

Les juridictions judiciaires face aux droits fondamentaux

*Analyse des rapports entre le droit public
et le droit privé dans les litiges en responsabilité civile
relatifs au droit à l'oubli et à la responsabilité
face au sexisme dans les médias*

Édouard CRUYSMANS¹

*Chercheur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Assistant à l'UCLouvain
Doctorant*

Eugénie D'URSEL²

*Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocate au barreau de Bruxelles*

Introduction

1. Introduction. La présente contribution a pour objet l'analyse des abords de la *summa divisio*, frontière qui, à l'origine, distingue strictement le droit public du droit privé. Elle se focalise sur les rapports entre deux disciplines situées traditionnellement de part et d'autre de cette ligne de démarcation (Chapitre 1) : d'une part, les droits fondamentaux et, d'autre part, le droit de la responsabilité aquilienne. Nous avons choisi de concentrer nos recherches sur des questions choisies relatives à la responsabilité des médias (Chapitre 2, Section 1, § 1^{er}). Dans ce domaine juridique particulier, il nous semble que le rapport entre le droit public et le droit privé perd de sa rigidité pour laisser place à une perméabilité importante. En effet, la responsabilité des médias implique non seulement l'application des règles classiques en matière de responsabilité extracontractuelle, mais aussi l'obligation de trouver le juste équilibre entre des droits fondamentaux en conflit.

¹ Édouard Cruysmans est chercheur FSR à l'Université Saint-Louis à Bruxelles, assistant à l'Université catholique de Louvain et doctorant.

² Eugénie d'Ursel est assistante en droit constitutionnel à l'Université Saint-Louis à Bruxelles et avocate au barreau de Bruxelles.

Notre démarche s'ancre dans une analyse pratique de la jurisprudence. Les cas de responsabilité civile des médias, et plus particulièrement celle des journalistes, sont foisonnants. Ils sont un terreau jurisprudentiel fertile qui nous paraît constituer la matière nécessaire à l'étude des relations que le droit public entretient avec le droit privé, et vice versa.

La première question choisie fait écho aux – plus ou moins – récentes évolutions technologiques, celles-ci ayant engendré de nouveaux défis en ce qui concerne le respect de la vie privée et posé de nouvelles questions relatives à la responsabilité – notamment à long terme – des médias. Pratiquement, elles se manifestent notamment dans le débat relatif au droit à l'oubli (Chapitre 2, Section 1, § 2). La reconnaissance d'un tel droit s'inscrit totalement dans nos réflexions dès lors qu'il s'agit concrètement d'un prolongement des manifestations plus classiques des rapports entre les droits fondamentaux et le droit de la responsabilité aquilienne.

La seconde question traitée dans la présente contribution s'inscrit dans la continuité de ces premières réflexions. Il nous paraît opportun de nous intéresser à la prise en compte de décisions déontologiques journalistiques par les autorités judiciaires. Passant d'une analyse *de lege lata* à une perspective *de lege feranda*, il nous a paru intéressant, au vu des récents développements sociétaux, politiques et médiatiques sur le phénomène du harcèlement et du sexisme, de nous interroger sur le poids des décisions du jury d'éthique publicitaire et du collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) dans ce domaine précis et sur le rapport qu'elles entretiennent – ou pourraient entretenir – avec le droit de la responsabilité civile extracontractuelle (Chapitre 2, Section 2).

Chapitre 1

Les liens entre les droits fondamentaux et le droit de la responsabilité extracontractuelle

2. Introduction. Préalablement à l'analyse des sujets précités, il nous faut brièvement clarifier de quel côté de la ligne de démarcation entre le droit public et le droit privé se situent, théoriquement, les deux disciplines analysées dans le cadre de la présente contribution, à savoir le droit de la responsabilité extracontractuelle et le droit des droits fondamentaux³.

³ Dans la présente contribution, il sera fait usage du terme « droits fondamentaux » pour viser ce qui est généralement englobé par les termes « droits de l'homme », « libertés publiques » et « libertés fondamentales ».

Section 1

Le droit de la responsabilité aquilienne et le droit des droits fondamentaux face à la *summa divisio*

3. Le droit de la responsabilité civile : généralité. Le droit de la responsabilité est en réalité extrêmement vaste. Traditionnellement, l'on enseigne qu'il y a lieu de distinguer la responsabilité pénale de la responsabilité civile. Dans la présente contribution, nous laissons de côté la première pour ne nous intéresser qu'à la seconde. La responsabilité civile regroupe « l'ensemble des règles qui fixent dans quelle mesure une personne, physique ou morale, doit réparer un dommage, qu'elle l'ait causé en raison de l'inexécution d'une obligation (contractuelle ou légale) dont elle est débitrice, ou qu'elle soit déclarée tenue à réparation par la loi »⁴. La responsabilité civile englobe tant la responsabilité civile extracontractuelle que la responsabilité civile contractuelle, la première – qui constitue l'objet principal de notre contribution – intervenant en dehors de toute relation contractuelle.

Dans le cadre de la *summa divisio* traditionnelle, la responsabilité civile est inscrite comme un mécanisme de droit privé. Elle traduit en effet une « obligation de répondre d'un fait, ou d'un comportement, ou d'une situation devant la justice et d'assumer les conséquences »⁵. Dès lors qu'il est question d'obligation⁶ de réponse ou de réparation envers un tiers, le droit privé semble pleinement d'application, ce que confirme l'article 1382 du Code civil, fondement de la responsabilité civile extracontractuelle. Il précise que « [t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, *oblige* celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » (nous soulignons).

Dans le cadre d'une importante réforme du Code civil initiée par le ministre de la Justice Koen Geens, la matière de la responsabilité civile extracontractuelle subirait quelques modifications importantes. L'article 1382 du Code civil céderait sa place à l'article 5.146 du même Code qui préciserait désormais que « [t]oute personne qui, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenu[e] de la réparer »⁷. La philosophie de cette disposition n'est

⁴ La définition est proposée par C. DELFORGE, *La responsabilité extracontractuelle. La responsabilité selon le Code civil*, cours de droit des contrats spéciaux et de la responsabilité civile, Bruxelles, Université Saint-Louis Bruxelles, 2018-2019, p. 4.

⁵ V. VINEY, « La responsabilité », *Arch. phil. dr.*, 1977, p. 278, cité par G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2006, p. 18.

⁶ Soulignons que la seule notion d'« obligation » ne constitue pas, en soi, une référence au droit privé. Bien que l'une des branches principales du droit privé s'intitule le « droit des obligations », on retrouve en droit public cette même notion d'obligation. À titre d'exemple, en matière de droits fondamentaux, on évoque les obligations positives et négatives d'un État ou d'une autorité.

⁷ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 6 août 2018.

pas tellement différente de celle de l'article 1382 dès lors que l'on retrouve l'obligation de réparation. Le mécanisme mis en œuvre par ces dispositions peut nous sembler éminemment « privatiste ». Pourtant, le droit de la responsabilité civile, dès lors qu'il vise à réparer un préjudice subi, n'a pas vocation à se cantonner aux seules problématiques civilistes⁸.

4. Le droit des droits fondamentaux : généralités. Les droits fondamentaux sont considérés comme une matière faisant partie du droit public et sont généralement intégrés au niveau domestique dans la discipline du droit constitutionnel⁹. Cette classification découle de la définition du droit public au sens restreint ou du droit constitutionnel pur qui vise « les règles essentielles, fixant au sein de l'État, d'une part, l'organisation, le fonctionnement et les attributions des organes supérieurs de la puissance publique et, d'autre part, le contenu des garanties des droits fondamentaux de l'individu »¹⁰.

Malgré les récentes évolutions, fréquentes traversées ou tentatives d'invasion des deux côtés de la frontière de la *summa divisio*, on considère généralement que les droits fondamentaux, y compris les développements de droit international qu'ils représentent, font toujours partie du noyau dur du droit public, qui ne serait pas « menacé » dans son existence et sa séparation du droit privé, selon les mots de feu P. Van Ommeslaghe¹¹.

Au niveau de la hiérarchie des normes, on peut par ailleurs déjà souligner que les droits fondamentaux sont généralement inscrits dans des instruments juridiques ayant le rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes, à savoir les constitutions et/ou des traités internationaux tels que la Convention européenne des droits de l'homme¹². En ce qu'ils sont notamment consacrés par des instruments internationaux, d'aucuns les rattachent à la discipline du droit international. Cela n'empêche pas de les situer du côté public de la *summa divisio*¹³.

⁸ L'appellation même de « droit de la responsabilité civile extracontractuelle » devient alors trompeuse. Voy. not., sur ce sujet, E. VERJANS, « Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten », *R.W.*, 2013-2014, pp. 522-536. Pour des exemples concrets, voy. not. F. JONGEN, A. STROWEL et E. CRUYSMANS (coll.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 692-698, n°s 998-1009. Voy. aussi, dans le présent ouvrage, la contribution suivante : T. COPPÉE et M. LAMBERT DE ROUVROY, « La responsabilité des pouvoirs publics », pp. 307-362.

⁹ E. CEREXHE, *Introduction à l'étude du droit, Les institutions et les sources du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 417.

¹⁰ J. VELU, *Droit public*, t. 1 « Le statut des gouvernants », Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 16.

¹¹ P. VAN OMMEFLAGHE, « Le droit public existe-t-il ? », *Rev. dr. ULB*, 2006/1, p. 46.

¹² St. SOMERS, *Aansprakelijkheid en mensenrechten, Kruisbestuiving in meergelaagde rechtsorde*, Cambridge-Antwerpen, Interstentia, 2016, p. 30.

¹³ Certains auteurs utilisent même désormais la notion de « droit global ». À ce sujet, on renvoie à l'étude de L. HENNEBEL, « Les droits de l'homme dans la théorie du droit global », in *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 15-65. Rappelons encore que la *summa divisio* semble aussi trouver sa place en droit international, puisque l'on oppose traditionnellement le droit international public au droit international privé.

Section 2

Les liens entre les droits fondamentaux et le droit de la responsabilité extracontractuelle

5. Droits public et privé : des spécificités et des similitudes. Le droit privé, et plus particulièrement le droit de la responsabilité extracontractuelle, et les droits fondamentaux sont généralement considérés comme des disciplines strictement distinctes.

L'objet de la présente contribution n'est pas de discourir des droits fondamentaux en tant que système. Toutefois, pour la clarté du propos qui suit, on soulignera que, conceptuellement, les droits fondamentaux sont des droits particuliers, car ils ont une forte connotation politique et morale¹⁴. Ils appartiennent à tout individu en tant qu'être humain, ce qui implique, contrairement à d'autres droits, que « seule la qualité d'être humain suffit à en assurer la jouissance »¹⁵. Les droits fondamentaux ont, en outre, connu un développement fulgurant ces dernières décennies. Aujourd'hui, ils peuvent – parfois à raison – apparaître comme déconnectés les uns des autres, consacrés dans des sources éparées, sans véritable cohérence. Ph. Gérard perçoit cet « archipel de droits » comme représentant une « vaste toile dans laquelle se reflète un ensemble très diversifié de valeurs et d'intérêts dont le respect est jugé indispensable pour garantir la dignité humaine »¹⁶.

Enfin, au départ, ces droits sont façonnés dans une logique de protection des abus de l'État – et des autorités étatiques – et, donc, fortement inscrits dans la logique du rapport « gouvernant-gouverné »¹⁷. Ce constat est renforcé par le fait que de nombreuses sources juridiques consacrant des droits fondamentaux sont des instruments internationaux dont les destinataires directs sont des États. Depuis, l'horizontalisation des droits fondamentaux est intervenue pour permettre également leur application entre particuliers (voy. *infra*, n° 7). Toutefois, cette conception originaire des droits fondamentaux les place dans

¹⁴ J. LACROIX et J.-Y. PRANCHERE, « Des droits de l'homme aux droits humains ? Deux remarques critiques sur *The Last Utopia/From the Rights of Man to Human Rights* ? », *JEDH*, 2016/2, p. 188.

¹⁵ P. GÉRARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 19. Voy. cependant l'extension du champ d'application *ratione personae* que connaissent les droits fondamentaux, certains étant désormais d'application pour les personnes morales. Sur ce sujet, voy. H. KOUAMÉ KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, t. 1 « De l'impensable à l'indispensable », t. 2 « Réalisme et activisme du juge européen », Paris, L'Harmattan, 2014 ; P. LEMMENS et N. VAN LEUVEN, « Les destinataires des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 123-124, n°s 13-14 ; S. MARCUS-HELMONS, *La Convention européenne des droits de l'homme et les personnes morales*, Louvain, Imprimerie Van Linthout, 1971.

¹⁶ P. GÉRARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, op. cit., p. 31.

¹⁷ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 324.

une sphère articulée autour d'une logique très éloignée de celle du droit de la responsabilité extracontractuelle.

En effet, la responsabilité aquilienne est directement élaborée dans une logique d'horizontalité, tel que cela se dégage de l'article 1382 du Code civil qui indique, en effet, que « [t]out fait quelconque *de l'homme*, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Cette branche du droit règle donc la réparation des dommages causés par une personne à une autre et concerne des relations entre sujets de droit purement horizontales¹⁸, du moins à l'origine. Depuis l'arrêt *La Flandria*¹⁹ de la Cour de cassation rendu le 5 novembre 1920, la responsabilité des pouvoirs publics a, en effet, été progressivement reconnue. Dès lors, à la logique horizontale du droit de la responsabilité extracontractuelle s'ajoute une perspective verticale permettant d'obtenir sur le fondement du Code civil la réparation de dommages causés par la faute d'une autorité publique²⁰.

En outre, le droit de la responsabilité aquilienne se caractérise encore par sa consonance fortement domestique et sa construction fondamentalement jurisprudentielle²¹. À ce titre, le droit de la responsabilité présente une similitude avec les droits fondamentaux : difficile de nier l'apport extrêmement important de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'appréhension des droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme. Enfin, soulignons encore que le droit de la responsabilité civile extracontractuelle est peu influencé par le droit international, mais plutôt par d'autres systèmes nationaux de responsabilité extracontractuelle, à l'instar du système français. On constate davantage un phénomène de « *cross-fertilization* » qu'une influence venant d'un ordre juridique supranational.

Les droits fondamentaux et le droit de la responsabilité aquilienne apparaissent donc répondre à des logiques différentes²². Ces deux disciplines concernent néanmoins toutes deux, dans une certaine mesure, la protection de valeurs fondamentales²³. St. Somers enseigne que la logique sous-jacente de

¹⁸ St. SOMERS, « De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht », *T.B.P.*, 2014/4-5, p. 353.

¹⁹ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, I, 1920, I, p. 219 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 23, note C. PANIER, « Vive le régime judiciaire ! ».

