'égard d'autres libertés consacrées de manière tout aussi absolue par la Constitution, tel le secret de la correspondance, il est singulier de constater que la Cour constitutionnelle a développé une argumentation permettant d'en contourner ou d'en lisser le caractère absolu. Ainsi, à propos du secret des lettres que l'article 29 de la Constitution qualifie d'inviolable, la Cour indique que s'il a pu être conçu comme absolu lors de l'adoption de la Constitution, il ne peut être fait abstraction aujourd'hui, pour en déterminer la portée, d'autres dispositions constitutionnelles ainsi que de conventions internationales. « Les articles 15 et 22 de la Constitution qui garantissent respectivement l'inviolabilité du domicile et le droit au respect de la vie privée et familiale sont liés à l'article 29 et participent de la même volonté du Constituant de protéger l'individu dans sa sphère privée afin de permettre son développement et son épanouissement. Si l'article 29 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au droit fondamental qu'il consacre, une telle restriction peut néanmoins se justifier si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres droits fondamentaux »⁶⁶.

49. Ce raisonnement peut, pour sa part, être transposé à l'article 19 de la Constitution : si, lors de l'adoption de la Constitution, la liberté d'expression a pu être conçue comme absolue, sauf la répression des abus commis à l'occasion de l'usage de celle-ci, il ne peut être fait abstraction aujourd'hui, pour en déterminer la portée, d'autres dispositions constitutionnelles, ainsi que de conventions internationales, en sorte qu'une restriction peut néanmoins se justifier si

⁶⁵ Dans un arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996 (www.arbitrage.be), la Cour avait aussi validé les mesures réprimant le révisionnisme et le négationnisme, constatant au passage le caractère répressif des restrictions prévues. À nouveau, on n'extrapolera pas de cet arrêt une interdiction générale inférée de la Constitution de toute mesure préventive en matière télévisée.

⁶⁶ C.A., 21 décembre 2004, arrêt n° 202/2004, B.12.2., www.arbitrage.be.

elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres droits fondamentaux. Telle est précisément la portée de l'arrêt du 2 juin 2006⁶⁷.

Section 3

Conclusions

50. Pour clore ce chapitre, on ne peut s'abstenir de constater que c'est le surplomb législatif qui explique les orientations, parfois décisives, prises par les juges, et spécialement la Cour de cassation. On s'est écarté d'un texte devenu dépassé à plus d'un égard⁶⁸. Il est vrai que le Constituant est un peu paralysé entre une presse, à laquelle il ne veut déplaire, et des juristes divisés, qui lui suggèrent certes de moderniser les fondements du droit des médias, mais dans des sens non convergents : pour les uns, il s'agit de renforcer la protection de la presse face aux « dérives » judiciaires ; pour les autres, au contraire, il convient de permettre expressément tant des mesures préventives que répressives, chacune pouvant se justifier, pour autant qu'elles restent proportionnées.

51. Paul Martens résumait sans doute le mieux l'évolution des mentalités en la matière : « Est-il encore possible (...) d'entonner le chant de la liberté absolue et de redire l'abomination de toute censure ? N'est-il pas plus productif d'admettre que la censure est un phénomène social inévitable et de s'interroger sur ses fondements et par conséquent sur ses limites plutôt que de déplorer vainement son existence ? (...) Il est un domaine dans lequel on ne pourrait admettre que les juges restent passifs : c'est celui des atteintes aux personnes (...). À quoi bon inscrire dans nos constitutions le respect de la vie privée, le droit au procès équitable et celui de vivre conformément à la dignité humaine si des existences peuvent être saccagées par une presse dont l'inspiration se trouve davantage dans la liberté de vendre que de penser ? (...) Aucune corporation n'échappe au surplomb des droits fondamentaux et des contrôles juridictionnels qui en assurent le respect »⁶⁹.

52. C'est l'évolution de ces contrôles que le présent texte a voulu retracer quant à la compétence du juge. Il reste, dans un second chapitre, à résumer les critères de fond que le juge européen de la proportionnalité a forgés au fil des cas d'espèce.

⁶⁷ Dans un arrêt du 18 novembre 2002, le Hoge Raad des Pays-Bas est arrivé à la même conclusion à propos d'une interdiction de diffusion d'une émission de télévision, dans les conditions de l'art. 10 de la C.E.D.H., nonobstant l'art. 7, al. 2, de la Constitution hollandaise, qui est libellé comme suit : « De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op een radio-of televisieuitzending » (voy. sur cet arrêt, *Mediaforum*, 2003-3, n° 14).

⁶⁸ Sur ce hiatus entre le texte constitutionnel et la pratique, cf. J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiek Recht*, Bruges, die Keure, 2007, pp. 564-568.

⁶⁹ P. MARTENS, « Préface » à l'ouvrage de K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 16-17.

Chapitre 2

Étendue et limites de la liberté d'expression selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

53. La Convention européenne des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales constitue aujourd'hui la norme de base en matière de protection des droits fondamentaux, et en particulier de la liberté d'expression, dans les États membres du Conseil de l'Europe. Elle complète efficacement les garanties constitutionnelles (lesquelles font l'objet d'une analyse dans d'autres contributions du présent ouvrage⁷⁰), dans la mesure où elle a un effet direct dans l'ordre juridique belge, permettant ainsi à toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'un des États signataires d'introduire une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme lorsque les voies de recours internes sont épuisées. À travers l'abondance des décisions rendues, l'autorité particulière qui s'y attache et le travail de motivation réalisé, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg contribue très clairement à définir l'étalon de référence permettant de délimiter l'étendue de la protection de la liberté d'expression, même si, comme on le rappellera en conclusion de ce chapitre, la précision de l'étalon en provenance de Strasbourg n'est pas celle du mètre-étalon de Sèvres. À ce titre, la jurisprudence sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme mérite un examen approfondi.

54. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose que :

« 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 États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations⁷¹.

⁷⁰ Voy, p. ex., la contribution de M. ISGOUR.

⁷¹ On ne reviendra pas ici sur les conséquences qui découlent de la possibilité d'un régime d'autorisation pour le domaine de l'audiovisuel, question qui relève davantage du droit administratif (voy. F. JONGEN, *Le droit de la radio et de la télévision*, Bruxelles, De Boeck-Westmael, 1989 ; B. MOUFFE et S. HOEBEKE, *Le droit de la presse : presse écrite, presse audiovisuelle, presse électronique*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2^e éd., 2005).

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 ».

55. La liberté d'expression, telle que reconnue par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, comporte donc deux facettes : un droit actif de diffusion et un autre, passif, de réception.

Section 1

Les deux volets de la liberté d'expression

A. Liberté d'opinion et liberté de communication

56. Le droit d'avoir des opinions et de communiquer des informations et des idées est l'aspect le plus connu de la liberté d'expression. La liberté de communiquer l'information constitue le préalable nécessaire aux autres libertés et aux autres droits liés à l'information transmise.

57. La récente jurisprudence de la Cour – résumée dans les pages suivantes, qui reprennent la structure et de larges passages aux remarquables analyses de Sébastien van Drooghenbroeck⁷² – montre l'étendue de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme :

- quant aux personnes ;
- quant aux types de discours ;
- quant au contexte de la communication.

⁷² S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, 2 vol., Bruxelles, Larcier, 2006, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, vol. 57, pp. 73-102 (cité ci-après « S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004* »). Voy. aussi la précédente revue de la jurisprudence de la Cour par S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, vol. 39, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 163-179. Les pages qui suivent reposent également sur les très utiles synthèses publiées régulièrement par D. VOORHOOF dans la revue *Auteurs & Média* (voy., p ex., les arrêts récents de la Cour eur. D.H. se rapportant à l'art. 10 de la C.E.D.H. : janvier-mars 2007, A. & M., 2007, pp. 262 et s. ; novembre-décembre 2006, A. & M., 2006, pp. 122 et s. ; mai-juin 2006, A. & M., 2006, pp. 342 et s. ; février-avril 2006, A. & M., 2006, pp. 281 et s. ; janvier 2006, A. & M., 2006, pp. 193 et s. ; juillet-octobre 2005, A. & M., 2005, pp. 436 et s. ; mai-juin 2005, A. & M., 2005, pp. 308 et s. ; mars-avril 2005, A. & M., 2005, pp. 252 et s. ; janvier-février 2005, A. & M., 2005, pp. 149 et s.).

58. Selon la Cour, le champ d'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme est très large, puisque cette disposition s'applique à toute personne, à tout type de discours (avec une importante exception : le discours haineux) et peu importe les circonstances dans lesquelles a lieu la communication.

I. Auteur de la communication – Champ d'application *ratione personae*

a) Toute personne physique ou morale contribuant à la communication

59. Le champ d'application *ratione personae* de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme est large : en bénéficie « toute personne », qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale⁷³.

60. La personne protégée sera souvent l'auteur des propos. Les propos tenus par des journalistes sont, bien entendu, protégés. Toutefois, ce n'est pas seulement l'auteur intellectuel de l'expression qui est protégé, mais toute personne qui prête directement ou indirectement son concours à la diffusion du message protégé. Dans cette mesure, une personne morale, y compris une société commerciale⁷⁴, peut en bénéficier. Selon les termes de la Cour, « l'article 10 garantit la liberté d'expression à 'toute personne' ; il ne distingue pas d'après la nature du but recherché ni d'après le rôle que les personnes, physiques ou morales, ont joué dans l'exercice de cette liberté (...). Il concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de leur diffusion, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations »⁷⁵. Ainsi, une interdiction de retransmettre *en direct* des débats judiciaires, qui laisse toutefois la possibilité d'en faire des comptes rendus, constitue une restriction à la liberté d'expression, laquelle peut toutefois être jugée « nécessaire dans une société démocratique »⁷⁶. De même, l'interdiction de commer-

⁷³ Voy. Cour eur. D.H., *Cetin et autres c. Turquie*, req. n°s 40153/98 et 40160/98, arrêt du 13 février 2003, § 57, *Recueil* 2003-III (extraits).

⁷⁴ Cour eur. D.H., *Autronic AG c. Suisse*, req. n° 12726/87, arrêt 22 mai 1990, *Série A* n° 178.

⁷⁵ Cour eur. D.H., *Cetin et autres c. Turquie*, req. n°s 40153/98 et 40160/98, arrêt du 13 février 2003, § 57, *Recueil* 2003-III (extraits).

⁷⁶ Voy. Cour eur. D.H., *P4 Radio Helle Norge Asa c. Norvège*, déc. sur la recevabilité du 6 mai 2003, *Recueil* 2003-VI : « les systèmes juridiques des États contractants ne révèlent pas de consensus quant au point de savoir si la diffusion en direct, que ce soit par la radio ou par la télévision, est un moyen essentiel pour la presse de communiquer des informations et des idées relativement à une procédure judiciaire. Il n'est pas rare que les salles d'audience des juridictions internes des États contractants soient conçues de manière à tenir compte non seulement du besoin de transparence dans l'administration de la justice, mais également de la nécessité d'éviter que le déroulement de la procédure soit perturbé ou influencé par la présence du public dans la salle. Selon les circonstances, la diffusion en direct du son et des images d'une salle d'audience peut affecter le cours du procès, créer une pression supplémentaire sur ceux qui y participent, voire même influencer indûment sur leur comportement et donc nuire à une bonne administration de la justice. De plus, si la retransmission en direct a l'avantage de permettre à l'ensemble du

cialiser des antennes paraboliques tombe dans le champ de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et peut donc, dans certains cas, constituer une restriction non justifiée à la liberté d'expression⁷⁷.

61. La Cour a été amenée à se prononcer sur la situation particulière de certaines personnes.

b) *Éditeurs et autres participants à la communication*

62. La Cour rappelle qu'«en fournissant un support aux auteurs, les éditeurs participent à l'exercice de la liberté d'expression»⁷⁸. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme les protège donc contre toute forme de condamnation pour les écrits qu'ils publieraient ou les propos qu'ils diffuseraient⁷⁹. La question de savoir s'ils s'associent ou non au contenu proprement dit des écrits ou des propos est indifférente⁸⁰. L'actionnaire majoritaire d'un organe de presse est également protégé en cas de publication d'un article litigieux⁸¹.

c) *Fonctionnaires et magistrats soumis à une obligation de réserve*

63. Si la liberté de communication vaut pour toute personne, une obligation de réserve pèsera néanmoins sur les fonctionnaires en général, et notamment sur les magistrats. Une telle limitation n'entame en rien la liberté d'expression en tant que telle, mais s'inscrit dans le système de restrictions prévu au second paragraphe de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (voy. *infra*) et peut justifier la nécessité d'accepter éventuellement un degré plus élevé d'ingérence dans l'exercice de cette liberté⁸². C'est ce qu'indique la Cour de Strasbourg dans son arrêt *Vogt*⁸³ : «s'il apparaît légitime pour l'État de soumettre [les fonctionnaires], en raison de leur statut, à une obligation de réserve, il s'agit néanmoins d'individus qui, à ce titre, bénéficient de la protection de l'article 10 de la Convention. Il revient donc à la Cour, en tenant

public d'écouter et d'observer des audiences, les médias opèrent tout de même généralement un choix dans les informations à transmettre, même si cette fonction de filtre s'exerce différemment que dans la presse écrite ».

⁷⁷ Cour eur. D.H., *Autronic AG c. Suisse*, req. n° 12726/87, arrêt 22 mai 1990, *Série A* n° 178.

⁷⁸ Cour eur. D.H., *Chauvy et autres c. France*, req. n° 64915/01, arrêt du 29 juin 2004, § 79, *Recueil* 2004-VI.

⁷⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, p. 74.

⁸⁰ Cour eur. D.H., *Éditions Plon c. France*, req. n° 58148/00, arrêt du 18 mai 2004, § 22, *Recueil* 2004-IV.

⁸¹ Cour eur. D.H., *Surek c. Turquie* (n° 2), req. n° 24122/94, arrêt du 8 juillet 1999, § 36.

⁸² Dans l'arrêt *Glaserapp c. Allemagne* du 28 août 1986 (req. n° 9228/80, *Série A* n° 104), la Cour de Strasbourg a admis «qu'en règle générale, les garanties de la Convention s'appliquent aux fonctionnaires». Voy. B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2001, pp. 87 et s.

⁸³ Cour eur. D.H., *Vogt c. Allemagne*, req. n° 17851/91, arrêt du 26 septembre 1985, *Série A* n° 323.

compte des circonstances de chaque affaire, de rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un État démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncées à l'article 10 par. 2».

d) *Autres statuts*

64. La Cour a rappelé qu'aucun «statut» particulier ne peut priver une personne du bénéfice de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme : ainsi, les avocats ou les détenus en bénéficient également.

II. Catégories de discours – Champ d'application *ratione materiae*

a) *Tout discours, même choquant et provoquant*

65. Tout discours est en principe couvert par la liberté d'expression, qu'il ait un contenu léger ou plus radical. C'est ainsi que la Cour a forgé dans l'affaire *Handyside*⁸⁴ la formule bien connue et reprise dans de multiples arrêts postérieurs, selon laquelle :

«la liberté d'expression vaut non seulement pour les 'informations' ou les 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique'».

