

Préventif, répressif ou curatif?

Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique

François Jongen, professeur à l'U.C.L., professeur associé à l'Université de Neuchâtel, avocat au barreau de Bruxelles⁽¹⁾

Au lendemain de l'arrêt RTBF c. Belgique de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi de plusieurs décisions belges, l'auteur fait le point sur les conditions d'intervention du juge des référés dans l'exercice de la liberté des médias en Belgique. Il s'interroge notamment sur les notions de mesures préventives et de mesures répressives, mais aussi sur le concept de diffusion. Il expose aussi pourquoi et comment il paraît nécessaire de sortir de la situation de blocage actuel. Il plaide pour une vision dualiste plutôt que moniste de la liberté d'expression et, compte tenu de l'inaction persistante du politique, en appelle à une fronde des juges qui doivent, selon lui, désobéir à la Cour européenne des droits de l'homme pour mieux protéger les droits de l'homme

Naar aanleiding van het arrest RTBF t. België van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar ook naar aanleiding van verschillende Belgische beslissingen, maakt de auteur een stand van zaken op over de voorwaarden voor het optreden van de kortgedingrechter bij de uitoefening van de persvrijheid in België. Hij stelt zich met name vragen over de concepten van voorlopige en bewarende maatregelen, maar ook over het concept van verspreiding. Hij toont ook aan waarom en hoe het nodig lijkt om de huidige patstelling te beëindigen. Hij pleit eerder voor een dualistische dan voor een monistische visie op de vrijheid van meningsuiting en, rekening houdend met de voortdurende passiviteit van de politieke wereld, roept bij op tot een opstand van de rechters die, volgens hem, ongehoorzaam moeten zijn aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens om de mensenrechten beter te beschermen

1. Le 29 janvier 2013⁽²⁾, le président du tribunal de première instance de Bruxelles ordonnait la suspension de la publication d'un article du *Soir Magazine* faisant état de faits de viol et révélant, au mépris de l'article 378bis, alinéa 1^{er}, du Code pénal qui garantit l'anonymat des victimes d'infractions de mœurs, l'identité de la victime. Il faut préciser que cette identité, et plus encore l'identité de la personnalité politique à laquelle la victime était apparentée, constituait en réalité la seule raison d'être de la publication: le titre de l'article faisait directement référence à cette personnalité, et c'est sa photographie qui illustrait l'article.

Mais en ordonnant la suspension de la publication, le juge des référés ordonnait aussi, par voie de conséquence et plus concrètement, le retrait de l'article litigieux du site internet du *Soir Magazine* et, surtout, le retrait des «exemplaires déjà diffusés, distribués et/ou mis en vente», et ce alors même que l'or-

donnance était rendue le mardi après-midi, veille de la date normale de mise en vente de l'hebdomadaire.

Même si les choses ne furent pas dites officiellement, on peut penser que la direction du *Soir Magazine* prit rapidement conscience du caractère fautif de l'article: en effet, elle fit savoir qu'elle obtempérait à l'ordonnance et y acquiesçait, alors même que des arguments juridiques eussent permis de contester, si pas la faute elle-même, à tout le moins le moment de l'intervention du juge des référés. Toujours est-il que le tirage initial de l'hebdomadaire fut «retiré» des points de vente (sans même, parfois, y être totalement parvenu), mis au pilon et remplacé par un deuxième tirage, expurgé de l'article litigieux. Les abonnés reçurent toutefois la version non expurgée, déjà envoyée⁽³⁾.

Sans réelle surprise – et alors même que la faute de la journaliste était incontestable – l'A.J.P., répondant à une demande de l'agence Belga, réagissait le lendemain en protestant contre ce qu'elle qualifiait d'acte de censure⁽⁴⁾. Certes, on peut discuter à l'envi

(1) L'auteur remercie très chaleureusement M. Édouard Cruysmans, assistant à l'U.C.L. et à l'Université Saint-Louis Bruxelles, pour sa contribution précieuse et attentive au présent article.

(2) Civ. Bruxelles (Prés.), 29 janvier 2013, à paraître dans cette revue.

(3) Selon certaines sources officieuses, le demandeur accepta de ne pas réclamer des astreintes dues pour les numéros expédiés aux abonnés, tandis que la défenderesse acceptait dans le même temps d'acquiescer à l'ordonnance.