²⁰ L'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, portant la réforme du droit de la responsabilité et la réécriture des articles dudit Code, propose de remplacer l'article 1382 par l'article 5.146, ce dernier précisant que « [t]oute personne qui, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenu[e] de le réparer ». Le remplacement du mot « homme » par le mot « personne » pourrait notamment correspondre à cette évolution.

²¹ P. VAN OMMESELAGHE, *Droits des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1137 et P. WERY, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 73.

²² C. O'CONNOR, « Taking horizontal effect seriously: private law, constitutional rights and the European Convention on human rights », *Hibernian Law Journal*, 2003, p. 77.

²³ C. O'CONNOR, « Taking horizontal effect seriously: private law, constitutional rights and the European Convention on human rights », *Hibernian Law Journal*, 2003, p. 77.

ces deux disciplines n'est pas aussi éloignée qu'on pourrait le croire : toutes deux ont, directement ou indirectement, comme but la protection des libertés fondamentales²⁴. En ce qui concerne les droits fondamentaux, leur objectif de protection des libertés et de valeurs est on ne peut plus clair et résulte de leur fonction originaire consistant à protéger des citoyens contre les abus de l'État. Quant au droit de la responsabilité civile, bien qu'il puisse à première vue être considéré comme un mécanisme de restriction, il s'inscrit aussi dans une logique de protection des libertés de chacun : l'abus dans l'exercice d'une liberté par une personne qui cause un préjudice à la liberté d'autrui oblige cette personne à réparer ce préjudice²⁵. Nous voyons ici apparaître un nouveau point de rencontre entre ces deux disciplines : toutes deux ont vocation à protéger, à tout le moins en partie, le sujet de droit contre les atteintes apportées à ses libertés fondamentales.

6. Invocation des droits fondamentaux dans la sphère du droit privé. Les droits fondamentaux sont fréquemment invoqués devant les juridictions judiciaires directement par les particuliers²⁶. Ces prérogatives s'inscrivent alors dans le raisonnement privatiste mené par les juges. En cela, ce phénomène semble pouvoir s'analyser comme une importation du raisonnement relatif aux droits fondamentaux dans un système en apparence relativement étanche, celui de la responsabilité aquilienne. Lorsqu'un dommage est causé à une personne et que ce dommage est issu d'une faute, il y a obligation de réparation. D'une atteinte à un droit fondamental découle une obligation de réparation dès lors que la faute (qui est, en réalité, une atteinte à un droit fondamental considérée comme fautive) commise cause préjudice à une personne. Dans le domaine des médias et de la presse, la divulgation d'informations d'ordre privé par un journaliste faisant usage du droit à la liberté d'expression peut constituer une faute, celle-ci causant potentiellement une atteinte au droit à la vie privée d'une tierce personne. L'atteinte fautive devient alors la source d'une obligation de réparation du préjudice causé dans le chef de la victime, ce dommage étant dans le domaine précité généralement d'ordre moral.

7. L'effet horizontal direct et l'effet horizontal indirect. Tel qu'indiqué ci-avant, les droits fondamentaux ne sont plus uniquement invoqués à l'encontre des États : il est désormais indéniable qu'ils présentent un effet horizontal et peuvent, dans une certaine mesure et sous réserve de nuances, être invoqués dans les litiges interindividuels.

²⁴ St. SOMERS, « De horizontale werking van mensenrechten en het verticaal aansprakelijkheidsrecht », *op. cit.*, p. 33 ; C. O'CONNOR, « Taking horizontal effect seriously: private law, constitutional rights and the European Convention on human rights », *Hibernian Law Journal*, 2003, p. 77.

²⁵ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 440.

²⁶ L'effet direct des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme permet aux citoyens d'invoquer directement, devant les juges nationaux, ces droits consacrés dans des instruments internationaux.

L'étude de cet effet horizontal s'est énormément développée ces dernières années et a conduit à la distinction entre deux types d'effet horizontal : l'effet horizontal direct (ou *unmittelbare Drittwirkung*) et l'effet horizontal indirect (ou *mittelbare Drittwirkung*)²⁷. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient d'expliciter ces deux concepts pour vérifier notre hypothèse de recherche visant à indiquer que la relation entre les droits fondamentaux et le droit de la responsabilité aquilienne obéit à une logique d'importation.

L'effet horizontal direct vise la situation dans laquelle un juge applique directement des droits fondamentaux à un litige entre particuliers²⁸. À titre illustratif, on considère que la Convention européenne des droits de l'homme a un effet horizontal direct quand un juge national peut en déduire des effets juridiques et les appliquer directement à un litige de droit privé. L'effet horizontal indirect, quant à lui, vise la situation où la revendication du respect d'un droit fondamental entre particuliers est fondée sur une règle interne de droit interprétée à la lumière des droits fondamentaux²⁹.

La question de savoir lequel de l'aspect horizontal direct ou de l'aspect horizontal indirect prévaut en Belgique n'a pas été clairement tranchée. Tout en ayant déjà reconnu l'existence d'un effet horizontal des droits fondamentaux, la Cour de cassation a rendu des décisions reconnaissant tant l'effet horizontal direct que l'effet horizontal indirect.

À titre illustratif, la Cour de cassation consacre la théorie de l'effet horizontal indirect dans un célèbre arrêt du 29 septembre 2008³⁰ qui concerne un contrat, liant un joueur de football qui contenait une clause indiquant que « le joueur reconnaît être la propriété exclusive de Monsieur G., celui-ci ayant acquis le joueur par ses propres moyens financiers ». La théorie de l'effet horizontal indirect est appliquée au niveau du deuxième moyen, dans lequel la Cour s'est implicitement basée sur l'article 4, §§ 1^{er} et 2, de la CEDH et sur l'article 8, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui interdisent l'esclavage et la servitude. La Cour s'appuie encore sur l'ar-

²⁷ On utilise fréquemment les termes allemands pour désigner ces concepts, car ceux-ci ont été théorisés par des juristes allemands : Walter Leisner et Hans Carl Nipperdey. Voy. H. C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, Mohr, Siebeck, 1952, p. 53 et W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlin, 1960.

²⁸ J.-S. VANWIJNGAERDEN, « De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden », *Jura Falconis*, Jg. 44, 2007-2008, p. 220.

²⁹ A. BARAK, « Constitutional human rights and private law », in D. FRIEDMAN et D. BARAKEREZ (dir.), *Human Rights in Private Law*, Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, 2003, pp. 14 et V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'Homme ». Faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? in *Entre ombres et lumières : cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'Homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 199.

³⁰ Cass., 29 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2076 ; *J.T.*, 2008, p. 699 ; *J.L.M.B.*, 2009, p. 1100 ; *J.T.T.*, 2008, p. 464, note M. WANTIEZ, « Clauses de non-démarchage et clauses de non-concurrence souscrites par les indépendants ». Pour un autre exemple d'application de cette théorie, voy. Cass., 29 septembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 132 ; *J.T.*, 1967, p. 606 ; *B.R.H.*, 1968, p. 4 ; *R.W.*, 1967-1968, p. 589 ; *J.L.*, 1967-1968, p. 49.

ticle 12, alinéa 1^{er}, de la Constitution garantissant la liberté individuelle et sur l'article 23 de la Constitution garantissant la dignité humaine. L'arrêt précise qu'une « convention qui, en dehors des cas où la loi l'autorise, a pour but de permettre à l'une des parties, en l'espèce l'auteur des défenderesses, d'empêcher l'autre partie, en l'espèce le demandeur, d'exercer librement son activité professionnelle, a une cause illicite et est frappé[e] de nullité ». La Cour de cassation a justifié cette conclusion en faisant référence à un mécanisme de droit privé, à savoir la théorie de la cause illicite, mais il apparaît clairement dans l'arrêt qu'elle a interprété cette théorie à la lumière des droits fondamentaux mentionnés ci-dessus.

Toutefois, la Cour de cassation a consacré la théorie de l'effet horizontal direct dans d'autres arrêts. Il faut nous attarder sur l'arrêt du 27 février 2001³¹. Il s'agit d'une décision en matière de droit du travail. Un employé surveillé par vidéosurveillance par son employeur invoque la violation des articles 8 de la Convention et 22 de la Constitution relatifs à la protection de la vie privée.

Dans son raisonnement, la Cour valide l'applicabilité horizontale directe de ces dispositions à un litige entre particuliers. En effet, elle analyse la question de savoir s'il y a, en l'espèce, une ingérence et procède donc directement à une analyse similaire à celle qu'aurait faite la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation affirme « que, pour autant qu'elle a pour objectif la dénonciation des faits aux autorités et, partant de cet objectif, qu'elle est adéquate, utile et non excessive, une telle mesure n'implique pas d'ingérence dans l'exercice de ce droit au sens de l'article 8, [§] 2[,] de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Pour la Cour, il n'y a pas d'ingérence au droit à la vie privée, et elle conclut en l'espèce que le moyen invoqué par le requérant manque en droit. L'article 8, § 2, de la Convention européenne a néanmoins été conçu pour viser les ingérences qui résultent d'actes des autorités publiques. Le raisonnement de la Cour de cassation dans l'arrêt précité posait donc question, et ce, particulièrement par rapport à la faisabilité de la transposition directe de cette disposition à des particuliers qui ne poursuivent pas les buts légitimes visés à l'article 8, § 2³².

³¹ Cass., 27 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 368 ; *A.J.T.*, 2000-2001, p. 949, note I. VERHELST, « Verborgen camera's toch toegelaten ? » ; *Computerr.*, 2001, p. 202, note J. DUMORTIER, « Het gebruik van de verborgen camera op de werkplaats » ; *R.G.A.R.*, 2002/8, n° 13605 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 1171, note P. HUMBLET, « Geheime camera's en verborgen camera's » ; *Rev. dr. pén.*, 2002, p. 251, note P. MONVILLE, « La régularité de la preuve pénale piégée par la caméra cachée ? » ; *Chron. D.S.*, 2001, p. 455 ; *T. Strafr.*, 2002/6, p. 308, note P. DE HERT, « De waarde van de Wet van 8 december 1992 bij de bewijsbeoordeling in strafzaken » ; *Vigiles*, 2001/4, p. 153, note P. DE HERT, « Caméras cachées dans des magasins, la controverse suite à un arrêt de cassation ». Pour un autre exemple d'application de cette théorie, voy. Cass., 27 avril 1981, *Pas.*, I, 1981, p. 964 ; *J.T.*, 1981, p. 410 ; *J.T.T.*, 1981-1982, p. 357 ; *R.W.*, 1981-1982, p. 1982.

³² N. VAN LEUVEN et L. VANCRAVEBECK, « L'effet horizontal des droits et libertés », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 270.

Deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 29 avril 2016³³ et l'autre du 8 novembre 2018³⁴, s'inscrivent également dans la consécration de la théorie de l'effet horizontal direct. Ces arrêts sont particulièrement intéressants, car ils traitent de l'article 10 de la CEDH relatif à la liberté d'expression et évoquent la question du droit à l'oubli. Nous aurons l'occasion de revenir sur cet arrêt (voy. *infra*, n° 11).

La Cour de cassation semble indécise quant à la reconnaissance d'une théorie unique, cette incertitude impactant inévitablement les juridictions judiciaires inférieures. Les développements qui suivent s'inscrivent dans cette précarité. Malgré cette indécision, les concepts d'effet horizontal direct et d'effet horizontal indirect apportent un éclairage intéressant par rapport à la question des relations entre les droits fondamentaux et le droit de la responsabilité aquilienne.

Dans ce domaine, l'effet horizontal indirect peut être comparé au recours à un filtre ou à un paradigme permettant d'apposer une grille de lecture spécifique teintée de la palette des droits fondamentaux aux concepts de droit de la responsabilité extracontractuelle mis en œuvre dans les litiges portant sur la réparation d'une atteinte fautive à un droit fondamental. L'application de ce filtre permettrait d'interpréter le droit de la responsabilité aquilienne et les concepts juridiques qui y sont associés en conformité avec les droits fondamentaux.

L'effet horizontal direct se rapproche plutôt de l'importation de concepts de droits fondamentaux directement dans le litige individuel en cause. Concrètement, il s'agit d'incorporer un raisonnement « à la manière de la Cour européenne des droits de l'homme » lorsqu'une juridiction belge est confrontée à un conflit entre des droits fondamentaux, dans l'étude des trois conditions traditionnelles de la responsabilité. Ce phénomène d'importation des droits fondamentaux dans le droit de la responsabilité extracontractuelle semble *a priori* davantage correspondre aux réalités étudiées dans le cadre de la présente contribution. Il nous paraît, à première vue, être relativement à sens unique : il ne semble pas y avoir d'importation directe du droit de la responsabilité aquilienne vers les droits fondamentaux³⁵.

³³ Cass. (1^{re} ch.), 29 avril 2016, A.M., 2016/5-6, note M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? » ; *Computerr*, 2017/1, p. 31, note J. AUSLOOS, « Vergetelheidszaken voor de Hoven van Cassatie te België en Frankrijk – Contradictoir of Complementair ? » ; *J.T.*, 2016, p. 609, note E. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation » ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 208 ; *N.J.W.*, 2016/350, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar » ; *R.D.C.*, 2017/2, p. 206, note J. CLINCK, « Het recht om (digitaal) vergeten te worden erkend door het Hof van Cassatie ».

³⁴ Cass. (1^{re} ch.), 8 novembre 2018.

³⁵ On doit néanmoins souligner l'apparition de certains concepts qui sont, à l'origine, associés au droit privé dans le « contentieux public ». Tel est notamment le cas de l'indemnité réparatrice qui peut être octroyée dans le cadre d'un litige devant le Conseil d'État ou la satisfaction équitable qui peut être accordée par la

Chapitre 2

**La relation entre le droit de la responsabilité
aquilienne et les droits fondamentaux
dans des litiges individuels relatifs aux libertés
d'expression et de presse, au droit à la vie privée
et au sexisme**

Section 1

**Liberté d'expression et responsabilité civile
extracontractuelle**

**§ 1^{er}. L'importance du droit de la responsabilité civile
en droit des médias**

8. Considérations générales : responsabilité et droit des médias.

Notre propos s'inscrit ici dans le cadre global du droit des médias. Cette discipline participe, nous semble-t-il, à la déconstruction de la traditionnelle *summa divisio*. En effet, il s'agit davantage d'une branche transversale du droit qui touche de nombreuses matières traditionnelles du droit. Le droit public est largement abordé dès lors que le droit des médias s'intéresse pleinement à plusieurs droits fondamentaux. Alors que le droit à la liberté d'expression³⁶ au sens large constitue l'un des socles principaux du droit des médias, d'autres droits fondamentaux sont abordés. Inévitablement, le droit à la vie privée³⁷ et ses différentes composantes (droit à l'image³⁸, droit à l'oubli, droit au nom, droit à la voix³⁹, droit à l'honneur, etc.) s'inscrivent dans un nombre certain de litiges, tout comme le droit à la protection des données à caractère personnel⁴⁰.