Dans cette affaire *Handyside*, il était question de la distribution, au début des années '70, d'un «Petit livre rouge à l'usage des écoliers», mettant à disposition des adolescents un certain nombre d'informations, notamment relatives à la sexualité. S'appuyant sur une loi interdisant les publications obscènes, les autorités britanniques firent saisir plusieurs centaines d'exemplaires du petit livre, et le responsable de la maison d'édition, Mr Handyside, fut condamné au paiement d'une amende. En dépit d'une affirmation forte de la liberté d'expression (dans la formule rappelée ci-dessus), la Cour conclut à la non-violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, au motif, souvent repris par la suite, qu'en matière de morale, les États membres dispo-

⁸⁴ Cette célèbre formule a été utilisée pour la première fois dans l'arrêt fondateur *Handyside c. Royaume-Uni* du 4 novembre 1976, et a été ensuite reprise de nombreuses fois depuis lors, au point de devenir un «lieu commun» dans les motifs de la Cour (voy., p. ex. Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, arrêt du 7 décembre 1976, § 49, Série A n° 24; *Jersild c. Danemark*, req. n° 15890/89, arrêt du 23 septembre 1994, Série A n° 298; *Castells c. Espagne*, req. n° 11798/85, arrêt 23 avril 1992, § 42, Série A n° 236; *Oberschlick c. Autriche*, req. n° 11662/85, arrêt du 23 mai 1991, § 57, Série A n° 204).

sent d'une large marge d'appréciation⁸⁵. De la même manière, en cas de propos touchant à la religion (cas du blasphème), la Cour de Strasbourg se montre en définitive très timide dans son contrôle, tout en rappelant que des propos touchant à la morale ou à la religion sont visés par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

66. L'arrêt rendu dans l'affaire *De Haes et Gijssels* montre également que la liberté d'expression protège non seulement les idées, mais aussi la façon de les exprimer, fût-ce avec un certain degré d'exagération. En l'espèce, deux journalistes de l'hebdomadaire *Humo* avaient été condamnés en Belgique pour leurs «accusations irresponsables» et leurs «insinuations offensantes» à l'égard de magistrats anversois dans le cadre de l'affaire dite du notaire X, un notaire accusé de pédophilie mais finalement mis hors de cause faute d'éléments probants. Les journalistes d'*Humo* avaient critiqué de façon extrêmement virulente la décision des magistrats concernant le notaire X, ainsi que les magistrats eux-mêmes. Rappelant la nécessaire distinction entre les faits, dont la matérialité peut se prouver, et les jugements de valeur, qui se prêtent moins à une démonstration de leur exactitude (voy. *infra*), la Cour avait constaté que la condamnation visait les commentaires inspirés par les faits et que «la liberté journalistique comprend le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation»⁸⁶.

b) *Limitation pour les discours «liberticides» ou de haine («hate speech»)*

67. Ce n'est cependant pas à dire que la liberté d'expression est absolue. L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme interdit l'abus de droit en ces termes : «Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée 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». En quelque sorte : pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Nul ne peut donc se prévaloir des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme pour affaiblir ou détruire les idéaux ou valeurs d'une société démocratique, lesquels sous-tendent le texte de ladite Convention. Ce verrou de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'applique notamment dans le domaine de la liberté d'expression.

⁸⁵ Voy. M. CANDELA SORIANO et A. DEFOSSEZ, «La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. D.H.*, 2006, n° 68, pp. 820 et s.

⁸⁶ Cour eur. D.H., *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. n° 19983/92, arrêt du 24 février 1997, *Recueil* 1997-1.

68. On retrouve une application de cet article dans une décision d'irrecevabilité rendue par la Cour à propos d'un recours introduit par un dirigeant néonazi autrichien condamné dans son pays à huit ans d'emprisonnement pour violation d'une loi interdisant le parti national-socialiste : « le national-socialisme est une doctrine totalitaire incompatible avec la démocratie et les droits de l'homme, et ses partisans se livrent donc à des activités visant des objectifs tels que ceux invoqués à l'article 17 »⁸⁷.

Un discours raciste ou révisionniste ne bénéficiera donc pas de la protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans l'affaire *Jersild*, un journaliste de la radio publique danoise avait été condamné pour avoir, dans un reportage consacré à des skinheads, laissé ceux-ci exprimer leurs idées racistes sans les censurer et sans les accompagner de critiques suffisamment explicites. La Cour estima tout d'abord que : « Il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations. (...) Nul doute que les remarques [des skinheads] (...) étaient plus qu'insultantes pour les membres des groupes visés et ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10 ». Cependant, selon la Cour, sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de tels propos haineux entraverait la contribution de la presse au débat d'intérêt général, et constitue donc une ingérence non justifiée dans la liberté d'expression⁸⁸.

69. Dans une décision *Norwood*, la Cour déclara incompatible *ratione materiae* avec la Convention une requête par laquelle un membre du British National Party, sous étendard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, se plaignait de l'interdiction, pénalement sanctionnée, qui lui avait été faite d'afficher, à la fenêtre de son domicile, une affiche représentant notamment les Twin Towers du WTC en flammes, accompagnées du slogan « Muslim out of Britain – Protect British People »⁸⁹. Selon la Cour, « une telle attaque générale et virulente à l'encontre d'un groupe religieux, consistant à établir un lien entre ce groupe comme tel et un acte grave de terrorisme, est incompatible avec les valeurs proclamées et garanties par la Convention, notamment la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination »⁹⁰.

70. De même, dans une affaire *Garaudy* à propos des passages révisionnistes de l'ouvrage « Les mythes fondateurs de la politique israélienne », qui valut à son auteur la condamnation par les juridictions françaises, la Cour a utilisé l'article

⁸⁷ Cour eur. D.H., *Schimanek c. Autriche*, déc. sur la recevabilité du 1^{er} février 2000.

⁸⁸ Cour eur. D.H., *Jersild c. Danemark*, req. n° 15890/89, arrêt du 23 septembre 1994, §§ 30 et 35, *Série A* n° 298.

⁸⁹ Voy. S. VAN DROOGENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, p. 147.

⁹⁰ Cour eur. D.H., *Norwood c. Royaume-Uni*, req. n° 23131/03, arrêt du 16 novembre 2004.

17 pour considérer comme irrecevable une requête fondée sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁹¹. Selon la Cour de Strasbourg, «il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention»⁹².

71. De même, la Cour donne à penser (sans le dire expressément) que l'article 17 s'applique à la publication d'un article dans une feuille de liaison scolaire d'un texte particulièrement scandaleux, intitulé «Trop c'est trop»⁹³.

72. Dans certaines affaires mettant en cause des propos hostiles à la limite du «discours haineux», la Cour n'invoque pas expressément le couperet de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme (voy. *supra*), mais s'efforce de tracer la limite entre ce qui est ou non protégé au titre de l'article 10 de ladite Convention. Dans les nombreuses affaires impliquant la Turquie, la Cour distingue ainsi les cas où les propos de sympathisants kurdes, parfois très acerbes et hostiles, brossent un tableau des plus négatifs de l'État turc — ces propos demeurant protégés au titre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme — et les propos qui exhortent à l'usage de la violence, à la résistance armée, au soulèvement, et qui, en tant que discours de haine, ne méritent pas protection⁹⁴. En outre, la Cour

⁹¹ Nous suivons ici S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, p. 147.

⁹² Cour eur. D.H., *Garaudy c. France*, req. n° 65831/01, déc. sur la recevabilité du 24 juin 2003, *Recueil* 2003-IX.

⁹³ Le requérant écrivait notamment : «Les illusionnistes n'avaient pas prévu qu'en échange de la fuite éperdue de ces maudits Français d'Afrique du Nord, des hordes musulmanes inassimilables débarqueraient et investiraient les plus reculés de nos cantons. Ils sont aujourd'hui cinq millions, construisent partout des mosquées et quand ils parlent de mettre les voiles ... ne vous réjouissez pas trop, ce n'est qu'à leurs sales gamines arrogantes!» (Cour eur. D.H., *Jacques Seurot c. France*, req. n° 57383/00, déc. sur la recevabilité du 18 mai 2004).

⁹⁴ Cour eur. D.H., *Falakaoglu c. Turquie* (n° 3), req. n° 16229/03, arrêt du 23 janvier 2007, § 30.

prend le soin d'écarter l'application de l'article 10 lorsque les requérants ont été condamnés pour des délits tels que l'appartenance à une bande armée ou une organisation terroriste⁹⁵.

c) *Discours commercial*

73. La Cour a été confrontée, à différentes reprises, à la question de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme au discours commercial.

74. Dans l'affaire *Barthold*, un vétérinaire et propriétaire d'une clinique vétérinaire était mis en cause car il avait pris officiellement position dans un journal hambourgeois pour un service de garde d'urgence pour les animaux. Cette intervention avait été assimilée à de la publicité par ses collègues et les juges allemands, qui avaient condamné le médecin pour son intervention. Saisie par ce vétérinaire, la Cour estima que : « On ne saurait en dissocier les éléments qui touchent moins à la substance qu'au mode de formulation et qui, selon les juridictions allemandes, ont un effet publicitaire ; on le peut d'autant moins qu'il s'agissait d'un article écrit par un journaliste et non d'une annonce commerciale. La Cour constate dès lors l'applicabilité de l'article 10, sans avoir besoin de rechercher en l'espèce si la publicité comme telle bénéficie ou non de la garantie qu'il assure »⁹⁶.

75. La Cour s'est montrée plus explicite dans le cadre d'une affaire où une revue, s'attachant à défendre les intérêts des PME du commerce de détail, avait été condamnée pour une publication mettant en cause un club de vente par correspondance de produits cosmétiques. « L'article 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 »⁹⁷. Toutefois, comme on le verra, la densité de la protection accordée varie selon les types de discours, et la protection du discours commercial est parfois atténuée (voy. *infra*).

⁹⁵ Cour eur. D.H., *Benli c. Turquie*, req. n° 65715/01, arrêt du 20 février 2007, § 45; *Mehmet Reşit Arslan c. Turquie*, déc. sur la recevabilité du 1^{er} juin 2006; *F.A. c. Turquie*, déc. sur la recevabilité du 1^{er} février 2005; *Müslüm Gündüz*, req. n° 59997/00, déc. sur la recevabilité du 9 novembre 2004; *Şirin c. Turquie*, déc. sur la recevabilité du 27 avril 2004; *Kılıç c. Turquie*, déc. sur la recevabilité du 8 juillet 2003.

⁹⁶ Cour eur. D.H., *Barthold c. Allemagne*, req. n° 8734/79, arrêt du 25 mars 1985, *Série A* n° 90.

⁹⁷ Cour eur. D.H., *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. n° 10572/83, arrêt du 20 novembre 1989, § 26, *Série A* n° 165.

III. Contexte de la communication – Champ d'application *ratione situationis*

76. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme est susceptible de s'appliquer à tout contexte. Mais la situation dans laquelle ont été tenus les propos litigieux est souvent un élément déterminant pour l'appréciation de la violation (voy. *infra*, n° 125). Les circonstances de la communication, plus que le statut de celui qui émet les propos, sont déterminantes. C'est ainsi que la Cour a considéré qu'il n'y avait pas violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme lors de la condamnation, à huit mois d'emprisonnement avec sursis et à une lourde amende, d'un journaliste polonais qui avait insulté deux agents, dans la mesure où ses propos « ne faisaient pas partie d'un débat ouvert concernant des questions d'intérêt général et ne mettaient pas non plus en cause la liberté de presse puisque l'intéressé, certes journaliste de son état, a manifestement agi à cette occasion en tant que particulier »⁹⁸. Lorsque l'expression incriminée s'inscrit dans un débat d'intérêt général, elle pèsera plus lourd dans l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence (voy. *infra*).

B. Liberté de réception

77. La deuxième facette de la liberté d'expression réside dans le droit de recevoir des informations et des idées. La liberté de communiquer et la liberté de réception sont indissolublement liées, mais la liberté de réception est moins fortement consacrée dans les textes que le premier volet de la liberté d'expression. L'article 19 de la Constitution belge ne fait pas expressément référence à la « liberté de réception », tandis que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme précise que « le droit à la liberté d'expression comprend la liberté de recevoir (...) des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières »⁹⁹.

78. Ce droit de recevoir des informations n'est pas sans limites. Des spécialistes du droit des médias ont, par le passé, pu douter de l'existence d'un « droit de savoir » ou, en tout cas, ont mis en évidence les possibles abus que la formule « droit à l'information » recèle¹⁰⁰. Comme le résume François Jongen, « on ne

⁹⁸ Cour eur. D.H., *Janowski c. Pologne*, req. n° 25716/94, arrêt du 21 janvier 1999, *Recueil* 1999-I.

⁹⁹ S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 149 (si ce texte, établi après la Seconde Guerre mondiale, se réfère expressément à la liberté de recevoir des informations ou des idées, c'est sans doute parce que la communauté internationale sortait du fascisme, lequel avait usé et abusé de la propagande pour annihiler la liberté de pensée et pour mouvoir les masses).

¹⁰⁰ Pour une brève discussion de cette question, voy. F. JONGEN, « Y a-t-il un droit de savoir ? », *Juger*, 1995, n° 8-10, pp. 17-22. Voy. aussi M. HANOTIAU, « Le droit à l'information », *Rev. trim. D.H.*, 1993, pp. 23-56, qui distingue le « droit à l'information » comme un « alibi » et le « droit fondamental sauvegardant le pluralisme de la presse » (le droit à l'information devient un alibi quand il est utilisé comme synonyme

peut déduire de [la liberté de réception] un prétendu droit de savoir, dont se revendiquent d'ailleurs plus souvent les journalistes en quête de sensationnalisme que les lecteurs, auditeurs ou spectateurs »¹⁰¹.

Bien au contraire, des règles dérivant de la liberté d'expression et de la presse permettent de bloquer l'accès à certaines informations. Que l'on songe, par exemple, aux règles protégeant le secret des sources des journalistes¹⁰² – où il apparaît que la protection de la liberté d'expression peut exiger la reconnaissance d'un droit (du journaliste) de « taire ses sources » et de refuser l'accès à l'information (qu'une autorité de police tenterait, p. ex., d'obtenir). Le droit au respect de la vie privée sert également de fondement au « droit au silence ou à l'oubli », qui, dans certaines circonstances, permet à un individu d'interdire à la presse une re-divulgateur d'informations, ce qui limite la possibilité du public d'avoir accès à une information (sur une condamnation passée, p. ex.)¹⁰³. On pourrait multiplier les exemples.

79. Le volet « liberté de réception » a fait l'objet de moins de litiges, mais il n'est pas totalement absent de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : « non seulement la presse a la tâche de communiquer de telles informations et idées : le public a aussi le droit de les recevoir »¹⁰⁴. La portée du droit à l'information a ainsi été définie par la Cour européenne des droits de l'Homme de manière stricte :

« Quant à la liberté de recevoir des informations, elle interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir. Dans des circonstances du genre de celles de la présente affaire, l'article 10 n'accorde pas à l'individu le droit d'accéder à un registre où figurent des renseignements sur sa propre situation, ni n'oblige le gouvernement à les lui communiquer »¹⁰⁵.

d'« accès à l'information » par des journalistes sans scrupules et des magnats de la presse dans leurs tentatives de justifier différentes violations des droits d'autrui).

¹⁰¹ F. JONGEN, *Droit des médias*, syllabus UCL, année académique 2006-2007, p. 17.

¹⁰² Voy., p. ex., la loi belge du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques.

¹⁰³ Ce droit à l'oubli a toutefois des limites assez strictes. Voy., à ce propos, A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné : après le moment du compte rendu, vient le temps du silence », in *L'accélération du temps juridique* (Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 737-748.

¹⁰⁴ Cour eur. D.H., *Worm c. Autriche*, req. n° 22714/93, arrêt du 29 août 1997, § 50, *Recueil* 1997-V ; *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, arrêt du 7 décembre 1976, § 52, *Série A* n° 24 ; *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, arrêt du 26 avril 1979, *Série A* n° 30.