Cour européenne des droits de l'homme. Il ne s'agit toutefois pas à strictement parler de l'importation d'un raisonnement juridique basé sur la responsabilité extracontractuelle. Les poussées de droit privé dans ces contentieux administratifs ou relatifs aux droits fondamentaux nous paraissent, dès lors, relativement limitées.

³⁶ Art. 10 CEDH, art. 19 et 25 de la Constitution, art. 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁷ Art. 8 CEDH, art. 22 de la Constitution, art. 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁸ Sur le droit à l'image, voy. M. ISGOUR, *Le droit à l'image*, 2^e éd., coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2014, 392 p. ; B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, Coll. pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2013, 241 p.

³⁹ Voy., pour des décisions jurisprudentielles relatives au droit à la voix, F. JONGEN, A. STROWEL et E. CRUYSMANS (coll.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 697, n° 1009.

⁴⁰ Art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le droit à la protection des données à caractère personnel ne fait pas l'objet d'une consécration expresse par la Convention européenne des droits

En même temps, le droit de la responsabilité civile extracontractuelle constitue le moyen permettant la réparation des fautes commises par des acteurs du domaine des médias. En effet, il n'existe aucun régime particulier relatif à la responsabilité civile des médias. La Constitution belge évoque bien quelques dispositifs : la responsabilité en cascade (art. 25, al. 2), le huis clos devant être prononcé à l'unanimité (art. 148, al. 2) et le délit de presse (art. 150)⁴¹. Cependant, la responsabilité en cascade, qui s'applique dans le cadre des procédures tant civiles que pénales, ne constitue qu'un système d'imputabilité successive et isolée. En outre, dès lors que ce principe est organisé à l'article 25, son champ d'application n'est limité qu'à la presse écrite, l'audiovisuel étant exclu de cette disposition⁴². Quant aux articles 148, alinéa 2, et 150 de la Constitution, ces règles sont relatives au délit de presse, celui-ci impliquant la commission d'une infraction pénale particulière (calomnie ou diffamation p. ex.). Ils mettent en œuvre la responsabilité pénale de la presse, mais sont pourtant *de facto* inappliqués pour diverses raisons⁴³. Ces quelques éléments ont pour conséquence une utilisation importante de l'article 1382 du Code civil pour mettre en cause la responsabilité des médias, l'application de cette disposition en matière de liberté d'expression ayant été validée par la Cour de cassation⁴⁴. Dans les lignes qui suivent, nous souhaitons illustrer le recours à cette disposition de droit civil afin de démontrer la perméabilité de la *summa divisio*, et la prise en compte d'éléments inscrits traditionnellement dans le droit public dans le cadre du raisonnement exécuté par le juge judiciaire.

de l'homme ou la Constitution. Cependant, la jurisprudence européenne lui octroie une protection par le biais de l'article 8 de la Convention.

⁴¹ Sur ces dispositifs, voy. not. B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, coll. Droit actuel, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 354 ; F. JONGEN, A. STROWEL et E. CRUYSMANS (coll.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 383-475, n°s 566-687 ; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2012, pp. 257-408, n°s 439-617 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde*, Coll. des thèses, Bruxelles, Larcier, pp. 210-292, n°s 258-389.

⁴² Cass. (1^{re} ch.), 2 juin 2006, A.M., 2006/4, p. 355 ; *Juristenkrant*, 2001/230, p. 9 ; J.L.M.B., 2006/32, p. 1403, note F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin ? » ; *Pas.*, 2006/5-6, p. 1302 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/1, p. 75 ; *R.W.*, 2009-2010/8, p. 320 ; Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482 ; *Bull.*, 1982, p. 482 ; *J.T.*, 1983, p. 133. Voy. aussi F. JONGEN, A. STROWEL et E. CRUYSMANS (coll.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 87-91, n°s 125-129 ; C. DONY, « La presse, une notion que le Constituant tarde à (re)définir... », J.L.M.B., 2010, pp. 137-142 ; F. JONGEN, C. DONY, « La liberté de la presse », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 845-864 ; G. ROSOUX, « Brèves considérations sur l'obsoleète notion de délit de presse... », note sous Cass. (2^e ch.), 7 décembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005/12, pp. 1270-1989.

⁴³ F. JONGEN, A. STROWEL et E. CRUYSMANS (coll.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 723-726, n°s 1042-1044.

⁴⁴ Voy. not. Cass., 4 décembre 1952, *R.C.J.B.*, 1956, p. 33 ; *Pas.*, 1953, I, p. 215 ; Cass., 24 janvier 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 110.

§ 2. Quand le droit de la responsabilité civile extracontractuelle forge un nouveau droit : le cas de l'anonymisation

9. Le droit à l'anonymisation : une concrétisation de l'oubli. Depuis quelques années, le droit à l'oubli fait parler de lui. Il ne s'agit pourtant pas d'une notion totalement récente, comme en témoignent quelques décisions jurisprudentielles plus anciennes⁴⁵. Pourtant, ce droit fait face à un regain d'intérêt important dès lors qu'il trouve une application dans l'environnement numérique. Le développement du Web 2.0, le succès important des réseaux sociaux, la capacité impressionnante – voire illimitée – de stockage d'informations diverses, l'essor du *big data*, autant d'avancées technologiques et numériques qui, bien que constituant des concrétisations du droit à la liberté d'expression et facilitant grandement l'accès aux informations, menacent d'autres droits fondamentaux tels que le droit à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel. Face à ce nouveau paradigme de la communication et de la diffusion d'informations, le droit à l'oubli semble constituer une réponse adéquate. Ce droit se traduit en réalité par des prérogatives juridiques particulières permettant de faire face à la persistance de la mémoire numérique qui nous fait craindre « une mise à nu », sans espoir que nos données puissent un jour tomber dans les pénombres de l'oubli⁴⁶. L'anonymisation constitue l'une de ces prérogatives et se traduit, sur le plan judiciaire, en une action en responsabilité civile extracontractuelle pour atteinte au droit à la vie privée. Le droit à l'oubli, dont l'appellation elle-même fait l'objet de débats doctrinaux, concrétise la une évolution du droit. Le droit s'est en effet adapté en ce sens que l'oubli est au départ appliqué dans le champ de la presse traditionnelle (écrite et audiovisuelle). Il a désormais trouvé un nouveau terrain de jeu dans l'univers du Web et des archives au prix de quelques adaptations. Celles-ci l'ont d'ailleurs amené à se « recréer » dès lors que sa mise en œuvre est particulière, aboutissant à développer un droit à l'anonymisation.

Le Règlement général sur la protection des données (RGPD)⁴⁷ offre une définition non pas de l'anonymisation mais bien de la pseudonymisation,

⁴⁵ Voy. not. Civ. Bruxelles (20^e ch.), 20 septembre 2001, *A.M.*, 2000/1, p. 77 ; *T.B.B.R.*, 2002/3, p. 162 ; *Juristenkrant*, 2001/37, pp. 1 et 6 ; Civ. Namur (1^{re} ch.), 27 septembre 1999, *A.M.*, 2000/4, p. 471 ; Civ. Namur (1^{re} ch.), 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781, note A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse » ; *A.M.*, 1998/2, p. 269 ; *J.T.*, 1998, p. 187 ; *Journ. proc.*, 1997/337, p. 29 ; Bruxelles (réf., 9^e ch.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47.

⁴⁶ M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? », note sous Cass., 29 avril 2016 et Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 12 mai 2016, *A.M.*, 2016/5-6, p. 454.

⁴⁷ Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données), *J.O.U.E.*,

entendue comme « le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable » (art. 4, 5), dudit règlement. Paradoxalement, nous le verrons, l'anonymisation telle que nous la concevons dans le cadre de la présente contribution ne s'inscrit pas dans cette réglementation visant à protéger les données à caractère personnel (voy. *infra*, n° 11).

10. Les circonstances d'une anonymisation. L'anonymisation n'est pas la seule forme juridique neuve que le Net a initiée. Nous pensons, par exemple, au droit au déréférencement⁴⁸ qui est consacré par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 mai 2014⁴⁹. Bien que l'anonymisation

L119 du 4 mai 2016. Le Règlement est entré en vigueur le 25 mai 2016, mais il s'applique depuis le 25 mai 2018 (art. 99 du Règlement).

⁴⁸ Le déréférencement est « le procédé selon lequel les liens vers certains contenus écrits/audio/vidéo/photo-graphiques disponibles sur Internet (le « contenu ») sont supprimés, des résultats générés par les fournisseurs de services de moteurs de recherche, après que des mots-clés précis [o]nt été insérés dans l'outil de barre de recherche de ces mêmes moteurs de recherche » (A. GAUBERTI, « Comment obtenir le déréférencement sur Google ? », *www.leséchos.fr*, mis en ligne le 21 novembre 2017, consulté le 19 mars 2018). Sur le déréférencement, voy. not. E. CRUYSMANS et A. STROWEL, « Oubli, déréférencement et anonymisation », in H. JACQUEMIN, M. DEGUELDRE, H. PREUMONT et Z. TRUSGNACH (coord.), *Responsabilités et numérique*, coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2017, pp. 213-255.

⁴⁹ C.J.U.E. (gr. ch.), 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12, A&M, 2014/5, p. 398, note J. AUSLOOS et B. VAN ALSENOY, « Bescherming van natuurlijke personen in verband met verwerking van persoonsgegevens » ; *Computerr.*, 2014, p. 226, note P. VAN ECKE, A. CORNETTE, « De verantwoordelijkheid van zoekmachines bij de publicatie van persoonsgegevens op websites: Het Google Spain SL arrest » ; *Juristenkrant*, 2014/290, p. 2 (reflet) ; *J.D.E.*, 2014, p. 271 ; *J.T.*, 2014, p. 451, note E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données "inadéquates, non pertinentes ou excessives" » ; *J.L.M.B.*, 2014, note A. CASSART et J. HENROTTE, « Arrêt *Google Spain* : la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli » ; *R.E.D.C.*, 2014, p. 53 ; *R.W.*, 2014-2015, p. 997 ; *S.E.W.*, 2014, p. 344 (reflet) ; *R.D.C.*, 2014, p. 724. Voy. encore d'autres commentaires de cet arrêt : C. de TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 237-268 ; M. AUBERT, E. BOUSSY et H. CASSAGNABERE, « Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E. Vie privée et protection des données personnelles – Moteurs de recherche et droit à l'oubli », *A.J.D.A.*, 2014/20, pp. 1147-1149 ; C. BERNARD-GLANZ, « Les arrêts *Digital Rights Ireland* et *Google Spain*, ou le printemps européen de la protection des données », *C.D.E.*, 2014/3, pp. 685-717 ; D. LINDSAY, « The "right to be forgotten" by search engines under data privacy law: a legal analysis of the Costeja ruling », *Journal of Media Law*, 2014/6, pp. 159-179 ; E. DEFREYNE et R. ROBERT, « L'arrêt "Google Spain" : une clarification de la responsabilité des moteurs de recherche... aux conséquences encore floues », *R.D.T.I.*, 2014/3, pp. 73-114 ; O. LINKSEY, « Control over personal data in a digital age: *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja Gonzalez* », *The Modern Law Review*, 2015/78(3), pp. 522-534 ; P. VAN DEN BULCK, « Arrêt *Google Spain* : l'étendue du droit à l'oubli », *J.D.E.*, 2014, pp. 289-290 ; G. VOSS, « The right to be forgotten in the European Union: enforcement in the Court of Justice and amendment to the proposed general data protection regulation », *Journal of Internet Law*,

et le déréférencement soient deux formes de « réparation » d'un préjudice causé par le maintien en ligne d'informations d'ordre privé ou ayant un caractère personnel, ces deux composantes concrètes du droit à l'oubli doivent être distinguées au moins à deux égards. Premièrement, le déréférencement s'inscrit dans une action judiciaire introduite à l'encontre de l'exploitant d'un moteur de recherche, alors que l'anonymisation vise généralement l'éditeur d'un site Web. Il s'agit là de deux responsabilités distinctes – parce que soumises à des obligations différentes –, comme l'a précisé la Cour de justice dans l'arrêt précité. Bien que tous deux puissent effectuer des traitements de données (§ 83), celui effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche « est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée » (§ 87), dès lors que l'accessibilité à l'information en est grandement facilitée. Ces deux actions en responsabilité sont, pour la Cour, indépendantes l'une de l'autre. Deuxièmement, la « réparation » qui peut être obtenue à l'issue d'une action judiciaire n'est pas identique. L'anonymisation implique une retouche du texte initialement diffusé alors que le déréférencement ne vise qu'à supprimer des hyperliens d'une liste de résultats, l'information demeurant intacte et disponible. Notons que la notion de « réparation » traditionnellement évoquée dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle s'inscrit peut-être difficilement dans la concrétisation d'une demande d'anonymisation ou de déréférencement. En effet, il s'agit davantage de mettre fin à une illégalité que de compenser réellement un dommage subi et ensuite évalué.

Plusieurs décisions belges ont consacré l'anonymisation d'informations⁵⁰. Les circonstances factuelles de chaque cas d'espèce présentent des similitudes. Les demandes portent sur l'anonymisation d'articles qui, publiés une première

2014/18, pp. 3-8 ; J.-P. FOEGLE, « La C.J.U.E. magicienne européenne du "droit à l'oubli" numérique », *Rev. dr. h.*, mis en ligne le 16 juin 2014, [www.http://revdh.revues.org/840](http://revdh.revues.org/840).

⁵⁰ En Belgique, deux affaires récentes ont donné lieu à plusieurs décisions. Premièrement : Cass. (1^{re} ch.), 29 avril 2016, *A.M.*, 2016/5-6, note M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? » ; *Computerr.*, 2017/1, p. 31, note J. AUSLOOS, « Vergetelheidszaken voor de Hoven van Cassatie te België en Frankrijk – Contradictoir of Complementair? » ; *J.T.*, 2016, p. 609, note E. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation » ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 208 ; *Nj.W.*, 2016/350, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar » ; *R.D.C.*, 2017/2, p. 206, note J. CLINCK, « Het recht om (digitaal) vergeten te worden erkend door het Hof van Cassatie » ; Liège (20^e ch.), 25 septembre 2014, *A.M.*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *Nj.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN ECKE et M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le Net » ; Civ. Neufchâteau (2^e ch.), 25 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1182 ; *A.M.*, 2013/6, p. 478, note. La seconde : Cass. (1^{re} ch.), 8 novembre 2018 ; Liège (20^e ch.), 4 février 2016, *A.M.*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note ; Civ. Liège (4^e ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1691, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

fois dans la presse écrite, sont nouvellement diffusés par le biais des archives numériques des éditeurs de presse. Alors que, dans les archives papier, ces articles ont fort peu de chance d'être à nouveau consultés – ce qui *de facto* implique l'oubli –, le développement de l'accès gratuit des archives numériques permet à tout un chacun de retrouver facilement ces écrits par le biais d'une requête à partir des seuls nom et prénom des personnes visées par ces articles. Dans chacune de ces affaires, les demandeurs ne mettent pas en cause la licéité de la parution dans les versions papier des journaux. En revanche, ils considèrent que la permanence de la diffusion en ligne de ces articles non réactualisés constitue une atteinte à leur droit à l'oubli justifiant une première demande de suppression, ou à tout le moins d'anonymisation, adressée directement au quotidien⁵¹. Se heurtant à un refus, les demandeurs décident d'agir devant les juridictions belges en responsabilité civile extracontractuelle à l'encontre des éditeurs, l'objectif étant d'obtenir réparation d'un préjudice.

11. L'action visant à anonymiser. Dans ces procédures belges que nous analysons, les actions visant à obtenir l'anonymisation s'inscrivent dans une requête en responsabilité aquilienne avec pour fondement non seulement l'article 1382 du Code civil, mais aussi les dispositions protégeant le droit à la vie privée, à défaut de réglementation particulière.

Pourtant, le droit de l'Union européenne semble offrir des instruments juridiques permettant d'agir sur leur fondement : jusqu'il y a peu, la directive 95/46/CE⁵², depuis peu le Règlement européen précité visant à protéger les données à caractère personnel. Cet instrument paraît cependant non applicable aux demandes introduites contre un éditeur de site Web. Le raisonnement est confirmé par une décision belge du 9 octobre 2012⁵³ et par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 mai 2014⁵⁴. Ces juridictions soulignent que l'existence dans ladite réglementation européenne de dérogations pour les traitements effectués dans une finalité de journalisme empêche de pouvoir invoquer les droits consacrés dans le texte européen. La décision du 9 octobre 2012 précitée affirme à cet égard que la constitution d'archives en ligne participe à la finalité de journalisme, celle-ci ne se limitant « pas à rendre compte de l'actualité, mais contribue, par la diffusion d'informations, d'idées ou d'opinions et notamment celles contenues dans les archives des

⁵¹ Dans l'une des affaires, une demande d'anonymisation est transmise au Conseil de déontologie journalistique, celui-ci considérant cependant la plainte comme étant irrecevable.

⁵² Directive 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.U.E., L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

⁵³ Civ. Bruxelles (comme en réf.), 9 octobre 2012, A.M., 2013/3-4, p. 267, note E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de journalisme : la consécration de la liberté d'expression ».

⁵⁴ C.J.U.E. (gr. ch.), 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12.

quotidiens, à alimenter le débat public ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme confirme sans détour ce raisonnement : la presse a pour fonction accessoire la constitution d'archives⁵⁵, cette mission entrant donc dans la notion de journalisme. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà considéré que la notion de journalisme devait s'interpréter largement⁵⁶. Par conséquent, un éditeur de site Web qui met en ligne des articles publiés initialement dans des journaux en version papier fait œuvre de journalisme.

Ces développements traduisent le conflit existant entre d'une part, la protection des données à caractère personnel, et d'autre part, le droit à la liberté d'expression, dans sa composante liberté de la presse. Pratiquement, le Règlement européen, en son article 85, § 1^{er}, souligne que « [l]es États membres concilient, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ». L'article 85, § 2, précise lui que, « [d]ans le cadre du traitement réalisé à des fins journalistiques [...], les États membres prévoient des exemptions ou des dérogations [...] si celles-ci sont nécessaires pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information ». Autrement dit, le Règlement permet aux États membres de rendre inapplicable une série de dispositions à l'encontre du responsable du traitement, c'est-à-dire l'éditeur, dès lors qu'il est nécessaire de concilier la liberté d'expression et le droit à la vie privée. De telles dérogations sont inscrites dans la loi belge du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁵⁷. L'article 24 de cette loi est la seule disposition qui concerne les « [t]raitements à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ». L'article 24, § 1^{er}, définit le « traitement de données à caractère personnel à des fins journalistiques » comme étant « la préparation, la collecte, la rédaction, la production, la diffusion

⁵⁵ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. n^{os} 60798/10 et 65599/10, § 90 ; Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. n^o 33846/07, § 59 ; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (nos 1 et 2), req. n^{os} 3002/03 et 23676/03, § 45.

⁵⁶ C.J.U.E. (gr. ch.), 16 décembre 2008, *C-73/07, Tietosuoja ja vuottutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*. Sur cette notion de journalisme, voy. C. DE TERWANGNE, « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », note sous C.J.U.E. (gr. ch.), 16 décembre 2008, *Tietosuoja ja vuottutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, C-73/07, R.T.D.I., 2010/38, pp. 121-144 ; Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 569-595, n^{os} 444-462 ; E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de journalisme : la consécration de la liberté d'expression », note sous Civ. Bruxelles (comme en réf.), 9 octobre 2012, *A&M*, 2013/3-4, pp. 270-273.

⁵⁷ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

ou l'archivage à des fins d'informer le public, à l'aide de tout média et où [le] responsable du traitement s'impose des règles de déontologie journalistique ». Le paragraphe 2 exclut dans ce cadre certaines dispositions. Lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques, la personne concernée ne peut, par exemple, pas opposer au responsable du traitement le droit d'accès (art. 15 du Règlement), le droit de rectification (art. 16 du Règlement) ou encore le droit de limitation (art. 18 du Règlement). Il faut constater que ne fait pas partie de cette liste l'article 17 du Règlement qui consacre le « Droit à l'effacement ("droit à l'oubli") »⁵⁸.

Par conséquent, l'article 17 du règlement pourrait constituer un fondement pour obtenir l'anonymisation de certaines informations, c'est-à-dire pratiquement l'effacement de certaines données personnelles dans des articles archivés. Cependant, le droit à l'effacement n'est plausible que lorsqu'un des six motifs énumérés limitativement s'applique⁵⁹. Ainsi, de prime abord, il nous semble difficile de pouvoir, sur l'un de ces fondements, obtenir l'effacement d'informations personnelles contenues dans un article archivé. Cela étant, il faudrait effectuer un examen précis de l'ensemble de ces six motifs pour s'en assurer pleinement, ce qui ne s'inscrit pas dans le cadre de la présente contribution. Soulignons cependant encore que l'article 17, § 3, du Règlement ajoute une restriction supplémentaire au droit à l'effacement. En effet, cette disposition énonce que le droit à l'effacement ne s'applique pas « dans la mesure où ce traitement est nécessaire : a) à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ». Ainsi, l'article 17, § 3, nous paraît être un obstacle difficilement franchissable pour obtenir l'anonymisation d'informations d'un article archivé, l'activité d'archivage étant englobée dans le droit à la liberté d'expression.

⁵⁸ Il s'agit du titre de cet article 17 du Règlement. Les précautions prises (utilisation de guillemets ainsi que de parenthèses) témoignent de la frilosité avec laquelle ce droit à l'oubli a été consacré dans le texte européen – pour autant que l'on puisse véritablement parler d'une consécration. Pour un commentaire de cet article 17, voy. not. T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGDP/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, pp. 540-478, n^{os} 55-99.

⁵⁹ Les six motifs sont les suivants : « a) les données à caractère personnel ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière ; b) la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, conformément à l'article 6, paragraphe 1, point a), ou à l'article 9, paragraphe 2, point a), et il n'existe pas d'autre fondement juridique au traitement ; c) la personne concernée s'oppose au traitement en vertu de l'article 21, paragraphe 1, et il n'existe pas de motif légitime impérieux pour le traitement, ou la personne concernée s'oppose au traitement en vertu de l'article 21, paragraphe 2 ; d) les données à caractère personnel ont fait l'objet d'un traitement illicite ; e) les données à caractère personnel doivent être effacées pour respecter une obligation légale qui est prévue par le droit de l'Union ou par le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis ; f) les données à caractère personnel ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information visée à l'article 8, paragraphe 1 ».

Partant de ce constat, il paraît donc nécessaire de trouver un autre fondement pour pouvoir espérer agir contre les éditeurs de site Web. Les demandeurs se sont alors rabattus sur l'article 1382 du Code civil, une disposition générale, mais qui est applicable dans le cadre d'actions à l'encontre des médias et de la presse, combiné aux dispositions visant à protéger la vie privée. Le droit à l'oubli revendiqué trouve alors son fondement dans ce droit consacré tant par la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 8) que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 7) et par la Constitution belge (art. 22). Une telle démarche est validée par la Cour de cassation belge dans ses arrêts du 29 avril 2016⁶⁰ et du 8 novembre 2018⁶¹. Elle précise que « [l]e droit au respect de la vie privée, garanti par les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 22 de la Constitution, qui [...] comporte le "droit à l'oubli" permettant à une personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit de s'opposer dans certaines circonstances à ce que son passé judiciaire soit rappelé au public à l'occasion d'une nouvelle divulgation des faits [...] ». Elle confirme le fondement de ce droit à l'oubli et estime par conséquent, certes indirectement, que la combinaison des dispositions protectrices de ce droit fondamental et de l'article 1382 du Code civil permet d'agir devant les juridictions civiles pour obtenir « réparation » d'un préjudice.

Les développements qui suivent s'inscrivent donc dans le cadre d'une application de l'article 1382 du Code civil, telle qu'elle a été faite par les juridictions belges. Le raisonnement choisi par celles-ci n'est sans nul doute pas tout à fait exempt de commentaires et critiques. En effet, l'on peut souligner notamment le fait que les conditions traditionnelles de l'article 1382 du Code civil ne trouvent pas toujours une application entièrement satisfaisante dans le cadre du droit à l'oubli, sauf à rendre parfois ces concepts excessivement malléables.

12. Le droit à l'oubli et les conditions de l'article 1382. Dès lors que l'article 1382 du Code civil est d'application, encore faut-il démontrer l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. La mise en œuvre de ces trois conditions que nous allons développer illustre parfaitement bien l'imbrication d'une procédure de « droit public » dans un mécanisme de « droit privé ». Il permet en quelque sorte, si pas de déconstruire la *summa divisio*, au moins de la nuancer.

13. La faute. Jean Dabin et André Lagasse définissent la faute comme « un manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou

⁶⁰ Cass. (1^{re} ch.), 29 avril 2016, préc.

⁶¹ Cass. (1^{re} ch.), 8 avril 2018, préc.

omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif...), soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région »⁶². Longtemps, la législation ne s'est pas risquée à proposer une définition de la notion de faute. Ce pas serait franchi dans le cadre de la réforme du Code civil, puisque la faute y serait définie à l'article 5.147 comme étant « un manquement à une règle de conduite qui résulte de la loi ou du devoir général de prudence qu'il convient de respecter dans les rapports sociaux »⁶³. La jurisprudence belge analysée nous permet d'indiquer que, dans le cadre d'une revendication de l'oubli, la faute constitue le fait, pour un éditeur, d'avoir laissé subsister dans des archives numériques les noms de certaines personnes alors même que des demandes d'anonymisation leur ont été transmises par les personnes visées. Autrement dit, la faute tient au refus d'accéder à la demande d'anonymisation. En cela, un demandeur postule qu'un éditeur n'a pas eu le comportement que tout autre éditeur suffisamment prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, aurait adopté.

L'établissement du caractère fautif ou non du comportement de l'éditeur s'effectue par une mise en balance des intérêts en présence. En l'espèce, l'éditeur invoque son droit à la liberté d'expression et son droit d'archiver des informations. De l'autre, le demandeur souhaite protéger sa vie privée, inscrivant cette prétention sur le long terme face à des informations archivées et publiées initialement licitement. C'est précisément dans la mise en œuvre de cette balance que vient s'incorporer le test en trois étapes coutumier du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. L'analyse des conditions de légalité, légitimité et proportionnalité est intégrée dans l'examen de la faute, ce qui semble correspondre à notre hypothèse d'un phénomène d'importation. Pour évoquer la problématique en reprenant les termes propres au raisonnement de la Cour européenne, « l'ingérence initiale dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de la vie privée résulte de la décision des médias concernés du publier ces informations et, surtout, de les garder disponibles sur leurs sites Web, fût-ce sans intention d'attirer l'attention du public », et de rappeler encore que

⁶² J. DABIN et A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939-1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15.

⁶³ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 6 août 2018.

« ce n'est pas la licéité des reportages lors de leur première parution ou leur mise à disposition sur les portails Internet des médias concernés que les requérants mettent en cause, mais la possibilité d'accès à ces reportages longtemps après »⁶⁴. Les arrêts de la Cour de cassation belge du 29 avril 2016 et 8 novembre 2018 prennent, eux, un tel conflit de droits sous l'angle de l'article 10 de la Convention⁶⁵ – et, donc, de la protection du droit à la liberté d'expression – et indiquent par conséquent que l'ingérence est matérialisée par « une altération du texte archivé de nature à prévenir ou réparer une atteinte au droit à l'oubli ».

Cette ingérence doit, dans un premier temps, être « prévue par la loi »⁶⁶. Nous l'avons souligné, la loi est en l'espèce formée par une combinaison de dispositions. La Cour européenne a déjà eu l'occasion de valider un tel fondement législatif dans des affaires belges pour des mesures *a posteriori*⁶⁷. En revanche, les juges européens l'ont refusé pour une mesure préventive⁶⁸. Requérir l'anonymisation d'informations constitue bien une mesure répressive, dès lors que l'opinion est émise et diffusée⁶⁹. La condition de légalité de l'anonymisation nous paraît donc ne pas poser de problème particulier. L'ingérence doit ensuite poursuivre un but légitime. Il y a lieu de prendre en compte les objectifs mentionnés dans la Convention européenne. Les paragraphes 2 des articles 8 et 10 évoquent la protection des droits d'autrui. Une demande d'anonymisation vise en effet à protéger le droit à la vie privée d'une personne, et plus particulièrement son droit à l'oubli. Sous l'autre angle, contester l'anonymisation revient à protéger le droit à la liberté d'expression de l'éditeur. Enfin, il y a lieu de mettre en œuvre le test de proportionnalité

⁶⁴ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. n°s 60798/10 et 65599/10, §§ 97 et 99.

⁶⁵ Les recours devant la Cour de cassation sont introduits par l'éditeur. En revanche, le requête introduite devant la Cour européenne des droits de l'Homme est, elle, introduite par des particuliers souhaitant voir leur vie privée protégée. Cela étant, la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà eu l'occasion d'indiquer que, « [d]ans des affaires [...] qui nécessitent une mise en balance du droit au respect de la vie privée et du droit à la liberté d'expression, la Cour considère que l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet du reportage ou, sous l'angle de l'article 10, par l'éditeur qui l'a publié. En effet, ces droits méritent *a priori* un égal respect » (Cour eur. D.H. [gr. ch.], 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. n°s 40660/08 et 60641/08, § 106 ; Cour eur. D.H. [gr. ch.], 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. n° 39954/08, § 87. Voy. aussi Cour eur. D.H., 17 mai 2016, *Fürst-Pfeifer c. Autriche*, req. n°s 33677/10 et 52340/10, § 38 ; Cour eur. D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, req. n° 48009/08, § 111 ; Cour eur. D.H. [déc.], 12 octobre 2010, *Timciuc c. Roumanie*, req. n° 28999/03, § 114 ; Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)*, req. n° 12268/03, § 41).