¹⁰⁵ Cour eur. D.H., *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81, arrêt du 26 mars 1987, *Série A* n° 116. Voy. égal. Cour eur. D.H., *Guerra et autres c. Italie*, req. n° 14967/89, arrêt du 19 février 1998, § 5, *Recueil* 1998-I.

80. Un individu ne saurait dès lors se prévaloir de sa liberté d'expression et d'information afin de se ménager l'accès à une information dont un tiers serait en possession¹⁰⁶.

Aucun des textes en matière de liberté d'expression ne reconnaît, comme tel, un droit général du public à l'accès à l'information¹⁰⁷. Un droit d'accès n'est garanti qu'en présence d'un texte spécifique, national ou international, qui le prévoit. Comme l'a recensé Fr. Dubuisson, c'est le cas pour la transparence administrative¹⁰⁸, l'accès à l'information environnementale¹⁰⁹, l'accès aux données personnelles¹¹⁰, le droit d'accès du public aux retransmissions télévisées d'événements considérés comme d'importance majeure¹¹¹, ou lorsqu'un tel

¹⁰⁶ Voy. E. MACCKAAY, « The Public's Right to Information », in *Information Law Towards the 21st Century* (W.F. KORTHALS ALTES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOLTZ and J.J.C. KABEL eds.), Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 171.

¹⁰⁷ Voy. la thèse et les excellents travaux de Fr. DUBUISSON, et notamment « Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les 'droits' sur l'information : vrai ou faux débat? », in *Droit d'auteur et liberté d'expression? Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs* (A. STROWEL et Fr. TULKENS dir.), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 89 et s. Voy. aussi J. VELU et R. ERGEC, v° Convention européenne des droits de l'homme, R.P.D.B., compl. t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 608; Fr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^e éd., Paris, PUF, 2003, pp. 418-419.

¹⁰⁸ L'art. 32 de la Constitution consacre un droit à l'accès à l'information limité à la consultation des documents administratifs (« Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi »). Voy. L. 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, M.B., 30 juin 1994 (art. 9); Décr. Comm. fr. 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, M.B., 31 décembre 1994 (art. 9); Ord. Rég. Brux.-Cap. 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, M.B., 30 juin 1995 (art. 13); Décr. Rég. w. 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, M.B., 28 juin 1995 (art. 9); Décr. Comm. germ. 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs; Décr. C.C. fr. 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration, M.B., 27 août 1996 (art. 11); L. 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, M.B., 19 décembre 1997 (art. 10).

¹⁰⁹ Voy. not. Dir. 90/313/CE du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, J.O.C.E., L 158 du 26 juin 1990, mod. par Dir. 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, J.O.U.E., L 41 du 14 février 2003; la Convention des Nations unies sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, adoptée à Aarhus le 25 juin 1998, ratifiée par la Belgique le 21 janvier 2003 (L. 17 décembre 2002, M.B., 24 avril 2003).

¹¹⁰ Voy. Conv. n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ratifiée par la Belgique le 28 mai 1993; Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E., n° L 281 du 23 novembre 1995; L. 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, M.B., 3 février 1999.

¹¹¹ Dir. 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, mod. par Dir. 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, J.O.C.E., L 202 du 30 juillet 1997, p. 60.

droit peut être considéré comme devant découler de l'exercice d'un autre droit ou liberté fondamentale. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'Homme a pu fonder un droit d'accès à certaines informations personnelles ou environnementales sur le droit au respect de la vie privée et familiale (C.E.D.H., art. 8) ou le droit à la vie¹¹².

81. La liberté de réception ne saurait donc pas s'interpréter comme un « droit de savoir » absolu.

82. En outre, comme la liberté de communiquer des informations, elle doit souffrir un certain nombre de restrictions relatives notamment au respect de la vie privée et aux dispositions protégeant l'ordre public et les bonnes mœurs. Ces restrictions sont permises par le § 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Section 2

Le système de restrictions (C.E.D.H., art. 10, § 2)

83. L'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit que :

« 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 ».

84. Les limitations à la liberté d'expression (« formalités, conditions, restrictions ou sanctions ») sont donc soumises à trois conditions :

- une exigence de légalité (« prévues par la loi ») ;
- une exigence de légitimité (fondées sur un but légitime) ;
- une exigence de proportionnalité (« nécessaires dans une société démocratique »).

¹¹² Voy. Cour eur. D.H., *Öneriyildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99, arrêt du 30 novembre 2004, *Recueil* 2004-XII; *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98, arrêt du 13 février 2003, § 42, *Recueil* 2003-III; *M.G. c. Royaume Uni*, req. n° 39393/98, arrêt du 24 septembre 2002; *Guerra et autres c. Italie*, req. n° 14967/89, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I; *Gaskin c. Royaume Uni*, req. n° 10454/83, arrêt du 7 juillet 1989, *Série A* n° 160.

A. Prévu par la loi

85. La jurisprudence de la Cour européenne a précisé cette exigence de légalité.

I. Une disposition normative de portée générale

86. Il peut s'agir d'une loi, d'un règlement, voire d'un code de déontologie, pour autant que ce dernier découle d'une délégation du législateur et soit exécuté par un ordre sous le contrôle de l'État – ce qui ne saurait concerner les codes de déontologie journalistique, mais, par exemple, le code de déontologie des avocats ou des médecins¹¹³.

La loi doit être une norme de portée générale, et non un acte individuel.

Elle ne doit pas nécessairement être une norme écrite. La Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de le préciser dans différents arrêts concernant des normes de la *common law*.

II. Une disposition accessible

87. L'adage suivant lequel « nul n'est censé ignorer la loi » fait peser une obligation d'auto-information plus ou moins étendue selon le tempérament et les moyens de chacun. Pour une personne active dans le secteur de la presse, l'obligation de s'informer sur ses devoirs est d'autant plus rigoureuse, puisque, par sa fonction, elle risque de mettre indûment en cause un tiers¹¹⁴. Pour un citoyen, il faut qu'il puisse « disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné »¹¹⁵.

III. Une disposition claire, précise et prévisible

88. La loi doit « user de termes clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer » une ingérence dans un droit garanti par la Convention¹¹⁶. « On ne peut considérer comme une loi 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 raisonna-

¹¹³ S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Les droit de la presse*, 2^e éd., op. cit., p. 110, n° 230.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 111, n° 233.

¹¹⁵ Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, arrêt du 26 avril 1979, *Série A* n° 30.

¹¹⁶ Cour eur. D.H., *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, arrêt du 2 août 1984, *Série A* n° 82, et *Leander c. Suède*, req. n° 9248/81, arrêt du 26 mars 1987, *Série A* n° 116.

ble dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé»¹¹⁷.

89. Cette exigence permet de proscrire les formules vagues et imprécises qui susciteraient l'autocensure du journaliste, désireux d'éviter les poursuites de tous ordres, autocensure particulièrement néfaste à la liberté de la presse en ce qu'elle repose sur le degré de résistance de chaque personne et induit des comportements incontrôlés et disparates.

90. Une habilitation très générale d'un juge, telle que celle réalisée par l'article 584 du Code judiciaire belge, reconnaissant au président du tribunal de première instance le pouvoir de statuer au provisoire « en toutes matières », a été reconnue comme suffisamment claire et précise pour passer le test de légalité au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, sans qu'il soit nécessaire que cette compétence soit expressément insérée dans la liste expresse prévue à l'article 587 du Code judiciaire¹¹⁸.

Autre exemple : une disposition qui, à l'instar de l'article 204 du Code pénal suisse, incrimine les actes « obscènes » remplit la condition de prévisibilité raisonnable, même si le terme « obscène », plutôt vague, se prête à de nombreuses interprétations¹¹⁹.

91. La Cour européenne admet que la jurisprudence d'un État serve de base légale pour l'ingérence, à condition que la jurisprudence en cause soit « nette », « abondante », « amplement commentée », « publiée » et « constante »¹²⁰.

B. Fondées sur un but légitime

92. L'ingérence ne peut être admise que si elle se fonde sur l'un des buts légitimes que l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme énumère de manière limitative : la limitation doit être nécessaire « 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

¹¹⁷ Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, arrêt du 26 avril 1979, § 49, *Série A* n° 30, et *Olsson c. Suède* (n° 1), req. n° 10465/83, arrêt du 24 mars 1988, § 51, *Série A* n° 130.

¹¹⁸ Voy. le chap. 1 de la présente contribution.

¹¹⁹ Cour eur. D.H., *Müller c. Suisse*, req. n° 10737/84, arrêt du 24 mai 1988, *Série A* n° 133.

¹²⁰ Cour eur. D.H., *Chappell c. Royaume-Uni*, req. n° 10461/83, arrêt du 30 mars 1989, § 56, *Série A* n° 152-A ; *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. n° 10572/83, arrêt du 20 novembre 1989, § 30, *Série A* n° 165 ; *Kruslin c. France*, req. n° 11801/5, arrêt du 24 avril 1990, § 29, *Série A* n° 176-A.

du pouvoir judiciaire» (nous soulignons les buts légitimes que nous commentons brièvement ici).

93. Certains de ces buts légitimes, dont celui de la protection «des droits d'autrui», sont très ouverts et couvrent énormément de choses différentes. Parmi les droits d'autrui souvent mis en balance avec la liberté d'expression, on trouve le droit à la vie privée, lui-même consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

94. Depuis quelques années, les affaires impliquant la «défense de l'ordre» public sont devenues très courantes. Cela va de pair avec l'important contentieux impliquant la Turquie et la question kurde; de nombreuses violations de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme ont été constatées dans ces affaires¹²¹.

95. Les affaires mettant en cause le respect de «l'impartialité du pouvoir judiciaire» dans son rapport avec la protection de la présomption d'innocence (elle-même protégée à l'art. 6, § 2, C.E.D.H.) font l'objet d'un autre article dans le présent ouvrage¹²², et on ne développera pas ce point ici.

96. Un important arrêt *Stoll c. Suisse*, rendu par la Grande Chambre de la Cour le 10 décembre 2007, concerne une mesure d'ingérence qui entendait prévenir «la divulgation d'informations confidentielles» au sens de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette divulgation peut être le fait d'une personne soumise à un devoir de confidentialité ou d'un tiers (p. ex., un journaliste)¹²³. On reviendra plus loin sur la pondération des intérêts réalisée par la Cour.

97. L'analyse des buts légitimes de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme n'est toutefois pas centrale dans la jurisprudence de la Cour (la Cour demeurant assez succincte et peu articulée sur ce critère), au contraire de l'examen de proportionnalité de la mesure d'ingérence par rapport à ces buts.

¹²¹ Voy. not. Cour eur. D.H., *Falakaoglu (n° 3) c. Turquie*, req. n° 16229/03, arrêt du 23 janvier 2007; *Ceylan c. Turquie* [GC], req. n° 23556/94, arrêt du 8 juillet 1989, § 38, *Recueil* 1999-IV; *Öztürk c. Turquie* [GC], req. n° 22479/93, arrêt du 28 septembre 1999, § 74, *Recueil* 1999-VI; *İbrahim Aksoy c. Turquie*, req. n°s 28635/95, 30171/96 et 34535/97, arrêt du 10 octobre 2000, § 80; *Kızılyaprak c. Turquie*, req. n° 27528/95, arrêt du 2 octobre 2003, § 43.

¹²² Voy. la contribution de K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK dans le présent ouvrage.

¹²³ Cour eur. D.H. (GC), *Stoll c. Suisse*, req. n° 69698/01, arrêt du 10 décembre 2007, § 61.

C. Nécessaires dans une société démocratique

98. Les États parties à la Convention européenne des droits de l'Homme ont une marge d'appréciation limitée pour décider ce qui est « nécessaire dans une société démocratique » et les restrictions doivent être proportionnées au but légitime poursuivi¹²⁴. Le test de proportionnalité est le véritable standard pour l'appréciation d'une mesure nationale au regard du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme¹²⁵. Ce test comporte lui-même plusieurs étapes ou composantes :

- la compatibilité de la mesure d'ingérence par rapport au but poursuivi ;
- l'absence de mesures alternatives éventuellement moins intrusives pour la liberté d'expression ;
- la proportionnalité au sens strict, laquelle repose sur une mise en balance des intérêts en présence ou une pesée des avantages et inconvénients de la mesure en cause¹²⁶.

99. Cette analyse en trois étapes oblige donc à se demander si la mesure est :

- 1) pertinente, c'est-à-dire si elle présente un lien de causalité avec l'objectif poursuivi ;
- 2) indispensable, c'est-à-dire si elle ne peut pas être remplacée par une mesure qui permettrait d'atteindre l'objectif d'une manière tout aussi efficace, mais au prix de désagréments moindres ; et
- 3) proportionnelle au but poursuivi, en ce sens que n'est pas admise une mesure pertinente et indispensable si le préjudice qu'elle entraîne est disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi¹²⁷.

100. L'analyse de la Cour ne passe pas nécessairement par les trois étapes et a tendance à se focaliser sur la troisième étape – la pondération des intérêts au sens strict. Après avoir passé en revue les différents facteurs que la Cour met en évidence, on essaiera de résumer, en fin de chapitre, leur poids respectif sous forme d'un tableau récapitulatif.

¹²⁴ Toute mesure restreignant un droit de la Convention doit être « proportionnée au but légitime poursuivi » (Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, arrêt du 7 décembre 1976, § 49, *Série A* n° 24).

¹²⁵ Il en va de même en droit communautaire européen (voy. W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, p. 305).

¹²⁶ Voy. S. VAN DROOGENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, pp. 80 et s.

¹²⁷ W. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 305.

I. La compatibilité de la mesure envisagée par rapport au but poursuivi

101. Il faut tout d'abord que la mesure soit compatible avec le but qui lui est assigné et qu'elle soit en mesure de réaliser ce but.

102. Reprenons l'analyse que fait S. van Drooghenbroeck¹²⁸ de l'affaire *Édition Plon c. France*¹²⁹, qui illustre bien la question de la pertinence de différentes mesures d'ingérence :

« En l'occurrence, la société éditrice du livre 'Le Grand Secret' co-rédigé par l'ancien médecin du Président Mitterrand, se plaignait sous visa de l'article 10 que la justice lui ait fait – d'abord au provisoire, ensuite définitivement – interdiction de poursuivre la diffusion de cet ouvrage. Le motif de l'interdiction résidait dans l'atteinte au secret médical, pour laquelle le médecin concerné fut, par ailleurs, pénalement condamné. L'interdiction définitive de poursuivre la diffusion de l'ouvrage s'accompagna du prononcé de dommages et intérêts.

Dans son arrêt du 18 mai 2004, la Cour européenne estima que la question de la licéité de l'interdiction prononcée au provisoire devait être dissociée de celle de la licéité des mesures prononcées au fond (interdiction définitive et condamnation aux dommages et intérêts). À son estime en effet, 'la nécessité d'ingérences dans la liberté d'expression peut exister dans une première période, puis disparaître dans une seconde période' (*Éditions Plon*, § 45).

Vu le moment où elle était intervenue – soit quelques jours à peine après le décès du président Mitterrand – et compte tenu de son caractère purement conservatoire, la Cour jugea compatible avec l'article 10 la mesure d'interdiction au provisoire de la poursuite de diffusion du livre : 'Assurément, la diffusion à une date si proche de ce décès d'un ouvrage présentant le président Mitterrand comme ayant sciemment menti au peuple français sur l'existence et l'ancienneté de son mal, et (...) méconnaissant *prima facie* le secret médical, ne pouvait qu'aviver le chagrin des ayants cause de celui dont la mort très récente était intervenue dans la souffrance. Plus encore, cette mort, survenue après un long combat contre le mal, et quelques mois à peine après la fin des fonctions présidentielles, n'a pas manqué de susciter une vive émotion dans la classe politique et dans l'opinion, si bien que

¹²⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, pp. 80-82.

¹²⁹ Cour eur. D.H., *Éditions Plon c. France*, req. n° 58148/00, arrêt du 18 mai 2004, *Recueil 2004-IV*. Voy. égal. *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche* (n° 1), req. n° 34315/96, arrêt du 26 février 2002, où la Cour juge contraire à l'art. 10, l'interdiction qui avait été faite au requérant de publier la photo d'un politicien. À l'appui de son raisonnement, la Cour fait valoir que le *curriculum vitae* et la photo du parlementaire concerné figuraient sur le site internet du Parlement autrichien (§ 37).

l'atteinte portée par le livre à la mémoire du défunt se trouvait, dans ces circonstances, particulièrement forte » (*Éditions Plon*, § 47).

La condamnation à des dommages et intérêts au fond n'encourut pas davantage la critique (*Éditions Plon*, § 50). Il n'en fut pas de même s'agissant de l'interdiction définitive de poursuivre la diffusion de l'ouvrage. La Cour affirma tout d'abord que, au moment où elle était intervenue – soit plus de neuf mois après le décès du Président Mitterrand –, le 'poids' des intérêts conflictuels s'était modifié : la 'vive émotion' qui avait suivi ledit décès s'était estompée. 'Parallèlement, plus le temps passait, plus l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical' (*ibid.*, § 53) ».

103. À ce premier argument tiré de l'écoulement du temps et de son impact sur le poids relatif des intérêts public et privé en jeu, s'ajouta celui de l'existence d'une importante diffusion : « lorsque le juge civil a statué au principal, non seulement cet ouvrage avait été vendu à environ 40 000 exemplaires¹³⁰, mais, en plus, il avait été diffusé sur Internet et avait fait l'objet de nombreux commentaires dans les médias. À ce moment-là, les informations qu'il contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité. En conséquence, la sauvegarde du secret médical ne pouvait plus constituer un impératif prépondérant »¹³¹. Par conséquent, l'interdiction définitive de l'ouvrage n'était pas une mesure pertinente au moment de la décision au fond.

II. L'absence de mesures alternatives moins intrusives pour la liberté d'expression

104. Dans son contrôle des mesures d'ingérence, la Cour s'interroge sur l'existence ou non de mesures alternatives et vérifie si la mesure envisagée est la moins attentatoire pour la liberté d'expression. Les sanctions pénales, en principe les plus infamantes, ne peuvent être utilisées qu'à titre exceptionnel et sont soumises à un contrôle très rigoureux. En revanche, une sanction telle qu'une injonction de publier un communiqué peut constituer « la sanction emportant le moins de restrictions » à l'exercice de la liberté d'expression¹³².

105. Dans l'arrêt *Colombani et autres c. France*, la Cour en vint à juger incompatible avec l'article 10 le délit d'« offense à chef d'État étranger » connu en droit

¹³⁰ Tel est, en effet, le nombre d'exemplaires de l'ouvrage qui furent vendus avant même que n'intervienne l'interdiction au provisoire de poursuivre sa diffusion.

¹³¹ Cour eur. D.H., *Éditions Plon c. France*, req. n° 58148/00, arrêt du 18 mai 2004, § 53, *Recueil* 2004-IV.

¹³² Cour eur. D.H., *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 71111/01, arrêt du 14 juin 2007, § 61.

français, notamment en raison du fait que celui-ci n'admettait pas *l'exceptio veritatis* (celui qui tient les propos offensants ne peut s'exonérer de sa responsabilité en rapportant la preuve de la véracité de ses propos)¹³³. Selon l'arrêt, pareille exclusion de la possibilité de prouver la véracité des propos « constitue une mesure excessive pour protéger la réputation et les droits d'une personne, même s'il s'agit d'un chef d'État ou de gouvernement »¹³⁴. Pour la Cour, le droit commun de l'injure et de la diffamation suffit à assurer la protection voulue. Par conséquent, le délit d'offense à chef d'État étranger « revient à conférer aux chefs d'État étrangers un privilège exorbitant qui ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui. Quel que soit l'intérêt évident, pour tout État, d'entretenir des rapports amicaux et confiants avec les dirigeants d'autres pays, ce privilège dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre un tel objectif »¹³⁵.

106. L'impératif de nécessité a également été rappelé à propos de perquisitions chez des journalistes, lesquelles ont été jugées excessives afin de démasquer l'auteur d'une fuite illégale dans un dossier mis à l'instruction; il aurait été possible, selon la Cour, de mettre en œuvre une mesure d'ingérence plus respectueuse de la liberté d'expression, comme, par exemple, une enquête disciplinaire interne des magistrats éventuellement impliqués¹³⁶.

III. La proportionnalité au sens strict de la mesure en cause

107. Divers facteurs entrent en ligne de compte afin de réaliser la pesée des intérêts en cause et de conclure si une mesure d'ingérence constitue une violation de la liberté d'expression. On passera ici en revue les principaux paramètres pris en compte par la Cour de Strasbourg, en indiquant leur importance relative dans la pondération à faire; on systématisera tout cela dans un tableau récapitulatif à la fin de ce chapitre. Parmi les facteurs à prendre en considération, on distinguera principalement ceux qui touchent :

- à la nature des propos (quel est leur registre, leur contexte, leur contenu, leur ton?);
- aux personnes en cause (quels sont les victimes de la mesure d'ingérence et les cibles de la critique?);
- au médium utilisé pour communiquer (écrit? direct télévisé?); et

¹³³ Nous suivons à nouveau les développements de S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, p. 82.

¹³⁴ Cour eur. D.H., *Colombani et autres c. France*, req. n° 51279/99, arrêt du 25 juin 2002, § 66, *Recueil* 2002-V.

¹³⁵ *Ibid.*, § 68.

¹³⁶ Cour eur. D.H., *Ernst et autres c. Belgique*, req. n° 33400/96, arrêt du 15 juillet 2003, § 102.

- aux facteurs juridiques (lourdeur des sanctions, situation devant les instances internes, mise en balance avec d'autres droits protégés par la C.E.D.H.).

a) *Le registre des propos litigieux*

1) Les propos d'intérêt général

108. La Cour distingue les propos d'intérêt général de ceux qui, par exemple, s'adressent simplement à la curiosité du public et ne contribuent pas au débat public. Mais la Cour est, en général, bien disposée à admettre qu'un propos soit d'intérêt public. Ainsi en est-il :

- d'informations relatives à l'état de santé d'un ancien président de la République française lors de son passage au pouvoir¹³⁷ ;
- de la mise en cause de la réelle volonté d'un chef d'État et de son entourage de lutter contre le trafic de drogue¹³⁸ ;
- d'une polémique relative à des irrégularités commises dans la passation d'un marché public¹³⁹.

109. En revanche, la publication de photos et d'articles relatant des détails de la vie quotidienne de Caroline de Monaco (devenue, par mariage, Caroline von Hannover) ne contribue pas à un débat d'intérêt général pour la société : « la publication des photos et des articles litigieux, ayant pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie privée de la requérante, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante »¹⁴⁰.

110. Cela dit, le discours d'intérêt général peut éventuellement emprunter la forme du divertissement. C'est ce que semble avaliser la Cour de Strasbourg lorsqu'elle reprend dans l'arrêt *von Hannover* les développements consacrés par la Cour constitutionnelle allemande à la différence entre information et divertissement – différence toute relative du point de vue de la liberté d'expression : « La formation de l'opinion et le divertissement ne sont pas antinomiques. Les reportages à visée divertissante jouent eux aussi un rôle dans la formation de l'opinion. Dans certaines circonstances, ils peuvent même stimuler ou influencer la formation de l'opinion plus que ne le feraient des informations pure-

¹³⁷ Cour eur. D.H., *Éditions Plon c. France*, req. n° 58148/00, arrêt du 18 mai 2004, *Recueil* 2004-IV.

¹³⁸ Cour eur. D.H., *Colombani et autres c. France*, req. n° 51279/99, arrêt du 25 juin 2002, § 64, *Recueil* 2002-V.

¹³⁹ Cour eur. D.H. (GC), *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, req. n° 33348/96, arrêt du 17 décembre 2004, § 94, *Recueil* 2004-XI.

¹⁴⁰ Cour eur. D.H., *von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, arrêt du 24 juin 2004, § 65, *Recueil* 2004-VI.

ment factuelles. Au surplus, on peut observer dans l'univers des médias une tendance croissante à supprimer la séparation de l'information et du divertissement, tant du point de vue des produits de la presse considérés de manière globale que sur le plan des reportages individuels, et à diffuser l'information de manière divertissante ou à la mélanger avec du divertissement ('infotainment'). En conséquence, beaucoup de lecteurs tirent les informations qui leur paraissent importantes ou intéressantes de reportages divertissants¹⁴¹.

2) Le discours politique

111. Le discours politique en tant que critique de l'action gouvernementale et débat sur des options de société mérite bien entendu une protection maximale, qui est à préserver même quand le débat débouche sur des propos excessifs et provocateurs.

112. Une polémique sur le tracé d'une route et son influence éventuelle sur la qualité de l'environnement, à l'occasion de laquelle un homme politique est qualifié de menteur et de manipulateur dans un article d'opinion publié par la presse locale, avait débouché sur une condamnation pour diffamation. Rappelant que «l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel» et qu'il s'agit là d'un aléa du jeu politique et du libre débat d'idées, la Cour juge que l'ingérence n'est pas justifiée par un «besoin social impérieux»¹⁴².

113. Toutefois, le débat politique ne peut justifier de tenir des propos haineux (*hate speech*), lesquels peuvent être purement et simplement privés de la protection garantie par la Convention (sur le couperet de l'art. 17 C.E.D.H., voy. *supra*) ou, du moins, ne pas peser lourd dans la balance des intérêts requise pour appliquer l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est ainsi qu'à défaut d'avoir fait fonctionner la guillotine de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour estime que le poids à accorder à un discours de haine est très limité. Selon la Cour en effet, «la tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), si l'on veille à ce que les 'formalités', 'conditions', 'restrictions' ou 'sanctions' imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi»¹⁴³.

¹⁴¹ Citation de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande reprise in Cour eur. D.H., *von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, arrêt du 24 juin 2004, § 25, *Recueil* 2004-VI.

¹⁴² Cour eur. D.H., *Almeida Azevedo c. Portugal*, req. n° 43924/02, arrêt du 23 janvier 2007, §§ 30 et 32.

¹⁴³ Cour eur. D.H., *Müslüm Gündüz c. Turquie*, req. n° 35071/97, arrêt du 4 décembre 2003, § 40.

3) Le refus de « parler » et le secret des sources

114. En s'appliquant au secret des sources, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme protège en réalité le silence ou le refus de parler des journalistes. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Goodwin* (le premier arrêt en matière de protection des sources journalistiques), « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse (...). L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de 'chien de garde' et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie (...) »¹⁴⁴. Ce « droit des journalistes de taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais [il s'agit d']un véritable attribut du droit à l'information »¹⁴⁵. Par conséquent, toute restriction apportée à cette protection doit, selon la Cour, répondre à un « impératif prépondérant d'intérêt public »¹⁴⁶ et s'expose, en conséquence, à un examen « des plus scrupuleux »¹⁴⁷ et doit être traitée « avec la plus grande circonspection »¹⁴⁸.

115. Il en va tout particulièrement ainsi lorsque la restriction prend la forme de perquisitions et/ou de saisies opérées au domicile des journalistes ou d'organes de presse, mesures que le juge de Strasbourg qualifie de « plus graves encore »¹⁴⁹ que celle consistant à sommer un journaliste de révéler ses sources, hypothèse qui présidait à l'affaire *Goodwin c. Royaume-Uni*¹⁵⁰.

116. L'importance de la saisie et les circonstances dans lesquelles elle est opérée jouent aussi un rôle dans l'appréciation de la proportionnalité. Ainsi, dans l'affaire *Tillack c. Belgique*, qui mettait en cause les perquisitions opérées au domicile d'un journaliste de la revue *Stern* qui avait publié un article, reposant sur des documents confidentiels de l'Office européen pour la lutte anti-fraude (OLAF), à propos d'irrégularités commises au sein des institutions européennes, la Cour de Strasbourg a souligné « l'ampleur de la saisie » (seize caisses de documents, deux ordinateurs, quatre téléphones portables, etc.), le fait qu'« aucun

¹⁴⁴ Cour eur. D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90, arrêt du 27 mars 1996, § 39, *Recueil* 1996-II.

¹⁴⁵ Cour eur. D.H., *Tillack c. Belgique*, req. n° 20477/05, arrêt du 27 novembre 2007, § 65.

¹⁴⁶ *Ibid.*, § 63.

¹⁴⁷ Cour eur. D.H., *Roemen et Schmitt c. Luxembourg*, req. n° 51772/99, arrêt du 25 février 2003, § 46, *Recueil* 2003-IV.

¹⁴⁸ Cour eur. D.H., *Tillack c. Belgique*, req. n° 20477/05, arrêt du 27 novembre 2007, § 65.

¹⁴⁹ Cour eur. D.H., *Ernst et autres c. Belgique*, req. n° 33400/96, arrêt du 15 juillet 2003, § 103 ; *Roemen et Schmitt c. Luxembourg*, req. n° 51772/99, arrêt du 25 février 2003, § 57, *Recueil* 2003-IV.

¹⁵⁰ Cour eur. D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90, arrêt du 27 mars 1996, *Recueil* 1996-II.

inventaire des pièces saisies ne fut dressé» et que «la police aurait même égaré pendant sept mois une caisse complète de documents»¹⁵¹.

4) Le discours commercial

117. Le discours commercial, et notamment publicitaire, est protégé, puisque «la publicité constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts. Néanmoins, elle peut parfois faire l'objet de restrictions destinées, notamment, à empêcher la concurrence déloyale et la publicité mensongère et trompeuse. Dans certains contextes, même la publication de messages publicitaires objectifs et véridiques pourrait subir des limitations tendant au respect des droits d'autrui ou fondées sur les particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminée»¹⁵². Le domaine de la communication publicitaire est fortement réglementé au niveau national (pour une présentation des règles belges, contenues pour l'essentiel dans la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, voy. *infra*). Le contrôle exercé par la Cour de Strasbourg n'en demeure pas moins assez important, comme le souligne S. van Drooghenbroeck : «tantôt le juge de Strasbourg va-t-il rechercher, au-delà des affirmations des autorités nationales, si, et dans quelle mesure, le message litigieux présente bien le caractère 'publicitaire' qui pourrait justifier des restrictions à sa diffusion (...). Tantôt le juge de Strasbourg va-t-il sanctionner le caractère excessif de l'ingérence querellée»¹⁵³.

118. Ainsi, dans l'affaire *Krone Verlag GmbH (n° 3)*, le requérant, organe de presse, s'était vu interdire de comparer son propre prix de vente avec celui d'un journal concurrent, sauf à faire explicitement état, en contrepoint de cette comparaison, des différences dans la façon dont lui-même et son concurrent traitent les sujets «dans les domaines de la politique intérieure et étrangère, de l'économie, de la culture, de la science, de la santé, de l'environnement et du droit»¹⁵⁴. La Cour jugea une telle ingérence disproportionnée : «la mesure incriminée est relativement lourde de conséquences pour les publicités futures comparatives de prix : la société requérante devra également fournir des informations sur les différences dans sa façon de traiter les sujets dans les domaines de la politique intérieure ou étrangère, de l'économie, de la culture, de la science, de la santé, de l'environnement et du droit. La Cour estime que

¹⁵¹ Cour eur. D.H., *Tillack c. Belgique*, req. n° 20477/05, arrêt du 27 novembre 2007, § 66.