⁶⁶ La condition figure tant à l'article 8, § 2, qu'à l'article 10, § 2, de la Convention européenne.

⁶⁷ Cour eur. D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. n° 19983/92, § 33 (selon l'arrêt, l'article 1382 constitue bien une norme au sens européen du terme) ; Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue c. Belgique*, req. n° 64772/09.

⁶⁸ Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. n° 50084/06.

⁶⁹ Sur la distinction entre les mesures préventives et les mesures répressives, voy. not. F. JONGEN, « Préventif, répressif ou curatif ? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », note sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, A.M., 2013/5, pp. 332-347.

au sens large, ce dernier devant permettre de déterminer si l'ingérence est « nécessaire dans une société démocratique ». À nouveau, et à l'instar de ce que fait la Cour européenne des droits de l'Homme, les juridictions décomposent leur raisonnement en trois temps. *Primo*, elles questionnent l'adéquation de la mesure, c'est-à-dire le fait que l'anonymisation permette effectivement de protéger la vie privée des demandeurs. La réponse nous semble claire. *Secundo*, elles vérifient s'il n'existe pas d'autres mesures moins attentatoires pour la liberté d'expression de l'éditeur. À l'heure actuelle, on peut aisément considérer qu'anonymiser présente le double avantage de laisser l'information en ligne, tout en protégeant adéquatement la vie privée de la personne visée. *Tertio*, les juridictions doivent mettre en balance concrètement les intérêts des différentes parties. Pour effectuer cet examen de la proportionnalité au sens strict, la jurisprudence a dégagé plusieurs balises permettant d'outiller les juridictions dans la mise en œuvre de cet équilibre délicat⁷⁰. À nouveau, un parallèle peut être effectué avec la jurisprudence de la Cour européenne qui a systématisé l'analyse du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la vie privée à travers l'application de critères⁷¹. La démarche est ici identique. Cela étant, nous verrons qu'une décision européenne relative à la même problématique de la persistance d'informations dans des archives en ligne a appliqué des critères qui, à première lecture, semblent différents de ceux évoqués par les décisions belges (voy. *infra*).

Le premier élément devant être vérifié est l'existence d'une première divulgation licite de l'information litigieuse, sous quelque support que ce soit. À défaut, le droit à l'information et, donc, la liberté d'expression de l'éditeur devraient prévaloir sur la demande d'oubli. Cependant, encore faudra-t-il vérifier la licéité d'une diffusion tardive de l'information, celle-ci n'étant peut-être plus tout à fait digne de l'intérêt public nécessaire pour valider sa propagation. Nous renvoyons ici à la jurisprudence européenne abondante relative à la question de l'intérêt public d'une information.

Deuxièmement, l'oubli requiert l'existence d'une nouvelle divulgation, sous quelque support que ce soit. Dans le cadre des archives numériques, la Cour de cassation, dans son arrêt du 29 avril 2016, valide le principe selon lequel « l'archivage en ligne de l'article litigieux constitue une nouvelle divulgation du passé judiciaire du défendeur pouvant porter atteinte à son droit à l'oubli ».

⁷⁰ Sur ces critères, voy. not. A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné : après le moment du compte rendu vient le temps du silence », in P. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2000, pp. 742 et s. ; A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse », note sous Civ. Namur, 17 novembre 1997, J.L.M.B., 1998, pp. 785 et s.

⁷¹ Les deux premiers arrêts ayant systématisé cette démarche sont les suivants : Cour eur. D.H. (gr. ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. n°s 40660/08 et 60641/08 ; Cour eur. D.H. (gr. ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. n° 39954/08.

Le troisième élément est relatif au type d'information que le demandeur souhaite oublier. À l'heure actuelle, la jurisprudence belge se limite à octroyer le droit à l'oubli, et *in fine* l'anonymisation, pour des données relatives à des affaires judiciaires. Le champ d'application semble donc restreint à ces seules informations. La Cour de cassation ne dit rien d'autre lorsqu'elle souligne que le droit à l'oubli concerne une « personne coupable d'un crime ou d'un délit » lui permettant de s'opposer à ce que « son passé judiciaire soit rappelé ». Pourtant, reprenant le raisonnement tenu par la Cour d'appel de Liège, la Cour de cassation fait aussi sienne une définition qui ouvre le champ des possibles. Lorsqu'elle considère que le droit à l'oubli vise « la possibilité pour une personne de demander l'effacement des données qui la concernent, et plus spécialement des données mises en ligne, après une période donnée », tout en précisant que « l'enjeu n'est plus d'empêcher ou de sanctionner la mise en lumière de faits anciens, mais d'obtenir la suppression d'informations disponibles sur Internet », on ne peut s'empêcher d'y voir une porte ouverte permettant d'obtenir l'oubli pour tout type d'information⁷². Ou peut-être ce dernier extrait traduit-il, dans le chef de la Cour de cassation, une confusion avec l'oubli appliqué dans le cadre de la réglementation des données à caractère personnel. Nous plaidons davantage pour la première interprétation. En effet, dès lors que cet oubli est actuellement une construction prétorienne, le champ d'application s'est dessiné compte tenu des affaires soumises aux juridictions. À l'heure actuelle, rien ne s'oppose cependant à ce que l'oubli puisse être requis pour d'autres informations. Plaide encore en ce sens le fait que le fondement juridique de l'anonymisation réside dans des dispositions générales relatives à la responsabilité civile extracontractuelle et à la protection du droit à la vie privée. En aucun cas, ces bases légales impliquent une restriction de son champ d'application⁷³.

Ensuite, l'oubli s'oppose non pas à l'instantanéité d'une divulgation, mais bien à sa pérennité. Cette caractéristique de ce droit à la vie privée « à long terme » se matérialise dans l'écoulement d'un certain laps de temps entre les deux divulgations précitées. Le temps s'écoule et emporte avec lui l'inutilité de voir des informations être encore disponibles. Le temps induit des conséquences juridiques, à l'instar de mécanismes propres au droit privé.

⁷² On le voit, il est question d'obtenir la suppression d'informations, ce qui, concrètement, ne s'apparente pas tout à fait à l'idée traditionnelle que l'on se fait du concept de réparation, tel qu'il existe en droit de la responsabilité extracontractuelle.

⁷³ En revanche, nous pourrions davantage concevoir que le champ d'application soit restreint si le fondement législatif de l'oubli d'informations avait été la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel, *quod non*. En effet, le règlement européen n° 2016/679 contient des dispositions particulières relatives au traitement de données à caractère judiciaire (art. 10). Le texte prévoit donc, d'ores et déjà, un dispositif particulier pour ce type d'information.

La prescription en est l'exemple le plus clair⁷⁴. Comme l'écrit P. Jadoul, « [l]e terme même de "prescription" dans son acception juridique évoque indéniablement la notion de délai, et donc également d'écoulement du temps »⁷⁵. L'article 2219 du Code civil, fondement législatif de ce mécanisme, énonce d'ailleurs que la prescription est un « [m]oyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi ». Cependant, il y a lieu de nuancer notre propos : comme l'écrit judicieusement M. Marchandise, « on aurait une vue par trop superficielle de notre institution en affirmant que le temps suffit à créer le droit. Ce serait, au surplus, trahir la loi, qui veut que le temps ne crée le droit que sous les conditions qu'elle détermine »⁷⁶. Dans le cadre de l'oubli d'informations, le temps semble créateur de droit, ou du moins permet-il d'invoquer à nouveau la protection du droit à la vie privée, à un moment postérieur à la diffusion initiale du propos.

Cinquièmement, les juridictions s'interrogent sur le caractère public ou non de la personne requérant l'anonymisation des informations. La jurisprudence européenne est extrêmement abondante sur ce sujet, considérant que le rôle public joué par une personne implique qu'il ait une prétention moins importante – mais pas inexistante – à voir sa vie privée – et, donc, son droit à l'oubli – être protégée⁷⁷.

Entre encore dans l'analyse des juridictions le fait de savoir si la nouvelle divulgation de l'information est justifiée par un intérêt contemporain ou un intérêt d'ordre historique. Lorsque l'intérêt est contemporain, c'est que l'information s'inscrit dans le fil de l'actualité ou demeure encore d'intérêt public. Dans ce cas, le droit à l'information devrait pouvoir prévaloir sur la demande d'oubli. Quant à l'intérêt historique, il doit être pris en compte : l'oubli n'a pas vocation à permettre une réécriture de l'histoire, voire, pire, une censure de certains faits historiques. Cela étant, toute information n'a pas vocation à entrer dans l'histoire. De même, l'anonymisation de données peut parfaitement n'avoir aucune influence sur une étude historique portée sur certains types de faits. Dans cette optique, l'on oppose souvent l'oubli au devoir de mémoire. Celui-ci n'a cependant qu'une valeur morale sauf lorsqu'il fait l'objet d'une législation particulière, telles les lois mémorielles

⁷⁴ D'autres exemples tirés du droit privé peuvent être mentionnés : le délai préfix, l'abus de droit, le terme ou la condition, etc. En outre, l'écoulement du temps est pris en compte dans certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (voy. not. Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Société Plon c. France*, req. n° 56148/00).

⁷⁵ P. JADOU, « L'évolution de la prescription en droit civil », in P. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, op. cit., p. 749.

⁷⁶ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. VI « La prescription. Principes généraux et prescription libératoire », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 17.

⁷⁷ Pour de plus amples développements à ce sujet, voy. F. JONGEN, A. STROWEL et E. CRUYSMANS (coll.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 61-70, nos 76-90, et pp. 351-357, nos 522-534.

ou les lois d'imprescriptibilité. Ces dispositifs ont alors, inévitablement, un impact sur l'oubli.

Enfin, le dernier critère pouvant faire l'objet d'une analyse est l'intérêt à la resocialisation de la personne visée, ainsi que l'apurement de sa dette envers la société. En réalité, cet élément est sans doute plus difficilement appréhendable puisqu'il sous-tend l'ensemble de la démarche visant à demander l'oubli d'informations. Cet élément figure toutefois dans certaines décisions jurisprudentielles européennes dans la balance des intérêts à effectuer⁷⁸. La réhabilitation, processus pénal, est matérialisée dans cette procédure civile par la demande d'oubli.

L'application de ces balises doit permettre de déterminer au bout du compte si le comportement de l'éditeur est ou non constitutif d'une atteinte considérée comme fautive et illicite. La liste reprise ci-dessus n'est en rien exhaustive. Certes, plusieurs décisions s'appuient sur ces éléments. Cela dit, de nouvelles décisions en la matière pourraient parfaitement fonder leur approche sur des éléments nouveaux pour évaluer les intérêts en présence. À ce propos, il y a lieu de mentionner l'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne* du 28 juin 2018 de la Cour européenne des droits de l'Homme⁷⁹. Il évoque précisément des demandes portées devant les juridictions allemandes visant à anonymiser ou supprimer certaines archives en ligne. Les tribunaux allemands font droit à ces demandes. La Cour fédérale de justice n'entérine cependant pas le raisonnement des juridictions de fond, et considère que la liberté d'expression, dans sa dimension visant à constituer des archives, doit prévaloir, compte tenu des circonstances. La Cour européenne des droits de l'Homme avalise la décision de la Cour fédérale : le fait que les archives soient disponibles en ligne en l'état ne constitue pas, en l'espèce, une atteinte au droit à la vie privée des demandeurs. Pour arriver à cette conclusion, les juges européens appliquent non pas les critères évoqués ci-avant, mais bien les balises habituelles utilisées dans sa jurisprudence relative au conflit entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée. Concrètement, la Cour européenne vérifie si les informations contribuent à un débat d'intérêt général (§§ 98 à 105) ; elle prend en compte la notoriété des personnes visées par les informations litigieuses (§§ 106 et 107) ; elle se penche sur le comportement antérieur de ladite personne à l'égard des médias (§§ 108 et 109) ; elle s'intéresse au contenu, à la forme et à la répercussion de la publication (§§ 110-114) ; et elle analyse enfin les circonstances dans lesquelles une des photos litigieuses a été prises (§ 115).

⁷⁸ Voy. not. Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. n° 35841/02 ; Cour eur. D.H. (déc.), 25 mai 2004, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. n° 57597/00.

⁷⁹ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. n°s 60798/10 et 65599/10, § 90. La succincte analyse de la jurisprudence de la Cour fédérale de justice allemande est tirée du résumé de la procédure interne proposé par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (§§ 10-45).

La non-violation de l'article 8 est prononcée par les juges strasbourgeois « [c]ompte tenu de la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière lorsqu'elles mettent en balance des intérêts divergents, de l'importance de garder disponibles des reportages dont la licéité lors de leur parution n'est pas contestée et du comportement des requérants vis-à-vis de la presse » (§ 116). Elle rappelle d'ailleurs qu'elle n'a aucunement pour rôle de se substituer aux juridictions nationales dès lors qu'il n'existe pas de raisons sérieuses qui le justifieraient (§ 116).

Bien que les critères de la Cour européenne soient différents de ceux évoqués par la doctrine et la jurisprudence belges, on peut considérer que certains se recoupent. Ainsi, la contribution à l'intérêt général se retrouve dans l'analyse de l'intérêt contemporain ou historique de l'information, le contenu de l'information renvoie notamment au type d'information visé, etc. En outre, d'autres critères évoqués par la Cour européenne pourraient être ajoutés à la liste belge. On l'a dit, elle n'est en rien exhaustive. Certes, la Cour n'a pas procédé dans son arrêt à un examen particulier du droit à l'oubli. Rappelons toutefois encore que les juges européens se sont limités *in fine* à valider le raisonnement tenu par la Cour fédérale de justice allemande. Ainsi, on ne peut conclure que cette affaire constitue une absence de reconnaissance du droit à l'oubli par les juges de Strasbourg. Au contraire, la décision rendue semble implicitement accepter qu'un tel droit, concrétisé par une demande d'anonymisation, puisse s'inscrire dans la protection conférée par l'article 8 de la Convention, soit le droit à la protection du droit à la vie privée. C'est en somme à cette conclusion que la Cour de cassation belge est arrivée dans son arrêt du 29 avril 2016. Cette affaire fait d'ailleurs l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Nul doute que l'arrêt apportera des précisions complémentaires et nécessaires.

14. Le dommage et le lien de causalité. Outre la faute (entendue comme une atteinte fautive à un droit fondamental), il faut prouver l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité.

Pour qu'il puisse y avoir réparation dans le cadre d'une action fondée sur l'article 1382 du Code civil, « le dommage doit consister en la lésion d'un intérêt [stable et] légitime, être certain, et être personnel à celui qui en réclame réparation »⁸⁰. Les juridictions belges ont indiqué que « le maintien

⁸⁰ D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2 « Le dommage », coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 21. Sur la notion de dommage dans le cadre de fautes commises par la presse ou à l'occasion de l'usage de la liberté d'expression, voy. not. M. ISGOUR, « La presse, sa liberté et ses responsabilités », in *Médias et Droit*, coll. Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 109-116, n^{os} 61-72 ; F. JONGEN, A. STROWEL et E. CRUYSMANS (coll.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 699-701, n^{os} 1012-1015 ; B. MOUFFE, *La responsabilité civile des médias*, coll. Pratique du droit, Waterloo,

en ligne de l'article litigieux non anonymisé, de très nombreuses années après les faits qu'il relate, est de nature à [...] causer un préjudice disproportionné par rapport aux avantages liés au respect strict de la liberté d'expression [de l'éditeur] »⁸¹. Dans les affaires relatives à l'oubli d'informations, le dommage est le plus souvent d'ordre moral, dès lors qu'il constitue une atteinte au droit à la vie privée et/ou à la réputation d'une personne. Dans l'une des affaires précitées, un préjudice matériel est validé par le juge⁸², dès lors que la personne revendiquant son droit à l'oubli exerce une profession la mettant en contact avec le public.

Quant au lien de causalité, il implique l'application de la théorie de l'équivalence des conditions : « [p]our qu'un fait soit considéré comme "causal", il faut et il suffit qu'il ait été l'une des conditions nécessaires du dommage, ou, si l'on préfère, une condition *sine qua non* »⁸³. La Cour d'appel de Liège a, à propos de cette condition, réfuté l'argument invoqué par l'éditeur. Ce dernier considérait que « le préjudice subi par l'intimé trouverait uniquement sa cause dans les faits infractionnels de 1994 ainsi que dans l'indexation que fait Google des articles du journal *Le Soir* »⁸⁴. Les conseillers de la Cour soutiennent, eux, que, si la demande d'anonymisation avait reçu une réponse favorable, « les moteurs de recherche tels que Google ne renseigneraient pas l'existence de l'article litigieux et aucune atteinte quelconque au droit à l'oubli et à la réputation de l'intimé ne serait à déplorer ». L'on peut noter que le raisonnement s'inscrit en partie au regard de l'effet des moteurs de recherche alors que la demande d'anonymisation est portée contre l'éditeur du site Web.

15. L'anonymisation comme mode de « réparation ». La démonstration de l'existence d'une atteinte fautive, d'un lien de causalité et d'un dommage permet à l'article 1382 du Code civil de sortir ses effets et d'exiger la « réparation » de la part de l'éditeur du préjudice subi par la personne visée par les informations au moyen de leur anonymisation. Ce mode de réparation paraît adéquat pour garantir la protection de la vie privée tout en ne brimant pas totalement le droit à la liberté d'expression de l'éditeur. Face aux critiques et à ceux qui considèrent cette retouche d'un texte comme s'apparentant à une forme moderne de censure, il peut être répondu qu'il s'agit simplement de mettre en balance deux droits fondamentaux qui, en théorie, ne

Kluwer, 2014, pp. 228-230, n°s 174-176 (l'auteur évoque le dommage dans une partie relative aux éléments constitutifs de la faute).

⁸¹ Cass. (1^{re} ch.), 29 avril 2016, préc. ; Liège (20^e ch.), 25 septembre 2014, préc.

⁸² Sur les difficultés de déterminer le montant d'un tel préjudice, voy. K. LEMMENS, « La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? », note sous Cass., 23 mai 2011, *R.C.J.B.*, 2012, p. 445, n° 28.

⁸³ J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 22, n° 46.

⁸⁴ Liège (20^e ch.), 25 septembre 2014, préc.

sont pas hiérarchisés. L'approche « au cas par cas » est évidemment inévitable, « engendrant nécessairement des décisions divergentes notamment en fonction du fondement juridique choisi et des particularités de l'espèce »⁸⁵. Nous ne nions pas que la tâche dévolue en premier chef à l'éditeur d'un site et, en cas de litige, au pouvoir judiciaire soit complexe. Il s'agit de faire cohabiter le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression. En l'état actuel du droit et des techniques, nous considérons que l'anonymisation constitue un mode de « réparation » crédible permettant de mettre un terme à l'action en responsabilité extracontractuelle, tout en assurant l'équilibre entre l'ensemble des droits fondamentaux en présence. Certes, il faut constater une restriction de la liberté d'expression, mais celle-ci permet de protéger le droit à la vie privée. Rappelons qu'aucun de ces droits fondamentaux n'est supérieur à l'autre, aucun n'est absolu.

La consécration de ce droit à l'anonymisation, matérialisant l'oubli, constitue un exemple important des liens profonds existant entre le droit de la responsabilité et les droits fondamentaux. L'incorporation d'une balance des intérêts au stade de l'examen du comportement fautif démontre la porosité de la *summa divisio*. Le phénomène traduit parfaitement l'importation des droits fondamentaux dans un mécanisme de droit privé. En outre, l'approche « au cas par cas », inévitable tant en matière d'équilibre entre des droits fondamentaux en conflit que face à une action en responsabilité civile extracontractuelle, représente un point de rencontre entre ces deux branches du droit.

Section 2

Le sexisme dans les médias : vers une prise en compte des décisions des organes d'autorégulation ?

16. Constat de départ : le sexisme dans les médias. Les médias regorgent de stéréotypes sexistes. Le constat n'est pas neuf : la presse et la publicité en offrent quasi quotidiennement des exemples. On ne s'en offusque parfois même plus. Or, compte tenu du rôle clé que les médias jouent aujourd'hui dans la socialisation, la problématique nous semble importante. Le contenu médiatique, aussi varié soit-il, contribue à « l'élaboration des identités individuelles et sociales » et à « la reproduction inconsciente de clichés intériorisés qui fonctionnent comme des normes »⁸⁶. La problématique

⁸⁵ Liège (20^e ch.), 25 septembre 2014, préc.

⁸⁶ M. REISER et B. GRESY, « Rapport sur l'image des femmes dans les médias », rapport présenté par la commission de réflexion sur la place des femmes dans les médias, 25 septembre 2008 (ce document est disponible à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000614.pdf>). Ce rapport est commandé par Valérie Létard, alors secrétaire d'État française à la Solidarité. Il existe de

des représentations sexistes et/ou discriminatoires se manifeste notamment dans la persistance et la banalisation des stéréotypes sexistes dans le contenu médiatique, leur développement important sur les réseaux sociaux, ainsi que dans la rareté des contre-stéréotypes⁸⁷. Le Conseil de l'Europe en a même fait un de ses domaines d'action⁸⁸. Au niveau de la lutte contre le sexisme, la Belgique a ajouté à son arsenal législatif anti-discrimination⁸⁹ une loi du 22 mai 2014⁹⁰ dans laquelle le sexisme, dans certaines circonstances, est élevé au rang d'infraction pénale. La loi ne traite que d'aspects criminels et aucunement de la réparation civile d'un dommage ayant pu être éventuellement causé à la suite de faits de sexisme. Nous voyons ici deux points de comparaison avec le domaine de la liberté d'expression analysé aux numéros 8 et suivants. Premièrement, l'inefficacité du dispositif pénal. En effet, en matière de sexisme, nous ne pouvons que constater le peu de mises en œuvre concrètes et poursuites sur leur fondement. Ceci s'explique peut-être par le fait que la prise de conscience de l'ampleur de la problématique du sexisme et la reconnaissance de celui-ci en tant que concept à connotation juridique sont relativement récentes. Deuxièmement, tout comme en matière de droit à l'oubli, il n'existe aucune procédure particulière visant à permettre la réparation civile de dommages qui seront essentiellement moraux. Or il est envisageable qu'une personne cherche à obtenir réparation d'un dommage moral correspondant potentiellement à une atteinte aux droits fondamentaux que sont le droit à la vie privée et/ou

très nombreuses études sur le sujet, et la présente contribution n'a pas vocation à en faire la synthèse. À titre illustratif, on peut mentionner une étude récente du Conseil supérieur de l'audiovisuel belge, intitulée « Baromètre, égalité, diversité 2013 », (disponible à l'adresse suivante : http://www.csa.be/system/documents_files/2006/original/Baromètre%202013.pdf?1363332910). Le rapport conclut notamment en ce sens : « même mieux représentés, les femmes et les "non-Blancs" restent discriminés : ils sont moins présents à l'écran, et quand ils y apparaissent, c'est plus souvent dans un registre secondaire, passif ou dépersonnalisé. Ainsi, par rapport aux hommes, les femmes prennent moins souvent la parole dans les débats (30,56 %), elles sont moins souvent experts (18,83 %) et plus souvent figurantes (37,82 %), elles font moins l'objet d'une mention (39,50 % pour 31,86 % des hommes) et sont, lorsqu'elles sont l'objet d'un prisme perspectif, presque toujours catégorisées comme victimes ».

⁸⁷ C. GREBOVAL, « Lutter contre les stéréotypes de genre, le sexisme et la violence à l'égard des femmes et garantir aux femmes l'égalité d'accès à la justice : les activités du Conseil de l'Europe », in *Les statuts des femmes et l'État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 201.

⁸⁸ Voy. not. la brochure « Combating gender stereotyping and sexism in the media » du Conseil de l'Europe (disponible à l'adresse suivante : <https://rm.coe.int/168064379b>).

⁸⁹ Loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 30 mai 2007 ; loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007 ; loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007 ; loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981, *M.B.*, 30 mai 2007 ; loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003 ; loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981.

⁹⁰ Loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination, *M.B.*, 24 juillet 2014.

le principe d'égalité devant les juridictions judiciaires. Il pourrait dès lors être envisagé de faire appel à la procédure de droit commun organisée à l'article 1382 du Code civil.

Appliqué à notre domaine d'étude, le droit des médias, le constat est que nous n'avons pas connaissance de décisions judiciaires abordant la question du sexisme dans le cadre de litiges en responsabilité extracontractuelle. Cette problématique peut néanmoins prendre, selon nous, deux formes. Soit le comportement sexiste s'assimile à un comportement fautif, que n'aurait pas adopté toute personne raisonnablement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. Soit la problématique s'inscrit dans l'optique d'une opposition entre plusieurs droits fondamentaux : d'une part, le droit à la liberté d'expression et, d'autre part, le droit à la vie privée, à la dignité humaine ainsi que le principe d'égalité. Une troisième voie pourrait être envisagée : comme nous l'avons suggéré dans nos développements sur l'anonymisation, la procédure en responsabilité pourrait inclure l'analyse du conflit de droits fondamentaux.

Dans le cadre de la présente contribution, et contrairement à ce qui a été développé précédemment, nous nous plaçons davantage dans une perspective prospective. Nous avons analysé les décisions de trois organes déontologiques ou paralogaux actifs dans le secteur des médias en Belgique francophone relatives au sexisme dans les médias afin de nous interroger sur leur impact potentiel dans le cadre de futures actions en responsabilité extracontractuelle. Autrement dit, le raisonnement que certaines juridictions judiciaires tiennent en prenant en compte la déontologie journalistique pourrait-il être transposé dans les circonstances spécifiques du sexisme dans les médias ? Nous nous sommes donc intéressés à la prise en compte de la dimension « genre » dans les décisions des organes déontologiques ou autorégulateurs dans ce domaine.

§ 1^{er}. Le sexisme dans la jurisprudence du Conseil de déontologie journalistique, du Conseil supérieur de l'audiovisuel et du Jury d'éthique publicitaire

17. Le sexisme dans la jurisprudence du Conseil de déontologie journalistique. Dans cette optique, nous avons parcouru les avis du Conseil de déontologie journalistique. Jusqu'il y a peu, le Conseil ne prenait pas du tout la dimension de genre en considération, même si cette opportunité s'est déjà présentée à plusieurs reprises. Tel fut notamment le cas dans un avis 13-10 du 19 juin 2013 concernant un article de *La Dernière Heure* intitulé « Je vends ma virginité pour minimum 100.000 EUR »⁹¹, dans un avis

⁹¹ Avis du Conseil de déontologie journalistique du 19 juin 2013 relatif à la plainte 13-10. Sans remettre en cause le contenu de l'article, l'avis mentionne cependant qu'« [u]n tribunal pénal pourrait voir dans cet ensemble

11-17 du 6 avril 2011 relatif à un article sur l'indépendance et la liberté des femmes voilées⁹² et dans son avis 11-20 du 22 juin 2011 concernant un autre article de *La Dernière Heure* intitulé « Un guide de la prostitution [...] Le Top 5 des bonnes adresses »⁹³. Cela pourrait s'expliquer par le fait que le Code de déontologie journalistique⁹⁴ ne comprend pas de disposition spécifique relative aux discriminations de genre. Toutefois, il existe des dispositions générales pertinentes comme l'article 28 qui interdit les incitations à la discrimination et l'article 26 qui précise que le respect de la dignité humaine est une règle déontologique. Malgré l'existence d'un cadre déontologique permettant de le faire, le Conseil de déontologie journalistique a systématiquement considéré que les griefs relatifs à la dignité humaine et aux discriminations n'étaient pas fondés dans les décisions précitées⁹⁵.

Les décisions plus récentes de cet organe semblent toutefois amorcer une évolution. Dans un avis 17-14 du 12 septembre 2018 relatif à un article intitulé « Violences sexuelles : les femmes pas si innocentes que cela ! », le Conseil de déontologie journalistique a considéré que l'article 28 du Code de déontologie relatif aux discriminations n'a pas été respecté et que la plainte était fondée. Le Conseil de déontologie a précisé à cet égard qu'il « retient par ailleurs qu'en associant sans autre précision dans le titre de l'édition papier les termes “violences sexuelles” et la formule “les femmes pas si innocentes que cela”, le média a induit un lien de cause à effet entre l'attitude des femmes et les violences sexuelles entendues dans le sens commun, soit celles dont elles sont majoritairement victimes, contribuant ainsi à les stigmatiser. L'article 28 (stigmatisation) du Code de déontologie n'a pas été respecté ». Une autre décision du 17 octobre 2018 (17-08) est intéressante – même si elle ne concerne pas la question des discriminations entre les hommes et les femmes, mais les discriminations envers les personnes transgenres –, car elle

du proxénétisme ou de l'incitation à la débauche. Il en est d'autant plus ainsi que le site Web auquel renvoie l'article incriminé est un site pornographique sur lequel l'annonce de Cindy figure toujours cinq mois plus tard. Tout cela porte à croire que la démarche faite par la jeune femme vers *La Dernière Heure* pour susciter l'interview était en fait un “coup” promotionnel pour ce site. La déontologie journalistique est concernée ici par l'atteinte à la dignité humaine, l'encouragement à la prostitution, la confusion entre journalisme et publicité pour un site pornographique sans distance critique, alors que cet espace aurait dû servir à “recadrer” l'interview qui manquait de tout recul journalistique. La manière dont l'encadré est présenté témoigne d'un manque de responsabilité sociale de la part du journaliste et du média, ce qui constitue un manquement à la déontologie ».