¹⁵² Cour eur. D.H., *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3)*, req. n° 39069/97, arrêt du 11 décembre 2003, § 31, *Recueil*, 2003-XII; *Stambuk c. Allemagne*, req. n° 37928/97, arrêt du 17 octobre 2002, § 39.

¹⁵³ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, p. 92.

¹⁵⁴ Nous suivons S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, pp. 92-93.

l'injonction est beaucoup trop large et qu'elle porte atteinte à l'essence même de la possibilité de comparer les prix. En outre, son exécution concrète – bien qu'elle ne soit pas impossible de manière générale – paraît extrêmement difficile pour la société requérante. De surcroît, celle-ci encourt des amendes si elle ne respecte pas l'injonction»¹⁵⁵.

119. Un arrêt *Hertel c. Suisse* (25 août 1998) a trait à un article virulent du requérant relatif à l'effet négatif des fours à micro-ondes sur la santé (lequel était aussi illustré par une tête de mort tendant la main vers un four à micro-ondes). S'appuyant sur les dispositions en matière de concurrence déloyale qui interdisent notamment le dénigrement, l'association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques avait obtenu des juridictions suisses qu'il soit interdit à Mr Hertel d'affirmer que les aliments préparés dans les fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé et cancérogènes, et d'illustrer son propos par des représentations de la mort associées aux fours en question. Rappelant, comme à l'accoutumée, que la protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'étend également aux « informations » ou « idées » « qui heurtent, choquent ou inquiètent »¹⁵⁶, la Cour estime qu'une certaine marge d'appréciation par les juridictions nationales est « indispensable en matière commerciale, spécialement dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la concurrence déloyale »¹⁵⁷, mais qu'en l'espèce, elle doit être relativisée « lorsqu'est en jeu non le discours strictement 'commercial' de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général, comme par exemple à la santé publique »¹⁵⁸. Dans l'examen de proportionnalité, la Cour remarque que la diffusion des propos pourrait avoir un effet négatif sur les ventes de ces fours, mais relativise cet effet, au motif que l'article avait été publié dans un périodique qui n'avait pas de vocation généraliste mais traitait surtout de questions relatives à l'environnement et qu'aucune preuve de l'impact sur les ventes n'avait été rapportée. La Cour estime que « l'ampleur de l'interdiction » (en ce qu'elle porte sur le fait d'affirmer que les aliments

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche* (n° 3), req. n° 39069/97, arrêt du 11 décembre 2003, § 33, *Recueil*, 2003-XII.

¹⁵⁶ *Voy. supra*, et Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, arrêt du 7 décembre 1976, § 49, *Série A* n° 24; *Lingens c. Autriche*, req. n° 9815/82, arrêt du 8 juillet 1986, § 41, *Série A* n° 103; *Jersild c. Danemark*, req. n° 15890/89, arrêt du 23 septembre 1994, § 37, *Série A* n° 298.

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., *Hertel c. Suisse*, req. n° 25181/94, arrêt du 25 août 1998, § 47, *Recueil* 1998-VI.

¹⁵⁸ En cela, cette affaire se distingue substantiellement de l'affaire *Markt Intern Verlag* (20 novembre 1989), dans laquelle la Cour avait eu à se prononcer sur un discours qui n'intéressait qu'un cercle limité de commerçants et ne concernait pas directement le public dans son ensemble » (il s'agissait d'une revue s'employant à défendre les intérêts des petites et moyennes entreprises du commerce de détail, laquelle s'était vue condamner par les juridictions internes pour une publication mettant en cause un club de vente par correspondance de produits cosmétiques).

préparés dans les fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé) a pour effet qu'elle n'est pas « nécessaire dans une société démocratique », puisque la mesure a « pour effet de censurer partiellement les travaux [du requérant] et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée. Peu importe que l'opinion dont il s'agit est minoritaire et qu'elle peut sembler dénuée de fondement : dans un domaine où la certitude est improbable, il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises »¹⁵⁹. Des propos qui touchent au domaine commercial peuvent donc bénéficier d'une protection renforcée si, en définitive, ils mettent en jeu une problématique d'intérêt général.

5) Le discours artistique

120. Traditionnellement, la Cour s'est montrée très timide en ce domaine et a évité de contrôler des mesures nationales qui portaient atteinte à la liberté de création. C'était le cas dans des affaires *Müller*¹⁶⁰, *Otto-Preminger-Institut*¹⁶¹ et *Wingrove*¹⁶² ; le récent arrêt *Vereinigung Bildender Künstler* du 25 janvier 2007 dans l'affaire « Apocalypse »¹⁶³ a été présenté comme révélant un infléchissement, si pas un revirement, de sa jurisprudence en matière de liberté d'expression artistique¹⁶⁴. Même si elle ne bénéficie pas de la même intensité de protection que la liberté de la presse, la liberté artistique est protégée au titre de la liberté d'expression¹⁶⁵. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme : « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art, contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique »¹⁶⁶, et méritent donc une protection au titre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cela dit, dans l'affaire *Müller*, qui mettait en cause des tableaux représentant, selon les juges suisses, une « débauche d'activités sexuelles contre nature (sodomie, zoophilie, etc.) » (*sic*), la Cour

¹⁵⁹ *Ibid.*, § 50.

¹⁶⁰ Cour eur. D.H., *Müller c. Suisse*, req. n° 10737/84, arrêt du 24 mai 1988, *Série A* n° 133.

¹⁶¹ Cour eur. D.H., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n° 13470/87, arrêt du 20 septembre 1994, *Série A* n° 295-A.

¹⁶² Cour eur. D.H., *Wingrove c. Royaume-Uni*, req. n° 17419/90, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V.

¹⁶³ Cour eur. D.H., *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, req. n° 68354/01, arrêt du 25 janvier 2007.

¹⁶⁴ En ce sens : D. LEFRANC, « L'affaire 'Apocalypse'. Un revirement dans la jurisprudence de la C.E.D.H. en matière de liberté d'expression artistique ? », *A. & M.*, 2007, p. 327.

¹⁶⁵ Voy. M. VERDUSSEN, « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1001-1016.

¹⁶⁶ Cette formule se retrouve dans Cour eur. D.H., *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, req. n° 68354/01, arrêt du 25 janvier 2007, § 26. Voy. aussi Cour eur. D.H., *Müller c. Suisse*, req. n° 10737/84, arrêt du 24 mai 1988, *Série A* n° 133 ; Cour eur. D.H., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n° 13470/87, arrêt du 20 septembre 1994, *Série A* n° 295-A.

de Strasbourg s'était abstenue de juger contraires à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme la condamnation de M. Müller à une amende pour publication obscène et la confiscation des toiles en cause. Dans *Otto-Preminger-Institut*, qui concernait la projection du film «Le concile d'amour», lui-même tiré d'une pièce de théâtre présentant le procès intenté à Oskar Panizza pour blasphème, lequel film avait été interdit suite à un recours pour «dénigrement de doctrines religieuses» introduit par le diocèse d'Innsbruck, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans *Wingrove*, la Cour tint un raisonnement analogue, considérant qu'un refus de visa permettant la distribution d'une vidéocassette inspirée de la vie et des écrits de Sainte Thérèse d'Avila et considérée par les autorités britanniques comme blasphématoire, était justifié au nom de la protection des sentiments religieux des croyants. Dans toutes ces affaires, la Cour estime que les autorités nationales ont une plus grande marge d'appréciation «lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion». Il en résulte une grande retenue de la Cour européenne dans ces affaires, y compris lorsque la mesure interne, comme dans *Wingrove*, constitue une mesure de censure préalable qui, selon l'échelle de valeurs incorporée à l'article 25 de la Constitution belge, va plus loin, et est donc, en principe, soumise à un contrôle plus strict (voy. *supra*).

121. La Cour se montre *a priori* plus interventionniste et protectrice de la liberté d'expression dans l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler*, qui concernait une peinture d'Otto Mühl titrée «Apocalypse» et présentée dans le cadre d'une exposition intitulée de manière prémonitoire «Le siècle de la liberté de l'art». Cette peinture était basée sur un collage de photographies de visages de personnages publics dont les corps étaient peints de manière irréaliste sous la forme de nus s'adonnant à des actes sexuels les plus divers. L'une des personnes représentées était un dirigeant du Parti autrichien pour la liberté (FPÖ), parti d'extrême droite. Ce dirigeant, invoquant son droit à l'image, avait agi en justice afin d'obtenir une injonction prohibant la diffusion de l'œuvre. Deux décisions des juridictions autrichiennes avaient interdit à l'association *Vereinigung Bildender Künstler* de continuer à exposer l'œuvre de Mühl. Saisie, la Cour remarque que n'est pas en cause la protection de la morale – ce que prétendait le Gouvernement autrichien –, mais l'atteinte à un droit d'autrui au sens de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Par ailleurs, la Cour juge que plusieurs éléments de l'œuvre (une barre noire cachant les yeux sur les photos, des peintures des corps sous des formes manifestement exagérées ...) montrent qu'il ne s'agit pas de «réfléter ou même de suggérer la réalité [...] un tel portrait s'apparente à une caricature des personnes concernées [...]

la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social et, parce qu'elle se distingue de manière inhérente par l'exagération et la distorsion de la réalité, elle entend naturellement provoquer et agiter» les esprits¹⁶⁷. La Cour estime que l'œuvre ne porte donc pas sur des aspects de la vie privée du dirigeant du FPÖ, mais le vise en tant que politicien d'extrême droite. En s'attaquant ainsi au FPÖ, l'artiste a contribué au débat sur une question d'intérêt général. L'interdiction judiciaire à l'égard de l'association à l'origine de cette exposition était donc disproportionnée et pas nécessaire au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

122. Nous ne pensons toutefois pas que cet arrêt témoigne d'un revirement de jurisprudence : l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler* se distingue radicalement des arrêts antérieurs en matière de création artistique, en ce qu'il s'agit d'une ingérence dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général, non d'une ingérence dans les domaines de la morale et de la religion. C'est cette différence dans les faits et dans le domaine où l'ingérence se produit qui explique l'attitude moins timorée de la Cour – autrement dit, il est prématuré de parler de revirement ou même d'infléchissement de la jurisprudence.

6) Les propos touchant à la religion ou la morale

123. Le contrôle qu'exerce la Cour dans ce domaine est, en règle générale, tout à fait marginal, au motif de l'absence d'une conception uniforme des États membres en ces matières. Dans un arrêt *Murphy*, la Cour estima que la mesure d'interdiction de diffuser, à la radio, une annonce relative à la projection d'un film relatif aux preuves de la résurrection subie par le requérant était « nécessaire dans une société démocratique », au terme d'un contrôle particulièrement léger. La Cour énonce en particulier que « les États contractants ont généralement une plus grande marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou, plus particulièrement, de la religion. Du reste, comme dans le domaine de la morale, et peut-être à un degré plus important encore, les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à 'la protection des droits d'autrui' s'agissant des attaques contre des convictions religieuses. Ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de

¹⁶⁷ Cour eur. D.H., *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, req. n° 68354/01, arrêt du 25 janvier 2007, § 33.

leurs pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux droits d'autrui comme sur la 'nécessité' d'une 'restriction' destinée à protéger contre ce genre de publications les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés»¹⁶⁸. Des arrêts plus récents vont encore dans le même sens. Dans le contexte des croyances religieuses, «peut légitimement figurer l'obligation d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices»¹⁶⁹. En particulier, la Cour juge, dans l'affaire *I.A. c. Turquie*, que les croyants peuvent légitimement se sentir attaqués, de manière injustifiée et offensante, par les passages suivants, tirés d'un roman d'Abdullah Rizen Ergüven intitulé «Les phrases interdites», à propos du Prophète de l'Islam : «Le message de Dieu rompait le jeûne par un rapport sexuel, après le dîner et avant la prière. Mohammed n'interdisait pas les rapports sexuels avec une personne morte ou un animal vivant»¹⁷⁰. Cette jurisprudence mériterait d'être revisitée, comme le notent trois juges auteurs d'une opinion dissidente dans cette affaire, car elle fait la part trop belle au conformisme et traduit une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse. En particulier, il ne paraît pas légitime de restreindre la liberté d'expression qui se manifeste à travers un roman (dont l'impact est moins grand qu'un film ou une vidéo) lorsque seul un public directement intéressé par les propos provocateurs de l'auteur va en pratique avoir accès à ces propos (à l'encontre d'un article dans un média de grande diffusion).

124. Toutefois, un arrêt *Giniewski c. France* du 31 janvier 2006¹⁷¹ semble indiquer une plus grande disposition de la Cour à intervenir dans des affaires relatives à des propos touchant aux convictions religieuses. En l'espèce, Mr Giniewski avait fait paraître dans *Le quotidien de Paris* un article intitulé «L'obscurité de l'erreur» à propos de l'encyclique papale «Splendeur de la vérité». Une association (l'AGRIE pour «Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne») avait cité directement devant le tribunal correctionnel ce journaliste, ainsi que son éditeur, pour diffamation raciale envers la communauté chrétienne (réprimé par l'art. 32, al. 2 de la loi française

¹⁶⁸ Cour eur. D.H., *Murphy c. Irlande*, req. n° 44179/98, arrêt du 10 juillet 2003, § 67, *Recueil* 2003-IX (extraits).

¹⁶⁹ Cour eur. D.H., *I.A. c. Turquie*, req. n° 42571/98, arrêt du 13 septembre 2005, § 24, qui renvoie à *Otto-Pre-minger-Institut c. Autriche* (req. n° 13470/87, arrêt du 20 septembre 1994, *Série A* n° 295-A) et à *Murphy c. Irlande* (req. n° 44179/98, arrêt du 10 juillet 2003, *Recueil* 2003-IX).

¹⁷⁰ Cour eur. D.H., *I.A. c. Turquie*, req. n° 42571/98, arrêt du 13 septembre 2005, § 29.

¹⁷¹ Cour eur. D.H., *Giniewski c. France*, req. n° 64016/00, arrêt du 31 janvier 2006.

du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse¹⁷²). C'était en particulier le passage suivant de l'article qui était incriminé : « L'Église catholique s'auto-institue seule détentrice de la vérité divine (...) Elle proclame fortement l'accomplissement de l'ancienne alliance dans la nouvelle, la supériorité de cette dernière (...) de nombreux chrétiens ont reconnu que l'anti-judaïsme scripturaire et la doctrine de 'l'accomplissement' de l'ancienne par la nouvelle Alliance, conduisent à l'antisémitisme et ont formé le terrain où ont germé l'idée et l'accomplissement d'Auschwitz ». Condamné par les juridictions françaises (y compris par la Cour de cassation¹⁷³), le requérant plaide devant la Cour de Strasbourg qu'il s'agit d'une ingérence illicite dans son droit à la liberté d'expression, au motif qu'il a simplement voulu démontrer que la doctrine de la suprématie qui s'incarne à travers la primauté conférée à la nouvelle Alliance a jeté l'opprobre sur le peuple juif, autrement dit que l'antijudaïsme scripturaire conduit à l'antisémitisme (non pas que la doctrine de l'Église catholique est intrinsèquement antisémite). Afin de vérifier si la condamnation était « nécessaire dans une société démocratique », la Cour commence par rappeler que « le manque d'une conception uniforme, parmi les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses élargit la marge d'appréciation des États contractants, lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion »¹⁷⁴. En réalité, la Cour va s'arroger une marge d'appréciation non négligeable dans cette affaire compte tenu du sujet d'intérêt général en jeu. Elle considère « que le requérant a voulu élaborer une thèse sur la portée d'un dogme et sur ses liens possibles avec les origines de l'Holocauste. Le requérant a ainsi apporté une contribution, par définition discutable, à un vaste débat d'idées déjà engagé [...] sans ouvrir une polémique gratuite ou éloignée de la réalité des réflexions contemporaines »¹⁷⁵. Sur le sujet de l'extermination des Juifs en Europe, « une question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique », les restrictions à la liberté d'expression doivent être minimales, car il faut que « le

¹⁷² Selon cet art. 32, al. 2, « la diffamation (...) envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée sera punie (...) ».