⁹² Avis du Conseil de déontologie journalistique du 6 avril 2011 relatif à la plainte 11-17. Les plaignants soulignent que « [c]ette “désinformation” a pour effet de stigmatiser une religion et de contribuer aux stéréotypes et aux préjugés envers des femmes déjà discriminées ».

⁹³ Avis du Conseil de déontologie journalistique du 22 juin 2011 relatif à la plainte 11-20.

⁹⁴ Code de déontologie journalistique, adopté par le Conseil de déontologie journalistique le 16 octobre 2013 et mis à jour en septembre 2017.

⁹⁵ Dans l'avis 13-10, le Conseil de déontologie journalistique ne consacre pas l'atteinte à la déontologie journalistique dans sa décision, mais aborde le point dans son analyse.

conclut également que la plainte est fondée pour ce qui concerne le grief lié à l'article 28. Cette décision repose sur les motifs suivants : « le CDJ considère pour le surplus qu'à défaut d'avoir été recadrés, ces propos émis sans avoir connaissance du sujet ont contribué, même involontairement, à perpétuer des clichés et [à] renforcer des préjugés relatifs aux personnes trans. L'article 28 (stéréotypes) du Code de déontologie journalistique n'a pas été respecté ». Toutefois, le Conseil de déontologie journalistique ne conclut pas dans cet avis qu'il y avait un grief fondé en ce qui concerne la dignité humaine sans expliciter la raison d'une telle conclusion⁹⁶.

Les avis du Conseil de déontologie journalistique ne sont pas contraignants, mais ils contribuent à l'élaboration d'une cadre interprétatif de la déontologie, qui peut avoir un impact sur le raisonnement du juge judiciaire en matière de responsabilité aquilienne. En effet, il existe « un courant jurisprudentiel de plus en plus important se référant plus ou moins explicitement à la déontologie »⁹⁷. Comme l'écrit Koen Lemmens, ces normes professionnelles permettent de « donner un contenu concret [au] standard »⁹⁸ de l'article 1382 du Code civil⁹⁹ et particulièrement à la notion de faute¹⁰⁰. Même si les règles de déontologie n'ont pas vocation première à s'intégrer dans le processus d'analyse des conditions de la responsabilité extracontractuelle, on constate cependant « qu'elles jouissent d'une reconnaissance à tout le moins indirecte de leur intérêt et de leur valeur, en ce qu'elles sont généralement mentionnées à côté d'autres dispositions ou en soutien de celles-ci »¹⁰¹. La reconnaissance grandissante de l'aspect discriminatoire dans les avis du Conseil de déontologie journalistique pourrait jouer un rôle dans l'analyse des trois conditions de la responsabilité extracontractuelle dans le futur.

Partant du constat que le Conseil de déontologie journalistique – même s'il est généralement tributaire des plaintes qui lui sont soumises – ne semble prendre l'aspect genre en considération qu'à de très rares occasions et du constat que cet organe ne peut pas imposer de sanctions, nous avons étendu notre analyse à deux autres organes d'autorégulation actifs dans le secteur des médias en Belgique francophone : d'une part, le collège d'auto-

⁹⁶ Dans son avis 17-08, le Conseil de déontologie journalistique s'est limité à déclarer qu'il estime qu'il n'y avait pas eu atteinte à la dignité humaine.

⁹⁷ E. CRUYSMANS et L. JACQMIN, « Le manquement déontologique d'un journaliste est-il constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? », note sous Civ. Bruges, 30 avril 2012, R.G.A.R., 2013, n° 15025, n° 10.

⁹⁸ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde*, coll. des thèses, Bruxelles, Larcier, p. 473, n° 709.

⁹⁹ Une telle démarche s'inscrit davantage dans la jurisprudence néerlandophone que francophone. Peut-être est-ce dû au fait que le Raad voor de Journalistiek est actif depuis 2002 alors que le Conseil de déontologie journalistique n'a vu le jour qu'en 2009.

¹⁰⁰ Voy. not. à cet égard : E. CRUYSMANS et L. JACQMIN, *op. cit.*

¹⁰¹ E. CRUYSMANS et L. JACQMIN, *op. cit.*, n° 7.

risation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après, le « CSA ») et, d'autre part, le Jury d'éthique publicitaire (ci-après, le « JEP »).

18. Le sexisme dans les décisions du collège d'autorisation et de contrôle du CSA. Le CSA, le régulateur de l'audiovisuel en Communauté française, est une autorité administrative indépendante jouissant de la personnalité juridique¹⁰² composée de deux collèges : le collège d'avis et le collège d'autorisation et de contrôle¹⁰³. Ce second collège a notamment pour mission de « constater toute violation aux lois, décrets et règlements en matière d'audiovisuel et tout manquement aux obligations découlant d'une convention conclue entre la Communauté française et un éditeur de services ou un distributeur de services, du contrat de gestion de la RTBF, de la convention conclue entre le Gouvernement et chacune des télévisions locales ainsi que d'engagements pris dans le cadre d'une réponse aux appels d'offres visés par le présent décret »¹⁰⁴. Lorsqu'il constate de telles violations, il peut prononcer des sanctions comme l'avertissement, la publication d'un communiqué, la suspension ou le retrait d'un programme, la suspension de l'autorisation ou de la distribution et, même, une amende pouvant aller de 250 euros à 3 % du chiffre d'affaires annuel hors taxes¹⁰⁵.

En matière de sexisme, nous relevons deux décisions intéressantes rendues par cette instance. Premièrement, la décision du 5 octobre 2017¹⁰⁶ en ce qu'il s'agit de la première décision du collège mettant en œuvre le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes. La décision concerne des spots publicitaires adressés aux hommes leur proposant de faire des économies en achetant des produits moins chers, de manière à pouvoir ensuite se « permettre financièrement » une femme qui soit « appétissante », « délicieuse » ou « propre sur elle ». Le message véhiculé par le spot publicitaire incite à considérer les femmes comme des personnes dépensières, matérialistes, vénales, frivoles et dépendantes financièrement. Le collège d'autorisation a considéré que les spots étaient le « véhicule de stéréotypes de genre [...] et que le seuil de protection particulier octroyé au genre satirique a ainsi été

¹⁰² Art. 133 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 26 mars 2009 portant coordination du décret sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 24 juillet 2009 (ci-après, « décret SMA »).

¹⁰³ Art. 134 du décret SMA.

¹⁰⁴ Art. 136, § 1^{er}, 12^e, du décret SMA. À titre informatif, on mentionnera particulièrement l'article 11 du décret SMA qui est invoqué dans les décisions décrites ci-dessous et qui précise que « la communication commerciale ne peut : 1^o porter atteinte au respect de la dignité humaine ainsi qu'au respect de l'égalité entre les femmes et les hommes ; 2^o comporter ou promouvoir de discrimination en raison de la prétendue race, de l'origine ethnique, du sexe, de l'orientation sexuelle, de la nationalité, d'un handicap ou de l'âge ».

¹⁰⁵ Art. 159, § 1^{er}, du décret SMA.

¹⁰⁶ Décision du collège d'autorisation et de contrôle du CSA du 5 octobre 2017, disponible à l'adresse suivante, <http://www.csa.be/documents/2759>.

violé ». Toutefois, seul un avertissement a été adressé au contrevenant. La deuxième décision date du 14 juin 2018 et concerne la diffusion d'un épisode de l'émission télévisuelle *Chasseurs d'appart*¹⁰⁷. Au cours de cette émission, plusieurs commentaires jugés sexistes ont été faits tant par les participants que par la voix off. Le collège d'autorisation et de contrôle constate que l'émission véhicule des stéréotypes de genre tout en les renforçant. À nouveau, seul un avertissement est adressé au contrevenant. Il est intéressant de noter que les décisions du collège sont basées sur des griefs relatifs à la violation de dispositions ayant force de loi, à savoir des dispositions du décret SMA. Le collège fait également appel aux travaux préparatoires dudit décret et à une résolution du Parlement européen du 12 mars 2013 sur l'élimination des stéréotypes liés au genre¹⁰⁸.

Le collège semble donc condamner le sexisme dans les médias audiovisuels, mais, à ce stade, n'a pas encore prononcé de sanctions fortes lorsque le grief était établi.

19. Le sexisme dans les décisions du Jury d'éthique publicitaire. Le JEP est l'organe d'autodiscipline du Conseil de la publicité¹⁰⁹ – qui regroupe les associations représentatives des annonceurs, des agences publicitaires et des médias¹¹⁰ et qui a pour mission de sauvegarder « les intérêts du public/consommateur et sa confiance dans la publicité »¹¹¹. Il est composé paritairement de personnes issues de la société civile et de personnes provenant du secteur publicitaire¹¹². L'Institut pour l'égalité des hommes et des femmes assiste aux réunions du JEP pour renforcer la prise en compte de la dimension de genre. Le JEP a pour rôle d'examiner le contenu des messages publicitaires diffusés par les médias de masse qui font l'objet d'une plainte ou qui sont soumis à son examen par le président du Jury de première instance¹¹³. Lorsque le JEP considère qu'un message publicitaire n'est pas conforme à la législa-

¹⁰⁷ Décision du collège d'autorisation et de contrôle du CSA du 14 juin 2018, p. 22.

¹⁰⁸ Résolution du Parlement européen du 12 mars 2013 sur l'élimination des stéréotypes liés au genre dans l'Union, 2012/2116.

¹⁰⁹ V. LAFARQUE, « Le Jury d'éthique publicitaire », *B.S.J.*, 2015/543, p. 16 et <http://conseildelapublicite.be/fr/publicite-et-ethique/le-j-e-p>.

¹¹⁰ C. VAN HELLEMONT et H. VAN DEN BULCK, « L'image des hommes et des femmes dans la publicité en Belgique », *Pub. Institut pour l'égalité des hommes et des femmes*, p. 84.

¹¹¹ Règlement du JEP applicable à partir du 1^{er} février 2017 – art. 2, <https://www.jep.be/fr/les-rapports-annuels/reglement-jury>.

¹¹² S. SEPUL, « Le Jury d'éthique publicitaire a élargi son pouvoir d'action depuis le 1^{er} janvier 2013 », *A.M.*, 2013/2, p. 143 et Règlement du JEP, *op. cit.*, art. 3.

¹¹³ Art. 5 du règlement du JEP applicable à partir du 1^{er} février 2017, <https://www.jep.be/fr/les-rapports-annuels/reglement-jury>. Le jury de première instance est composé d'un président, et de deux groupes de minimum quatre membres et de maximum six membres, nommés par le conseil d'administration du Conseil de la Publicité a.s.b.l. pour un terme de trois ans. Le jury de première instance est composé paritairement de membres issus de la société civile et de membres issus du secteur publicitaire.

tion, aux conventions et/ou aux codes et règles autodisciplinaires nationaux et internationaux en vigueur, il prononce une décision de modification ou d'arrêt de la publicité¹¹⁴. L'un de ces textes autodisciplinaires concerne la « [r]épresentation de la personne »¹¹⁵. Il s'agit de recommandations portant sur la représentation de l'homme, de la femme et de l'enfant dans l'univers publicitaire. Sans concerner directement le sexisme, le texte souligne toutefois qu'« il est souhaitable que la publicité évite toute dévalorisation ainsi que toute exploitation abusive de la personne humaine », qu'il ne cautionne « aucune forme de discrimination y compris celle fondée entre autres sur [...] le sexe » et qu'il y a lieu de ne pas « porter atteinte à la dignité humaine »¹¹⁶. Il existe également des règles en matière d'humour et de publicité qui rejettent l'usage d'humour dénigrant un groupe de personnes ou contenant des allusions ou mentions péjoratives fondées sur le sexe¹¹⁷.

Une analyse des décisions récentes du JEP, pour les années 2017 et 2018¹¹⁸, démontre qu'il existe un nombre important de plaintes pour représentation sexiste et dénigrante de la femme dans la publicité dans les médias de masse. La majorité des dossiers relatifs à de telles plaintes mène à des décisions dans lesquelles aucune mesure n'est prononcée ni aucune infraction constatée¹¹⁹.

¹¹⁴ Art. 1^{er} du règlement du JEP applicable à partir du 1^{er} février 2017, <https://www.jep.be/fr/les-rapports-annuels/reglement-jur>.

¹¹⁵ JEP, *Représentation de la personne* (JEP – 1976-2002), disponible à l'adresse suivante : <https://www.jep.be/fr/codes-regles>.

¹¹⁶ Le texte ajoute encore que la publicité doit éviter « d'exploiter, de favoriser ou de développer des comparaisons péjoratives fondées sur le sexe [...] », ne peut « cautionner l'idée de l'infériorité ou de la supériorité d'une personne en raison de son appartenance à un groupe social [...] », ne peut « contribuer à perpétuer des préjugés sociaux ou des images stéréotypées allant à l'encontre de l'évolution de la société ou des idées acceptées par de larges couches de la population ».

¹¹⁷ JEP, *Règles en matière d'humour et de publicité* (1992), disponible à l'adresse suivante : <https://www.jep.be/fr/codes-regles>.

¹¹⁸ Le présent article n'étant pas exclusivement consacré à l'analyse de la jurisprudence du JEP, nous n'avons pas la possibilité d'analyser l'ensemble de ladite jurisprudence. Les premières décisions prenant en compte la dimension de genre du collège d'autorisation et de contrôle datant de 2017, nous avons délimité l'objet de recherche aux décisions rendues par le JEP à partir de l'année 2017.

¹¹⁹ Décision du JEP du 15 mai 2018 (Commune La Panne), décision du JEP du 9 mai 2018 (LIDL), décision du JEP du 7 mars 2018 (HUBO), décision du JEP du 19 décembre 2017 (Parfums Christian Dior), décision du JEP du 12 décembre 2017 (Recupel), décision du JEP du 6 décembre 2017 (Frieslandcampina Belgium), décision du JEP du 8 novembre 2017 (Cash converters), décisions du JEP du 8 novembre 2017 (Fracomina), décision du JEP du 15 novembre 2017 (Pelckmans Uitgevers), décision du JEP du 25 octobre 2017 (ING), décision du JEP du 12 septembre 2017 (Monster Energy Belux), décision du JEP du 29 août 2017 (L'Oreal), décision du JEP du 8 août 2018 (ALDI), décision du JEP du 20 juin 2017 (Renault), décision du JEP du 16 juin 2017 (L'Oreal), décision du JEP du 14 juin 2017 (Starcasino), décision du JEP du 21 avril 2017 (Ethias), décision du JEP du 21 avril 2017 (Marlies Dekkers), décision du JEP du 28 mars 2017 (Van de Velde), décision du JEP du 14 mars 2017 (Krëfel), décision du JEP du 8 mars 2017 (Renson) et décision du JEP du 7 mars 2017 (De blauwe vogel) et décision du JEP du 24 août 2018 (Jobfixers), <https://www.jep.be/fr/decisions-du-jep>. Il y a également eu une plainte pour sexisme envers les hommes, qui a donné lieu à la décision du 27 juin 2017 (Coca-Cola). Le plaignant dénonçait le fait que le corps d'un homme dénudé ne devait pas être utilisé dans la publicité. Selon ce dernier, si l'on rejette l'utilisation du corps uniquement féminin, il y a une discrimination.

ou, au mieux, à l'émission d'un avis de réserve¹²⁰. Tel est – étonnamment – le cas dans une décision du 10 mai 2017 concernant une publicité d'*Ici Paris XL* dans laquelle une voix de femme indique : « Je mets mon mascara qui me fait des cils incroyables. Puis j'entre dans son bureau, je le regarde droit dans les yeux et je lui demande cash une augmentation. Et je repars avec mon augmentation. [...] En ce moment 20 % de réduction sur les mascaras »¹²¹. Le JEP estime que « la femme n'est pas présentée de manière négative et que la publicité ne remet pas ses compétences professionnelles en question »¹²². Aucune infraction n'est, dès lors, constatée et le JEP ne formule aucune remarque.

Toutefois, il existe un certain nombre de décisions où le JEP est allé plus loin et a demandé à l'annonceur de modifier la publicité et, à défaut, de ne plus la diffuser. Les raisons justifiant de telles mesures peuvent être résumées comme suit. Premièrement, le JEP prononce celles-ci lorsqu'il est établi qu'il y a une « exploitation abusive de l'image du corps de la femme »¹²³, une « instrumentalisation de la femme »¹²⁴ ou que la femme est « réduite à un objet »¹²⁵. Deuxièmement, le JEP justifie de telles décisions par le fait que la publicité perpétue des préjugés relatifs aux femmes ou aux relations homme-femme, qui vont à l'encontre de l'évolution de la société¹²⁶. Enfin, la justification la plus importante est que le contenu publicitaire est « dénigrant »¹²⁷ et « porte atteinte à la dignité humaine »¹²⁸. La plupart des décisions imposant la modification ou le retrait d'un contenu publicitaire combinent plusieurs, si pas l'ensemble des justifications énoncées ci-dessus.

Le JEP a estimé que le spot qui présente un homme à demi torse nu ne réduit pas l'homme à un objet de désir et ne porte pas atteinte à sa dignité

¹²⁰ Décision du JEP du 6 décembre 2017 (Tits La Bière), avis du JEP du 20 décembre 2017 (Vitalac) et avis du JEP du 5 mai 2018 (Mercedes-Benz).

¹²¹ Décision du JEP du 10 mai 2017 (Ici Paris XL).

¹²² *Ibid.*

¹²³ Décision du JEP du 5 décembre 2017 (I-Renov).

¹²⁴ Décision du JEP 16 janvier 2018 (Starcasino).

¹²⁵ Décision du JEP du 26 juillet 2018 (Boulangerie Hillewaere), décision du JEP du 6 décembre 2017 (Pallet Natie), décision du JEP du 28 novembre 2017 (X-Gin), décision du JEP du 19 juin 2017 (Jos Beckx BVBA), décision du JEP du 15 juin 2017 (Starcasino), décision du JEP du 12 juin 2017 (Banden Herman) et décision du JEP du 28 septembre 2018 (MAPECO).

¹²⁶ Décision du JEP du 3 octobre 2017 (Rich meet beautiful), décision du JEP du 1^{er} mars 2017 (Cora) et décision du JEP du 11 janvier 2017 (Forem).

¹²⁷ Décision du JEP du 28 novembre 2017 (X-Gin), décision du JEP du 3 octobre 2017 (Rich meet beautiful) et avis du JEP du 11 septembre 2017 (WILO), décision du JEP du 24 août 2017 (Julius-K9 Belgium), décision du JEP du 6 juillet 2017 (DV Rental), décision du JEP du 19 juin 2017 (Jos Beckx BVBA), décision du JEP du 15 juin 2017 (Starcasino), décision du JEP du 12 juin 2017 (Banden Herman) et décision du JEP du 11 janvier 2017 (Forem).

¹²⁸ Décision du JEP du 26 juillet 2018 (Boulangerie Hillewaere), décision du JEP du 6 décembre 2017 (Pallet Natie), décision du JEP du 28 novembre 2017 (X-Gin), décision du JEP du 3 octobre 2017 (Rich meet beautiful), décision du JEP du 11 septembre 2017 (WILO), décision du JEP du 6 juillet 2017 (DV Rental), décision du JEP du 19 juin 2017 (Jos Beckx BVBA), décision du JEP du 15 juin 2017 (Starcasino) et décision du JEP du 12 juin 2017 (Banden Herman).

Dans certaines des décisions visées ci-dessus, le JEP ne passe pas par la case intermédiaire consistant à ordonner la modification du contenu, puis, à défaut, le retrait, mais demande directement à l'annonceur de ne plus diffuser la publicité. Tel est notamment le cas dans l'affaire très médiatique de « Rich meet beautiful »¹²⁹, qui concerne des panneaux publicitaires mobiles montrant le buste d'une femme en soutien-gorge et reprenant le slogan « Hey les étudiantes ! Améliorez votre style de vie. Sortez avec un *sugar daddy* »¹³⁰. Le JEP considère que la publicité instrumentalise, dévalorise les femmes et induit qu'une femme ne pourrait pas assurer son indépendance financière sans l'intervention d'un homme et sans utiliser son apparence physique comme facteur déterminant. On note l'incohérence flagrante avec la décision *Ici Paris XL* précitée dans laquelle le fait de recevoir une promotion pour le seul fait de se maquiller les yeux n'a pas été considéré comme problématique ou comme insinuant qu'une femme ne pourrait pas assurer son indépendance financière sans l'intervention d'un homme et sans utiliser son apparence physique comme facteur déterminant. En outre, dans sa décision « Rich meet beautiful », le JEP a considéré que la publicité contribuait à perpétuer des stéréotypes relatifs aux femmes et aux relations homme-femme. Le JEP conclut que la publicité en question porte atteinte à la dignité humaine.

Le JEP est assez prolifique en matière de décisions relatives au sexisme dans la publicité dans les médias de masse. Même s'il semble que la majorité de décisions ne conclut pas à la présence d'une infraction, il existe de nombreuses décisions du JEP qui condamnent le sexisme et réclament la modification du contenu publicitaire ou son retrait. En cela, la jurisprudence du JEP est sans doute celle qui va le plus loin dans la prise en considération et l'analyse de la problématique du sexisme dans les médias.

§ 2. Vers une ouverture pour de futurs litiges en matière de responsabilité extracontractuelle relatifs à des faits de sexisme dans les médias ?

20. Prise en compte future des décisions des régulateurs ? La déontologie journalistique a une influence sur la jurisprudence relative à la responsabilité aquilienne des journalistes. Vu le caractère relativement limité des décisions du Conseil de déontologie journalistique en matière de sexisme dans les médias, on peut se poser la question de la possibilité d'invoquer les

¹²⁹ Décision du JEP du 3 octobre 2017 (Rich meet beautiful).

¹³⁰ Cette affaire ferait par ailleurs également l'objet d'une enquête pénale.

décisions du JEP et du Collège d'autorisation et de contrôle du CSA dans les cas de sexisme dans les médias qui seraient présentés aux autorités judiciaires.

Ces décisions, à l'instar de celles du Conseil de déontologie journalistique, pourraient permettre de définir le comportement qui peut être attendu d'une personne normalement prudente et diligente active dans le domaine des médias, qu'elle soit journaliste, éditeur ou publicitaire. Cela étant, en comparaison avec l'organe déontologique journalistique, le collège d'autorisation et de contrôle présente potentiellement un plus haut degré d'autorité : il s'agit d'une autorité administrative indépendante jouissant de la personnalité juridique qui fonde ses décisions sur des normes ayant force de loi. Tel n'est pas le cas du JEP, bien que cet organe dispose de la possibilité d'imposer des sanctions, ce qui, en fait, apporte aussi potentiellement un degré d'autorité plus haut à ses décisions. Les décisions du JEP et du collège pourraient dès lors potentiellement influencer la jurisprudence relative à la responsabilité extracontractuelle dans des dossiers relatifs à des faits de sexisme dans les médias. Il pourrait alors y avoir, à nouveau, un phénomène de pénétration du droit public dans le droit privé par le biais de l'interprétation du droit privé de la responsabilité aquilienne à la lumière des droits fondamentaux.

En effet, les droits fondamentaux apparaissent à plusieurs reprises dans le raisonnement repris dans les décisions du JEP et du collège d'autorisation et de contrôle.

Premièrement, il est intéressant de noter que le collège d'autorisation et de contrôle procède à une mise en balance des intérêts au même titre que les juridictions judiciaires dans leur appréciation de la faute. En effet, les décisions du collège commencent généralement par un rappel quant à la liberté d'expression et le fait que ce ne soit pas un droit absolu. Ensuite, le collège opère une sorte de « test de la proportionnalité » pour analyser si l'expression se situe dans le cadre de l'humour – argument généralement avancé par les éditeurs, ou s'il s'agit plutôt d'une communication véhiculant et/ou renforçant des stéréotypes de genre et violant le seuil de protection visé à l'article 11, 1^o et 2^o, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 26 mars 2009 précité¹³¹. Dans les deux décisions visées ci-dessus, le Collège conclut à la violation de ces dispositions, mais choisit de prononcer la sanction la plus faible.

Deuxièmement, les droits fondamentaux semblent également jouer un rôle dans la jurisprudence du JEP. En effet, le JEP se réfère par exemple au principe d'égalité. Tel est notamment le cas dans la décision relative à la publi-

¹³¹ Ces dispositions précisent que « la communication commerciale ne peut pas : 1^o porter atteinte au respect de la dignité humaine et 2^o comporter ou promouvoir de discriminations en raison de la prétendue race, de l'origine ethnique, du sexe, de l'orientation sexuelle, de la nationalité, d'un handicap ou de l'âge ».

cité du Forem¹³² représentant une fillette un chiffon à la main et indiquant « Osez réaliser vos rêves... Devenez auxiliaire de ménage ». Dans cette décision, le JEP indique que « l'association d'une fillette avec le métier d'auxiliaire de ménage renforce la répartition traditionnelle des tâches au regard du genre et pose problème sur le plan de l'égalité entre les hommes et les femmes ». Au-delà de l'égalité, le JEP aborde régulièrement la problématique du sexisme dans les médias sous l'angle de la dignité humaine ou de la dignité humaine de la femme. Tel que démontré ci-avant (voy. *supra*, n° 19), il s'agit d'une justification fréquemment avancée par le JEP pour prendre des mesures. Le JEP fait donc appel à des droits fondamentaux consacrés à maintes reprises dans des instruments nationaux et internationaux pour justifier ses décisions.

On peut, dès lors, s'interroger – *de lege ferenda* – sur le rôle que pourrait jouer cette jurisprudence dans les futurs litiges en responsabilité extracontractuelle concernant des faits de sexisme dans les médias¹³³. Il ne s'agit bien évidemment pas de *hard law* pouvant être invoquée directement, mais on peut envisager que ces décisions présentent une certaine pertinence. Le recours à celles-ci par les juridictions judiciaires s'inscrirait alors dans la logique de la relation entre le droit public et le droit privé que nous avons décrite ci-dessus.

Conclusion

21. Droit public et droit privé : une *summa divisio* plus perméable.

Les deux domaines que nous avons brièvement analysés démontrent tous que la frontière entre le droit privé et le droit public n'est pas infranchissable. Le droit des médias ne se prête pas réellement à cette catégorisation traditionnellement admise et enseignée. Difficile de l'inscrire dans l'une de ces deux cases.

Le droit de la responsabilité extracontractuelle s'inspire à plusieurs égards des apports issus du droit public. Premièrement, les juges n'ont pas d'autres choix que de prendre en compte le raisonnement propre aux conflits entre des droits fondamentaux pour répondre aux griefs tirés d'une atteinte au droit à la liberté d'expression ou au droit à la vie privée. Même dans l'environnement numérique, l'incorporation de cet équilibre dans l'examen de la faute permet d'obtenir la réparation d'un dommage à travers l'anonymisation de données. On le constate, cette importation permet *in fine* la création de nouvelles prérogatives juridiques aptes à répondre à des nouveaux écueils. Ensuite, la prise en compte de décisions d'organes régulateurs, tels que le CSA et le JEP, dans des

¹³² Décision du JEP du 11 janvier 2017 (Forem).

¹³³ Nous pensons, p. ex., à de potentiels litiges en responsabilité extracontractuelle des journalistes pour faits de sexisme qui seraient intentés par des personnes estimant avoir subi un dommage à la suite de ces faits ou éventuellement des associations luttant contre le sexisme ou la discrimination.

décisions judiciaires est un pas qui n'a pas encore été franchi. Rien ne s'oppose toutefois à ce qu'un raisonnement similaire à ce qui se passe avec la déontologie journalistique soit exécuté pour cette problématique bien particulière.

Il est désormais évident que ces deux disciplines ne sont pas hermétiques l'une par rapport à l'autre. On peut alors se poser la question de savoir si le phénomène décrit ci-dessus a pour conséquence d'augmenter le terrain du droit public ou, au contraire, s'il n'a pas plutôt pour conséquence un élargissement constant des frontières du droit privé, par le fait même que le droit privé doit désormais traiter de questions qui lui échappaient, voire même, échappaient à tout droit¹³⁴. À première lecture, on pourrait considérer que le droit public étend son champ d'application dès lors qu'il tend à « s'incruster » dans une procédure privatiste. Cela étant, nous estimons qu'une telle question n'est peut-être pas tout à fait pertinente, celle-ci partant du postulat que droit public et droit privé s'affrontent et s'opposent. La grille de lecture que nous avons mise en exergue démontre que le droit public et le droit privé fonctionnent de concert afin de proposer des solutions juridiques cohérentes et adaptées. La *summa divisio* reste un concept pertinent à partir du moment où l'on accepte que la frontière qu'elle trace est poreuse et perméable.

¹³⁴ J.-P. MARGUENAUD, « Les droits fondamentaux: nouvelle frontière du droit privé européen ? », in *Les frontières du droit privé européen/The Boundaries of European Private Law*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 50. Sur cet élargissement des frontières du droit privé qui semble affoler certains privatistes, voy. not. les développements du même auteur sur l'extrême fécondité de l'article 8 de la CEDH et de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à ladite Convention aux pages 54 et suivantes de la même contribution.