¹⁷³ Dans un premier arrêt du 28 avril 1998, la Cour de cassation avait estimé qu'en relaxant le prévenu « alors que les propos incriminés imputaient à la communauté catholique une incitation à l'antisémitisme et la responsabilité des massacres commis à Auschwitz, la cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision ».

¹⁷⁴ Cour eur. D.H., *Giniewski c. France*, req. n° 64016/00, arrêt du 31 janvier 2006, § 44. La Cour cite ses arrêts *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (req. n° 13470/87, arrêt du 20 septembre 1994, § 50, *Série A* n° 295-A) et *Murphy c. Irlande* (req. n° 44179/98, arrêt du 10 juillet 2003, § 67, *Recueil* 2003-IX).

¹⁷⁵ Cour eur. D.H., *Giniewski c. France*, req. n° 64016/00, arrêt du 31 janvier 2006, § 50.

débat engagé [...] puisse se dérouler librement»¹⁷⁶. Et la Cour d'ajouter, en s'appuyant sur un arrêt antérieur¹⁷⁷, que «la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression» et qu'elle n'a pas à arbitrer une telle discussion historique de fond. En outre, dans la mesure où l'article n'est ni «gratuitement offensant» ni injurieux et qu'il ne conteste nullement la réalité de faits historiques établis, la Cour estime que la condamnation ne répondait pas à un «besoin social impérieux». Par ailleurs, la lourdeur des peines infligées (voy. *infra*) est prise en compte et la Cour estime que, dans la présente affaire, la condamnation à la publication d'un communiqué qui mentionne le délit de diffamation revêt un «caractère dissuasif certain»¹⁷⁸ et est disproportionnée (alors que le requérant avait, par ailleurs, obtenu un relaxe pénale et une condamnation au civil à payer 1 FRF de dommages et intérêts).

b) Le contexte des propos litigieux

125. Les circonstances entourant les propos litigieux jouent bien entendu pour évaluer la nécessité d'une restriction. On se limitera ici à citer deux circonstances qui pèsent en sens tout à fait inverse dans l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure d'ingérence :

- une campagne électorale (même au niveau local) – pondération en faveur de la liberté d'expression. Des propos éventuellement désobligeants à propos d'un candidat à une fonction publique locale seront davantage protégés, car «des élections libres et la liberté d'expression, en particulier la liberté du débat politique, constituent le fondement de tout système démocratique [...] Pour cette raison, il est particulièrement important qu'au cours de la période précédant une élection, les opinions et informations de tous types puissent circuler librement»¹⁷⁹. Dans ce contexte, une condamnation pour injures à l'encontre d'un candidat aux élections constituera habituellement une ingérence non justifiée dans la liberté d'expression. La Cour avait souligné dans d'autres arrêts l'importance d'une période pré – ou post-électorale dans la pondération des intérêts. Ainsi, dans l'affaire *Lingens*, mettant en cause les remarques d'un journaliste à propos de l'ancien Chancelier autrichien Kreisky, les expressions incriminées avaient pour toile de fond une controverse politique post-électorale au cours de laquelle le chasseur de nazi S. Wiesenthal avait fait des révélations sur le passé du Chancelier, lequel avait répliqué en repro-

¹⁷⁶ *Ibid.*, § 51.

¹⁷⁷ Cour eur. D.H., *Chauvy et autres c. France*, req. n° 64915/01, arrêt du 29 juin 2004, § 69, *Recueil* 2004-VI.

¹⁷⁸ Cour eur. D.H., *Giniewski c. France*, req. n° 64016/00, arrêt du 31 janvier 2006, § 55.

¹⁷⁹ Cour eur. D.H., *Kwiecien c. Pologne*, req. n° 51744/99, arrêt du 9 janvier 2007, § 48, qui renvoie à *Bowman c. Royaume-Uni*, req. n° 24839/94, arrêt du 19 février 1998, § 42, *Recueil* 1998-I.

chant à S. Wiesenthal d'utiliser des « méthodes de mafia »¹⁸⁰ (sur la forme et le ton des propos litigieux en cas d'utilisation de termes excessifs par la personne visée par la critique, voy. aussi *infra*) ;

- un événement tragique de la vie d'une famille, tel un décès – pondération en faveur d'une restriction. Dans l'affaire *Éditions Plon*, cette circonstance a joué un rôle dans la pondération relative à la divulgation des mensonges du Président Mitterrand quelques jours après son décès¹⁸¹. Plus récemment, dans l'affaire mettant en cause la publication de la photographie du cadavre du Préfet Erignac peu de temps après son assassinat, la Cour souligne que « le décès d'un proche et le deuil qu'il entraîne », d'autant plus lorsqu'il survient « dans des circonstances violentes et traumatisantes pour la famille de la victime »¹⁸², mérite une protection par les autorités. La protection de la vie privée joue à plein dans un tel contexte émotif et une mesure d'ingérence peut d'autant plus facilement se justifier que la publication aurait « pour conséquence d'aviver le traumatisme subi par les proches de la victime »¹⁸³.

c) *Le contenu des propos litigieux : distinction des éléments de fait et jugements de valeur*

126. La Cour européenne des droits de l'Homme affirmait déjà dans l'affaire *Lingens* : « il y a lieu de distinguer avec soin entre faits et jugements de valeur. Si la matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude »¹⁸⁴. Par conséquent, il faut distinguer :

- les constatations de fait, qui peuvent, par essence, être prouvées : l'auteur de ces constatations doit pouvoir intégralement les prouver, sans quoi la condamnation dont il a pu faire l'objet est en principe admissible du point de vue de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;
- les jugements de valeur, qui, par nature, ne se prêtent pas à une démonstration de leur vérité factuelle : exiger leur démonstration porte atteinte à la liberté d'opinion, laquelle fait partie de la liberté d'expression. Toutefois, la Cour estime que l'on peut exiger que le jugement de valeur repose sur une « base factuelle suffisante »¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Cour eur. D.H., *Lingens c. Autriche*, req. n° 9815/82, arrêt du 8 juillet 1986, § 43, *Série A* n° 103.

¹⁸¹ Voy. *supra* et Cour eur. D.H., *Éditions Plon c. France*, req. n° 58148/00, arrêt du 18 mai 2004, § 47, *Recueil* 2004-IV.

¹⁸² Cour eur. D.H., *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 71111/01, arrêt du 14 juin 2007, §§ 46 et 48.

¹⁸³ *Ibid.*, § 49.

¹⁸⁴ Cour eur. D.H., *Lingens c. Autriche*, req. n° 9815/82, arrêt du 8 juillet 1986, § 46, *Série A* n° 103.

¹⁸⁵ Cour eur. D.H., *Busuioc c. Moldavie*, req. n° 61513/00, arrêt du 21 décembre 2004, § 61.

127. Dès lors, une disposition qui ne permet d'échapper à une condamnation qu'en établissant la vérité d'assertions contenant des jugements de valeur est injustifiée : pour les jugements de valeur, cette exigence est irréalisable et porte atteinte à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Inversement, le refus par les juridictions internes d'examiner l'*exceptio veritatis* pourtant alléguée par le requérant dans une affaire de diffamation à l'égard d'une autorité politique (alors que l'article d'opinion en cause comportait aussi quelques éléments de fait) va conforter la reconnaissance d'une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁸⁶.

128. L'obligation de vérifier systématiquement la réalité des constatations de fait disparaît toutefois lorsque l'auteur se borne à reprendre les propos d'une tierce personne. Dans l'arrêt *Pedersen et Baadsgaard*, la Cour affirme que « sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émises par un tiers lors d'un entretien entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses (...). De plus, le fait d'exiger de manière générale que les journalistes se distancient systématiquement et formellement du contenu d'une citation qui pourrait insulter des tiers, les provoquer ou porter atteinte à leur honneur ne se concilie pas avec le rôle qu'a la presse d'informer sur des faits ou des opinions et des idées qui ont cours à un moment donné »¹⁸⁷. Selon S. van Drooghenbroeck, « Il reste cependant que l'auteur du discours reste intégralement responsable de toute allégation factuelle ou de tout jugement de valeur qu'il émettrait lui-même – fût-ce simplement par le biais de questions rhétoriques dans le cadre d'une interview – en complément des dires de la tierce personne concernée (*Radio-France et autres*, § 37 ; *Pedersen et Baadsgaard* (GC), § 77) »¹⁸⁸.

La même exonération de l'obligation de prouver existe lorsque les allégations factuelles sont issues d'informations contenues dans un rapport officiel¹⁸⁹, à l'instar d'un rapport de police.

129. Un autre problème résulte de la difficulté à séparer ce qui relève d'une allégation factuelle et ce qui relève d'un jugement de valeur, pour lequel seule une « base factuelle » est nécessaire, non une preuve intégrale. S. van Drooghenbroeck résume comme suit une affaire qui délimite les circonstances dans les-

¹⁸⁶ Cour eur. D.H., *Almeida Azevedo c. Portugal*, req. n° 43924/02, arrêt du 23 janvier 2007, § 31.

¹⁸⁷ Cour eur. D.H. (GC), *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. n° 49017/99, arrêt du 17 décembre 2004, § 77, *Recueil* 2004-XI.

¹⁸⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, p. 94.

¹⁸⁹ Cour eur. D.H., *Colombani et autres c. France*, req. n° 51279/99, arrêt du 25 juin 2002, § 65, *Recueil* 2002-V.

quelles on peut traiter quelqu'un de « (crypto-)nazi » : « dans l'affaire *Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH*, était en cause une condamnation d'un journaliste et d'un journal pour avoir qualifié de 'crypto-nazie' une dirigeante du FPÖ autrichien [parti d'extrême droite dont le leader était Jorg Haider]. Les juridictions de l'État défendeur avaient considéré qu'il s'agissait là d'une allégation de fait, l'expression 'crypto-nazie' renvoyant selon elles à l'existence d'activités nazies clandestines'. Pour la Cour de Strasbourg cependant, cette expression, dans le contexte dans lequel elle survenait, devait plutôt être interprétée comme désignant une 'attitude ambiguë vis-à-vis des thèses national-socialistes' (*Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH*, § 39), et s'apparentait en conséquence en un jugement de valeur pour lequel une simple base factuelle suffisait¹⁹⁰. La Cour estima en l'espèce qu'une telle base factuelle était présente et qu'il n'était pas nécessaire, pour pouvoir tenir un tel propos, que la personne en cause ait été condamnée pour infraction à la législation relative à l'interdiction du national-socialisme. En effet, « les critères appliqués pour apprécier les activités politiques d'une personne du point de vue moral sont différents de ceux qui sont requis pour établir une infraction en matière pénale »¹⁹¹. Plus généralement, la Cour estime que « l'emploi du terme 'nazi' ne justifie pas automatiquement une condamnation pour diffamation en raison de l'infamie particulière attachée à ce terme »¹⁹² : tout dépend du contexte. C'est ainsi que la condamnation civile des propos de la personne qui a qualifié de « journalisme nazi » la position d'un organe de presse qui a laissé entendre que cette personne était infectée par le virus du sida, est compatible avec la protection de la liberté d'expression¹⁹³. En revanche, dans l'affaire *Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH*, le terme de « nazi » a été utilisé « dans le contexte de l'allégation selon laquelle certains politiciens du FPÖ ne se dissociaient pas de l'extrême droite »¹⁹⁴, ce qui justifie son emploi dans des propos qui révèlent un jugement de valeur.

d) *La forme et le ton des propos*

130. Un ton inutilement « scandaleux » ou « sensationnaliste » va plus facilement justifier une ingérence dans la liberté d'expression. Dans l'affaire *Stoll c. Suisse*, le journaliste avait publié quelques extraits salés d'un rapport confidentiel d'un ambassadeur suisse à propos de la négociation d'une indemnisation

¹⁹⁰ Nous suivons S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, p. 95.

¹⁹¹ Cour eur. D.H., *Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH c. Autriche*, req. n° 39394/98, arrêt du 13 novembre 2003, § 43, *Recueil 2003-XI*.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Cour eur. D.H., *Andreas Wabl c. Autriche*, req. n° 24773/94, arrêt du 21 mars 2000, § 41.

¹⁹⁴ Cour eur. D.H., *Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH c. Autriche*, req. n° 39394/98, arrêt du 13 novembre 2003, § 43, *Recueil 2003-XI*.

pour les victimes de l'Holocauste en rapport avec des avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses. Le fait (i) que le contenu d'une publication est « manifestement réducteur et tronqué », (ii) qu'il verse dans le « sensationnalisme » (par le choix des titres et sous-titres, le choix des photographies en contradiction avec le sérieux du sujet), (iii) que l'imprécision des propos s'avère susceptible d'induire le public en erreur, vont jouer un rôle non négligeable dans l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure d'ingérence, car le choix d'une telle forme révèle que l'intention première n'est pas « tant d'informer le public sur une question d'intérêt général », mais de susciter un « scandale inutile »¹⁹⁵.

131. Pour apprécier si la forme et le ton des propos d'un journaliste sont justifiés, la Cour prend aussi en compte la nature des propos tenus par ceux qui sont visés par les propos du journaliste. Ainsi, certains propos musclés de journalistes sont exonérés, au motif que l'homme politique ciblé a lui-même fait « des déclarations également virulentes »¹⁹⁶ ou tenu des propos « dans un style incisif, provocateur et à tout le moins non dépourvu de polémique »¹⁹⁷. Dans l'affaire *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, était en cause un journaliste qui avait qualifié un candidat à la mairie de Lisbonne comme « un mélange aussi incroyable de grossièreté réactionnaire, de bigoterie fasciste et d'antisémitisme vulgaire », mais avait pris soin de publier à côté de ce commentaire offensant divers extraits d'articles publiés par l'homme politique en question et à côté desquels les propos du journaliste ne paraissent pas plus excessifs. Dans cet arrêt *Lopes Gomes da Silva*, la Cour de Strasbourg souligne qu'en reproduisant des extraits en marge de l'article incriminé, le journaliste « a agi dans le respect des règles de la profession de journaliste. Il a ainsi, tout en réagissant à ces articles, permis aux lecteurs de se former leur propre opinion [...] La Cour attache une grande importance à ce fait »¹⁹⁸. Autrement dit, des propos excessifs peuvent être jugés adéquats si des moyens sont aussi offerts aux lecteurs ou auditeurs de se faire leur propre opinion, laquelle peut diverger de la critique outrancière émanant du journaliste. Offrir les moyens pour les lecteurs (ou auditeurs) de se forger une opinion personnelle et de s'émanciper (p. ex., par citations des propos critiqués) constitue donc un bon outil journalistique qui peut légitimer des propos par ailleurs provocants et à la limite de la diffamation.

¹⁹⁵ Cour eur. D.H. (GC), *Stoll c. Suisse*, req. n° 69698/01, arrêt du 10 décembre 2007, §§ 147-150.

¹⁹⁶ Cour eur. D.H., *Almeida Azevedo c. Portugal*, req. n° 43924/02, arrêt du 23 janvier 2007, § 30.

¹⁹⁷ Cour eur. D.H., *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, req. n° 37698/97, arrêt du 28 septembre 2000, *Recueil* 2000-X, et *Castells c. Espagne*, req. n° 11798/85, arrêt 23 avril 1992.

¹⁹⁸ Cour eur. D.H., *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, req. n° 37698/97, arrêt du 28 septembre 2000, § 35, *Recueil* 2000-X.

e) *L'identité de la victime de la mesure d'ingérence*

1) Membre de la presse

132. Si la restriction à la liberté d'expression s'impose à un représentant de la presse, la Cour se montre plus sourcilieuse dans son contrôle de proportionnalité. Les bénéficiaires de ce contrôle plus scrupuleux ne se limitent pas « au cercle de ceux qui, par profession ou occasionnellement, offrent leur plume, leur voix ou leur image à la presse écrite ou audiovisuelle¹⁹⁹ au sens strict : bénéficient également de la protection forte de la liberté de presse, les auteurs et éditeurs de monographies ou d'écrits autres que ceux paraissant dans la presse périodique et consacrés à des sujets d'intérêt général²⁰⁰, ainsi que les ONG qui dénoncent l'illégalité du comportement de l'autorité »²⁰¹.

2) Médecin

133. Dans une affaire *Stambuk*, un médecin « avait été condamné à une amende de 2.000 DM pour avoir indiqué, dans une interview à laquelle il avait répondu, le taux de succès qui était le sien dans une intervention médicale déterminée. L'interview était accompagnée d'une photographie du médecin concerné. Selon la Cour, la condamnation intervenue était contraire à l'article 10. Certes admit-elle que l'obligation générale faite aux praticiens de l'art médical de protéger la santé des individus et de la collectivité en général puisse justifier que des limitations soient imposées à leur liberté d'expression, en ce compris sous la forme de règles régissant leurs propres communications adressées au public ou leur participation publique aux débats relatifs à leur pratique professionnelle »²⁰². Cependant, les règles déontologiques en matière de publicité doivent être mises en balance avec l'intérêt concurrent du public à l'information. Dans la mesure où l'article était essentiellement consacré, de manière neutre et objective, à une nouvelle technique médicale, la publicité résultant des mentions (indication du taux de réussite opératoire du médecin et publication de sa photo) était un produit « secondaire »²⁰³, non l'objectif premier de la diffusion.

¹⁹⁹ Cour eur. D.H., *Radio France et autres c. France*, req. n° 53984/00, arrêt du 30 mars 2004, § 33, *Recueil* 2004-II.

²⁰⁰ Cour eur. D.H., *Éditions Plon c. France*, req. n° 58148/00, arrêt du 18 mai 2004, § 43, *Recueil* 2004-IV.

²⁰¹ S. VAN DROOGENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, p. 84 et les références citées.

²⁰² S. VAN DROOGENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, pp. 85-86 (lequel renvoie à Cour eur. D.H., *Stambuk c. Allemagne*, req. n° 37928/97, arrêt du 17 octobre 2002, § 41).

²⁰³ Voy. Cour eur. D.H., *Stambuk c. Allemagne*, req. n° 37928/97, arrêt du 17 octobre 2002, § 49, et S. VAN DROOGENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, pp. 85-86.

3) Particulier

134. Pour la Cour, l'usage « ordinaire » de la liberté d'expression par un amateur est moins protégé que la liberté de la presse²⁰⁴.

f) *La cible des critiques*

135. L'identité de la personne visée par les propos querellés constitue un autre facteur que la Cour met en balance.

1) Personnel politique

136. Ainsi, les femmes ou hommes politiques, qui, par profession, s'exposent au public, doivent tolérer davantage de critiques, dès lors que les propos polémiques concernent des faits de leur vie publique. S'agissant du personnel politique, certains faits de la vie privée peuvent toutefois revêtir une dimension d'intérêt public, par exemple la condamnation pour fraude du conjoint, qui justifie leur mention par les médias.

137. On peut revenir sur l'arrêt *Lingens* du 8 juillet 1986. Mr Lingens, un journaliste autrichien, reprochait à l'ancien Chancelier Kreisky d'entretenir d'étroits rapports avec des personnes au passé nazi et avait tenu des propos particulièrement durs et offensants à l'égard du Chancelier, ce qui avait abouti à une condamnation de Mr Lingens pour diffamation (même si la dénonciation des faits eux-mêmes n'était pas condamnable, les termes utilisés [« opportunisme le plus détestable », « immoral », « dépourvu de dignité »] avaient été considérés comme excessifs). La Cour de Strasbourg a jugé que la condamnation de Mr Lingens par les juridictions autrichiennes était inacceptable dans une société démocratique :

« La liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants. Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière.

Partant, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes

²⁰⁴ Cour eur. D.H., *Janowski c. Pologne*, req. n° 25716/94, arrêt du 21 janvier 1999, § 33, *Recueil* 1999-I. Il s'agissait en l'espèce de la condamnation d'un particulier, par ailleurs journaliste de son état, qui avait, à titre non professionnel, injurié des gardes municipaux.

e par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance »²⁰⁵.

l'arrêt *Oberschlick* de la Cour européenne des droits de l'Homme²⁰⁶ a été, à propos des propos d'un journaliste (lequel avait intitulé un article à un homme politique d'extrême droite, Jörg Haider : « *P.S. : Imbécile plutôt que nazi* »), que « l'homme politique [...] doit montrer une plus grande tolérance, surtout lorsqu'il se livre lui-même à des déclarations publiées pouvant prêter à critique » – autrement dit, celui qui tient des propos émis sur la scène publique doit accepter une critique plus sévère (en l'occurrence, Jörg Haider avait déclaré que tous les soldats, y compris ceux de l'armée allemande lors de la Seconde Guerre mondiale, avaient combattu pour la liberté et qu'il ne fallait donc pas distinguer entre les bons et les mauvais soldats de cette génération). Ce jugement a lui-même fait l'objet de critiques, au motif qu'il tend à exonérer l'insulte sous le couvert de la liberté d'expression²⁰⁷.

l'homme d'affaires

Les hommes d'affaires célèbres doivent, eux aussi, montrer davantage de tolérance à l'égard de la critique que de simples citoyens : ainsi, s'agissant de propos tenus à l'encontre de l'homme d'affaires Fayed (propriétaire à l'époque du magasin Harrods), la Cour de Strasbourg rappelle : « quant à la protection du droit à une bonne réputation en droit interne, les limites de ce qui est admissible sont plus larges à l'égard d'un homme d'affaires faisant appel à l'épargne que de simples particuliers »²⁰⁸. L'appréciation de la Cour devait en outre tenir compte du fait que les frères Fayed avaient

eur. D.H., *Lingens c. Autriche*, req. n° 9815/82, arrêt du 8 juillet 1986, § 42, *Série A* n° 103.

eur. D.H., 1^{er} juillet 1997, *Oberschlick c. Autriche* (n° 2), req. n° 20834/92, arrêt du 1^{er} juillet 1997, *Série A* n° 103, § 10.

commentateur (K. LEMMENS) note qu'un tel arrêt pourrait avoir un effet négatif sur l'engagement de la vie politique, puisque seuls ceux ayant acquis une carapace d'indifférence seraient capables de porter les attaques et insultes que la participation à la vie publique engendre et que le droit tolère au nom de la liberté d'expression. Si, en général, l'on peut partager cette remarque, en l'espèce, la décision de la Cour nous semble équilibrée et l'insulte de « Trottel » paraît non disproportionnée par rapport aux propos eux-mêmes excessifs tenus par l'intéressé. Voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 227-228, qui cite l'opinion dissidente du Juge MATSCHER dans l'arrêt *Oberschlick* : « D'après moi, le but de l'article 10 de la Convention est de permettre un vrai débat d'idées, pas de protéger un journaliste primitif et de bas niveau qui, au lieu de posséder les qualités requises pour présenter des arguments sérieux, recourt à la provocation et à l'insulte pour attirer des lecteurs potentiels, sans aucunement contribuer à un échange d'idées de qualité ». Voy. aussi, en ce sens, l'arrêt *Lehtinen c. Finlande*, req. n° 10082/92, 1^{er} juillet 1997, § 22.

eur. D.H., *Fayed c. Royaume-Uni*, req. n° 17101/90, arrêt du 21 septembre 1994, § 75, *Série A* n° 103, § 10.

eux-mêmes contribué à alimenter le débat public par des campagnes de presse destinées à entretenir et améliorer leur image et réputation²⁰⁹.

3) Personnalités de l'histoire

140. L'arrêt *von Hannover c. Allemagne*²¹⁰ met en évidence la question de la vie privée des personnes publiques²¹¹, ou encore, pour reprendre les termes des juridictions allemandes, d'une « personnalité absolue de l'histoire contemporaine ». Les juges strasbourgeois ont pondéré les intérêts en présence et évalué de façon distincte les différents groupes de photos de la Princesse Caroline de Monaco, qui avaient toutes été prises à son insu et publiées dans la presse allemande²¹². En Allemagne, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) avait fait très partiellement droit à la demande de la requérante, en estimant qu'une « personnalité absolue de l'histoire » a un droit (limité) au respect de sa vie privée, qui, outre son domicile, s'étend aux situations où il apparaît objectivement qu'elle veut être seule et se retire dans un endroit isolé, à l'écart du public. La Cour constitutionnelle allemande (saisie après l'arrêt du *Bundegerichtshof*) confirme cela, tout en autorisant un élargissement de la protection aux photos qui représentent la requérante avec ses enfants. La Cour de Strasbourg a admis que la publication des clichés pris alors que la Princesse Caroline tentait de s'isoler puisse être interdite au nom du droit à la vie privée. Il en va de même de ceux qui la représentent en compagnie de ses enfants, au nom du respect du droit à la vie familiale. Mais la Cour européenne estime que d'autres photos de la princesse prises en public (p. ex., alors qu'elle fait ses courses ou du cheval) heurtent la protection de la vie privée, dans la mesure où leur publication se borne à satisfaire la curiosité du lectorat, et non à faire avancer le débat public — où l'on retrouve un facteur essentiel pour la pondération, celui qui tient au registre des propos (voy. *supra*). Outre l'absence d'impact des photos sur la formation de l'opinion, le fait qu'il ne s'agit pas d'un reportage sur une personnalité politique (la Princesse Caroline de Monaco n'exerce aucune fonction publique), mais simplement sur une personne en vue (une personnalité de l'histoire contemporaine), a joué dans l'appréciation de la Cour.

²⁰⁹ *Ibid.*, § 76.

²¹⁰ Cour eur. D.H., *von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, arrêt du 24 juin 2004, *Recueil* 2004-VI.

²¹¹ Selon une formule de GLADSTONE, « La vie privée de l'homme public est publique », cité par P. Keyser, note sous Cass. fr., 28 mai 1991, *D.*, 1992, jur., p. 216.

²¹² La princesse ne parvenait pas à faire interdire la publication de telles photos dans la presse allemande, alors que ses actions en France étaient davantage couronnées de succès.

4) Fonctionnaires et magistrats

141. La tolérance à l'égard de la critique dont doit faire preuve le personnel politique ne vaut pas pour les fonctionnaires, qui sont mieux protégés que les «politiques» (mais moins protégés que les particuliers): «pour les fonctionnaires dans l'exercice de leurs pouvoirs, les limites de la critique admissible peuvent dans certains cas être plus larges que pour le simple particulier. Cependant, on ne saurait dire que les fonctionnaires s'exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes exactement comme c'est le cas des hommes politiques et devraient dès lors être placés sur un pied d'égalité avec ces derniers lorsque leur comportement est critiqué. Qui plus est, les fonctionnaires doivent, pour s'acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public sans être indûment perturbés, et il peut dès lors se révéler nécessaire de les protéger contre les attaques verbales offensantes lorsqu'ils sont en service»²¹³.

142. Le discours qui prend pour cible des magistrats est moins bien protégé. En effet, «il convient (...) de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir»²¹⁴. Le déséquilibre dans les armes, lié à l'obligation de réserve pesant sur les magistrats, explique pour partie le sort moins favorable que la Cour réserve au discours critique visant des magistrats; à notre sens, c'est aussi le fait que l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit expressément que des restrictions à la liberté d'expression peuvent être prévues si elles sont nécessaires «pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire» qui a pour effet que la pondération des intérêts est plus favorable aux magistrats visés par des propos excessifs qu'aux fonctionnaires.

g) *Le médium utilisé pour communiquer*

143. Le type de médium utilisé a un impact sur l'ampleur du préjudice et est donc un facteur à prendre en compte pour apprécier si une limitation à la liberté d'expression est justifiée.

²¹³ Cour eur. D.H., *Lesnik c. Slovaquie*, req. n° 35640/97, arrêt du 11 mars 2003, § 53, *Recueil* 2003-IV (S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, p. 87, renvoie encore à Cour eur. D.H., *Steur c. Pays-Bas*, req. n° 39657/98, arrêt du 28 octobre 2003, § 41, *Recueil* 2003-XI; *Nikula c. Finlande*, req. n° 31611/96, arrêt du 21 mars 2002, § 48, *Recueil* 2002-II; *Rizos et Daksas c. Grèce*, req. n° 65545/01, arrêt du 27 mai 2004, § 48).

²¹⁴ Cour eur. D.H., *Rizos et Daksas c. Grèce*, req. n° 65545/01, arrêt du 27 mai 2004, § 45.

144. À ce sujet, la Cour tient compte des paramètres suivants (que S. van Drooghenbroeck a savamment relevés²¹⁵) :

- la nature audiovisuelle ou non du média : « les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus puissants et immédiats que la presse écrite »²¹⁶ ;
- l'heure de diffusion du propos en cause (si c'est à une « heure de grande écoute », le préjudice peut être supérieur) ;
- la répétition de la diffusion (des rediffusions créent un dommage plus grand que des propos qui ont conservé une relative confidentialité) ;
- le fait que les propos ont été tenus dans une émission télévisée ou radio en direct ou non : le direct empêche en effet l'auteur desdits propos « de les reformuler, de les parfaire ou de les retirer » avant qu'ils ne soient rendus publics²¹⁷, tandis que le recours à l'écrit offre une meilleure maîtrise du propos, ce qui implique une plus grande sévérité à l'égard des excès dudit propos²¹⁸. Une interdiction de retransmettre en direct les débats judiciaires, alors même que la possibilité existe d'en faire un compte rendu, peut être justifiée dans des affaires relatives à des crimes odieux survenus dans un contexte familial, vu que la retransmission en direct est susceptible d'influer sur le comportement des participants au procès et nuire à la bonne administration de la justice²¹⁹. Une radiodiffusion en direct²²⁰ est donc à traiter autrement qu'une publication sur un site web ou dans un journal.

h) La lourdeur des sanctions

145. À nouveau, de savants équilibres sont à faire, selon la Cour, suivant le caractère plus ou moins infamant ou lourd des sanctions et peines infligées à ceux qui ont tenu des propos litigieux. Suivant en cela S. van Drooghenbroeck, on distinguera trois types de cas selon le rôle que joue le facteur lié à la lourdeur de la sanction :

- les cas où l'influence du facteur « lourdeur » de la sanction est nulle : lorsque le principe même de la limitation à la liberté d'expression est injus-

²¹⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, p. 96.

²¹⁶ Cour eur. D.H., 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, req. n° 53984/00, arrêt du 30 mars 2004, § 39, *Recueil* 2004-II (voy. aussi Cour eur. D.H. (GC), *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. n° 49017/99, arrêt du 17 décembre 2004, § 79, *Recueil* 2004-XI ; *Murphy c. Irlande*, req. n° 44179/98, arrêt du 10 juillet 2003, § 74, *Recueil* 2003-IX).

²¹⁷ Cour eur. D.H., *Müslüm Gündüz c. Turquie*, req. n° 35071/97, arrêt du 4 décembre 2003, § 49.

²¹⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence 2002-2004*, vol. 2, p. 96.

²¹⁹ Cour eur. D.H., *P4 Radio Helle Norge Asa c. Norvège*, déc. sur la recevabilité du 6 mai 2003, *Recueil* 2003-VI.

²²⁰ Cour eur. D.H., *Fuentes Bobo c. Spain*, req. n° 39293/98, arrêt du 29 février 2000, § 46.

tifiable. La Cour a ainsi noté qu'«il peut arriver que le fait même de la condamnation importe plus que le caractère mineur de la peine infligée»²²¹ ;

- les cas où ce facteur a une influence maximale : lorsque la limitation à la liberté d'expression était justifiable dans son principe (ainsi, reconnaissant qu'une sanction du requérant, qui avait qualifié des membres du pouvoir judiciaire de «clowns irresponsables» de manière purement gratuite et sans base factuelle, était justifiable, la Cour estime que la sanction infligée (huit mois de prison ferme) est beaucoup trop sévère, compte tenu, notamment, de l'absence d'antécédents du requérant en la matière²²²) ;
- les cas où l'influence du facteur tenant à la lourdeur de la peine est moyenne : lorsque les limitations ne sont pas justifiables en soi ou injustifiables en soi.

146. Dans un arrêt *Cumpana et Mazare c. Roumanie*²²³, la Cour a évalué le caractère disproportionné ou non d'une série de peines. En l'espèce, «les requérants avaient encouru de très sévères peines pour avoir affirmé, sans fondement, que des irrégularités avaient été commises dans la passation de marchés publics : sept mois de prison ferme, l'interdiction de certains droits civils et politiques, et l'interdiction d'exercer la profession de journaliste pendant un an. Autant la Cour admit qu'une restriction à la liberté d'expression des requérants pouvait par principe se concevoir (*Cumpana et Mazare* (GC), § 110), autant elle jugea que les sanctions qui, en l'occurrence, assortissaient cette restriction, étaient excessives»²²⁴. La Cour considéra tout d'abord «qu'une peine de prison infligée pour une infraction commise dans le domaine de la presse n'est compatible avec la liberté d'expression journalistique garantie par l'article 10 de la Convention que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints, comme ce serait le cas, par exemple, en cas de diffusion d'un discours de haine ou d'incitation à la violence»²²⁵. Or, «rien dans les circonstances de la présente espèce, qui constitue une affaire classique de diffamation d'un particulier dans le contexte d'un

²²¹ Cour eur. D.H., *Stoll c. Suisse*, req. n° 69698/01, arrêt du 10 décembre 2007, § 154, qui renvoie à *Jersild c. Danemark*, req. n° 15890/89, arrêt du 23 septembre 1994, § 35, *Série A* n° 298 ; *Lopez Gomez da Silva*, req. n° 37698/97, arrêt du 28 septembre 2000, § 36, *Recueil* 2000-X.

²²² S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, p. 97, qui cite Cour eur. D.H., *Skalka c. Pologne*, req. n° 43425/98, arrêt du 27 mai 2003, § 41.

²²³ Cour eur. D.H. (GC), *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, req. n° 33348/96, arrêt du 10 juin 2003 (arrêt de non violation), réformé par un arrêt de la Grande Chambre du 17 décembre 2004.

²²⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *Chronique de jurisprudence* 2002-2004, vol. 2, p. 98.

²²⁵ Cour eur. D.H. (GC), *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, req. n° 33348/96, arrêt du 17 décembre 2004, § 115, *Recueil* 2004-XI.

débat sur une question présentant un intérêt public légitime, n'était de nature à justifier l'imposition d'une peine de prison»²²⁶. Que la peine de prison ne fut pas appliquée par effet d'une grâce présidentielle ne changeait rien quant à l'existence de la condamnation pénale : «la grâce individuelle dont ils ont bénéficié est une mesure qui relève du pouvoir discrétionnaire du président de la République ; de plus, si un tel acte de clémence vise à dispenser les coupables de l'exécution de leur peine, il n'efface pas pour autant leur condamnation»²²⁷. L'interdiction de droits civils et politiques n'est pas davantage proportionnée aux yeux de la Cour : «une telle interdiction, applicable en droit roumain de manière automatique à toute personne qui purge une peine de prison, quelle que soit l'infraction pour laquelle la peine principale est prononcée, et sans aucun contrôle de la part des tribunaux quant à sa nécessité (...), était particulièrement inappropriée en l'occurrence et ne se justifiait pas au regard de la nature des infractions pour lesquelles la responsabilité pénale des requérants avait été engagée»²²⁸. L'interdiction d'exercer la profession de journaliste appela un jugement tout aussi sévère : «les mesures de restriction préalable à l'activité des journalistes appellent de sa part l'examen le plus scrupuleux et ne se justifient que dans des circonstances exceptionnelles», lesquelles n'étaient pas réunies en l'occurrence²²⁹.

147. L'étendue dans le temps ou l'espace de la sanction est également prise en compte. Dans l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* (voy. *supra*), la Cour a conclu que la mesure d'interdiction d'une exposition d'une œuvre provocatrice était disproportionnée, d'autant qu'«elle n'était pas limitée ni dans le temps, ni dans l'espace»²³⁰, ce qui empêchait à tout jamais à l'organisateur d'exposer l'œuvre, même dans un lieu où l'homme politique d'extrême droite qui se prétendait atteint dans son droit à l'image serait parfaitement inconnu.

148. La Cour a aussi parfois donné des indications quant aux sanctions les moins lourdes. Dans un arrêt mettant en cause une publication d'une photographie d'une personne décédée dans des circonstances tragiques (le Préfet Erignac), la Cour a jugé qu'une injonction de publier un communiqué «constituait la sanction emportant le moins de restrictions» à l'exercice de la liberté d'expression²³¹.

²²⁶ *Ibid.*, § 116.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*, § 117.

²²⁹ *Ibid.*, § 118.

²³⁰ Cour eur. D.H., *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, req. n° 68354/01, arrêt du 25 janvier 2007, § 37.

²³¹ Cour eur. D.H., *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 71111/01, arrêt du 14 juin 2007, § 61.

i) *Les péripéties de la procédure devant les instances nationales*

149. Des événements liés à la procédure en droit interne influencent également l'appréciation par la Cour de la proportionnalité de la mesure. Dans l'affaire *Stoll c. Suisse*, le fait que l'instance déontologique, le Conseil de la presse, avait identifié plusieurs carences dans la publication d'un document confidentiel émanant d'un ambassadeur suisse (voy. *supra*), dont la soustraction d'éléments importants pour informer le public, et l'avait considérée par conséquent comme contrevenant à la «Déclaration des droits et devoirs des journalistes», a aussi joué un rôle non négligeable dans l'approbation de la mesure d'ingérence au nom de la liberté d'expression.

150. Il est, en outre, normal que les errements commis par les juridictions internes ayant condamné l'auteur d'une opinion vont peser en faveur de la reconnaissance d'une ingérence injustifiée dans la liberté d'expression. Ainsi, s'agissant de propos désobligeants contenus dans un article d'opinion, les juridictions portugaises avaient refusé d'examiner l'*exceptio veritatis* pourtant alléguée par le requérant dans le cadre du procès en diffamation, alors que l'article contenait aussi des allégations de fait. Pour la Cour, «les juridictions internes ont ainsi manqué l'opportunité de se faire une idée plus complète et précise des événements à l'origine des propos litigieux»²³².

j) *La mise en balance avec d'autres droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme*

151. Si la pondération doit être faite avec d'autres droits fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme, à commencer par le droit à la vie privée (art. 8) et le respect de la présomption d'innocence (art. 6)²³³, l'analyse de proportionnalité peut s'inverser et être menée du point de vue de ces autres droits concurrents, lesquels peuvent même générer des obligations positives – ce qui diminue potentiellement la protection de la liberté d'expression.

152. Outre l'affaire *von Hannover* (voy. *supra*), on peut citer une affaire *Craxi c. Italie*: la Cour européenne des droits de l'Homme avait à se prononcer sur la publication, suite à une fuite dans la presse, des retranscriptions des conversations téléphoniques très privées de l'ancien président du Conseil italien, lesquelles avaient été versées dans le dossier de la procédure pénale ouverte à son

²³² Cour eur. D.H., *Almeida Azevedo c. Portugal*, req. n° 43924/02, arrêt du 23 janvier 2007, § 31, qui renvoie à Cour eur. D.H., *Colombani et autres c. France*, req. n° 51279/99, arrêt du 25 juin 2002, § 66, *Recueil* 2002-V.

²³³ Voy., à ce propos, la contribution de K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK dans le présent ouvrage.

encontre. Rappelant l'importance de la liberté de la presse dans une société démocratique, la Cour souligne que cette liberté connaît des limites et que même « les personnes publiques ont le droit de jouir des garanties de l'article 8 à l'instar de toute personne. En particulier, l'intérêt du public à recevoir des informations ne couvre que les faits qui ont un lien avec les faits délictueux mis à charge de l'accusé. Ceci doit demeurer à l'esprit des journalistes alors qu'ils publient à propos de procédures pénales en cours, et la presse devrait s'abstenir de publier des informations qui, intentionnellement ou non, sont susceptibles de porter préjudice au droit au respect de la vie privée et au droit au secret de la correspondance des personnes poursuivies »²³⁴. C'est parce que les informations publiées n'avaient aucun lien avec les poursuites en cours que leur publication ne pouvait s'autoriser d'aucun « besoin social impérieux ». Cette violation engage l'État, puisque ce dernier doit, selon la Cour, mettre en place des mesures appropriées destinées à éviter que de telles divulgations par la presse puissent avoir lieu, et, si des fuites en provenance des autorités judiciaires ont quand même lieu, « l'obligation positive inhérente au respect de la vie privée implique une obligation de mener une enquête effective dans le but de redresser, dans la mesure du possible, le préjudice commis »²³⁵ et de sanctionner les coupables.

153. En cas de divulgation mettant en cause la vie privée, le comportement de ceux qui font l'objet de la divulgation joue un rôle non négligeable : lorsqu'ils ont, par le passé, donné leur consentement à la divulgation, la Cour fera moins facilement primer la protection de la vie privée ; en revanche, si la famille « s'est expressément opposée à la publication »²³⁶ (de la photographie d'un proche décédé tragiquement), l'intérêt lié à la vie privée va en principe l'emporter.

154. Dans l'affaire *Tammer*, la Cour de Strasbourg devait se prononcer sur la publication par un journaliste (Mr Tammer) des propos d'un ancien premier ministre estonien qui avait qualifié son ancienne collaboratrice (avec laquelle il avait eu un enfant, alors qu'il était marié) de « briseuse de mariage » et de mère irresponsable (parce qu'elle avait abandonné son enfant). Condamné pour diffamation pour ces propos particulièrement négatifs qu'il rapportait dans l'article incriminé, Mr Tammer ne gagnera pas à Strasbourg, au motif que (i) les propos étaient particulièrement offensants, (ii) qu'il aurait pu véhiculer la même critique en des termes moins insultants et (iii) que l'ancienne collaboratrice avait entre-temps démissionné de son poste, devenant une personne

²³⁴ Cour eur. D.H., *Craxi c. Italie* (n° 2), req. n° 25337/94, arrêt du 17 juillet 2003, § 65.

²³⁵ *Ibid.*, § 74.

²³⁶ Cour eur. D.H., *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 71111/01, arrêt du 14 juin 2007, § 48.

privée dont la vie privée méritait davantage de protection que lorsqu'elle exerçait une fonction en vue pour le public²³⁷.

Section 3

Conclusion

155. Le foisonnement de la jurisprudence de la Cour européenne et l'incroyable variété des situations de fait rendent difficile toute tentative de synthèse. Face à une constellation de faits, il sera souvent délicat de dire si la liberté d'expression mérite, à l'aune des critères appliqués par la Cour, de l'emporter sur les valeurs impérieuses concurrentes mentionnées à l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme. À commencer parce que l'étendue du contrôle que la Cour de Strasbourg s'accorde semble varier au gré des affaires sans obéir à un principe clair, la Cour étant parfois très timide, parfois très engagée dans son contrôle des limitations à la liberté d'expression – une telle hésitation se retrouve notamment en cas de discours touchant à la morale ou à la religion (voy. *supra*).

156. À la lecture des arrêts, l'on a aussi souvent l'impression que la Cour européenne opère un contrôle de proportionnalité de manière *ad hoc*, sans être guidée par des principes directeurs (en anglais, on parlera de «ad hoc balancing», par opposition au «principled/categorical balancing»). L'analyse de la jurisprudence strasbourgeoise dévoile toutefois des priorités et constantes dans la pondération des intérêts et la nécessaire composition de l'intérêt lié à la liberté d'expression avec d'autres exigences revêtant un «besoin social impérieux». Il n'est certes pas possible d'offrir une matrice avec les poids respectifs des différents facteurs à prendre à compte, mais il peut s'avérer utile de formaliser dans un tableau récapitulatif les priorités qui semblent habituellement guider le contrôle par la Cour, ce qui n'empêche pas cette dernière de prononcer des arrêts marquant soit une rupture, soit une inflexion par rapport à ses priorités et sa jurisprudence. Le tableau suivant tente de mesurer le poids respectif des principaux facteurs (et doit donc être utilisé avec les précautions d'usage liées à un tel exercice). Il reprend, en ordonnée, les facteurs dont la Cour de Strasbourg tient compte dans sa pondération et, en abscisse, le niveau d'intensité de la protection de la liberté d'expression (l'intensité diminue de la gauche vers la droite) :

²³⁷ Cour eur. D.H., *Tammer c. Estonie*, req. n° 41205/98, arrêt du 6 février 2001, §§ 67 et 68, *Recueil* 2001-I.

Intensité de la protection Facteurs		Maximale		Moyenne		Aucune
		+	-	+	-	
Registre des propos	Propos d'intérêt général Discours politique Silence (secret des sources) Discours commercial Discours artistique Discours touchant à la morale ou religion Propos haineux	X X X		X X	X	X
Contexte des propos (exemples)	Campagne électorale Événement tragique/personnel	X			X	
Contenu des propos	Jugement de valeur Faits	X	X			
Forme et ton des propos	Sensationnalisme Réponse à propos virulents	X		X		
Identité de la victime de l'ingérence	Journaliste Médecin Particulier	X		X X		
Cible des critiques	Personnel politique Homme d'affaires Personnalités de l'histoire Fonctionnaires Magistrats	X	X X	X X		
Médium utilisé et modalités de diffusion	Écrit Audiovisuel <i>en direct</i> <i>heure de grande écoute</i> <i>possibilité d'édition</i> <i>rediffusion</i>	X X	X X X X			
Lourdeur et nature de la sanction	Pénale <i>Par ex. : peine de prison</i> Civile Préventive Interdiction professionnelle Publication d'un communiqué	X X X	X X	X		
Autres péripéties de la procédure	Condamnation par une instance déontologique Errements en droit interne			X X		

Conclusion

157. Notre itinéraire en deux étapes, du juge belge de l'urgence (voy. chap. 1) au juge européen de la proportionnalité (voy. chap. 2), s'achève. Il ne peut que se conclure par d'autres invitations à parcourir les jurisprudences qui contribuent à définir la force et les limites de la liberté d'expression. D'autres beaux parcours sont proposés ailleurs dans le présent volume.