(4) «Nous avons toujours défendu l'interdiction de toute forme de censure pour tout travail journalistique et tout

support», a rappelé Jean-François Dumont, secrétaire général adjoint de l'A.J.P. (...). «Nous n'exigeons certainement pas l'immunité pour les journalistes. Le principe de responsabilité pour ceux-ci existe quant à leur travail. Ils peuvent faire l'objet d'action en justice, mais *a posteriori*», commente M. Dumont. Mais, remarque encore l'A.J.P., il existe dans la jurisprudence un courant minoritaire récent qui «fait fi de l'interdiction constitutionnelle et réinstalle des mesures de contrôle préalable de l'information». Un courant qui considère notamment que les dispositions de la Constitution s'inscrivent dans un contexte historique totalement différent de celui d'aujourd'hui. «Nous rejetons cet argument.



sur le sens du mot «censure» et la question de savoir si l'intervention d'un juge dans un litige entre particuliers, fût-ce à titre préalable, constitue un acte de censure tel que visé par l'article 25 de la Constitution : ce sera d'ailleurs un des objets de la présente contribution. Il n'empêche qu'on pouvait légitimement s'interroger sur la compatibilité de l'ordonnance intervenue avec un arrêt prononcé moins de deux ans plus tôt par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *RTBF c. Belgique*.

2. Le 29 mars 2011 en effet, la Cour européenne des droits de l'homme avait prononcé⁽⁵⁾, sur recours introduit par la RTBF, un arrêt essentiel pour la question, depuis longtemps débattue par la doctrine belge⁽⁶⁾, de l'intervention du juge des référés dans l'exercice de la liberté d'expression. Et avait donné raison à l'entreprise publique de radiodiffusion dans le cadre de l'affaire dite *du docteur B.*, considérant que «le cadre législatif combiné avec le cadre jurisprudentiel existant en Belgique (...) ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la Convention et ne lui a pas permis de jouir d'un degré suffisant de protection requise par la prééminence du droit dans une société démocratique» et concluant, dès lors, à la violation de l'article 10 de la Convention.

3. Pour plusieurs commentateurs, les effets de l'arrêt du 29 mars 2011 étaient à ce point radicaux qu'il n'était, tout simplement, plus envisageable en Belgique que le juge des référés intervienne dans l'exercice de la liberté d'expression dès lors que ses interventions, motivées par l'urgence, revêtaient forcément un certain caractère préventif⁽⁷⁾.

D'autres, plus nuancés, faisaient observer que de telles interventions n'étaient en tout cas plus envisageables sans qu'intervienne préalablement une modification de la Constitution ou une intervention du législateur⁽⁸⁾. Tout en sachant, sans doute, que pareilles

hypothèses s'avèrent peu probables quand on se souvient qu'aucun projet de ce type n'a jamais été mené à bien depuis plusieurs dizaines d'années, sans doute parce que les hommes et femmes politiques craignent par-dessus tout de déplaire aux médias dont ils s'estiment par ailleurs tributaires pour assurer la publicité de leur action et, partant, leur réélection.

Toutefois, une lecture plus affinée de l'arrêt, très timidement confirmée déjà par quelques premières décisions de jurisprudence⁽⁹⁾, conduit à nuancer, fût-ce de façon marginale, ce constat sans appel.

4. Après avoir rappelé les origines et le contenu de l'arrêt du 29 mars 2011 (I), on s'efforcera ci-après de cerner les concepts de base que sont les notions de mesure préventive et mesure répressive, fût-ce pour en évaluer les limites (II). On examinera ensuite les régimes juridiques découlant respectivement de l'article 19 de la Constitution, de l'article 25 de la Constitution et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, et les conséquences qu'il convient éventuellement d'en tirer pour les différents types de médias : c'est que, avant même l'arrêt du 29 mars 2011, il semblait admis que toute mesure préventive était prohibée à l'égard des médias écrits (III). On exposera enfin pourquoi il paraît nécessaire de sortir de la situation de blocage actuelle et comment il semblerait possible de le faire (IV).

I. L'arrêt du 29 mars 2011

5. À l'origine de l'arrêt du 29 mars 2011 se trouvait une autre intervention du juge des référés de Bruxelles : il avait ordonné, à la demande d'un médecin spécialisé dans la neurochirurgie, l'interdiction provisoire de la diffusion par la RTBF d'un reportage faisant notamment état de plaintes formulées à son encontre par certains de ses patients⁽¹⁰⁾. L'ordonnance

L'absence de censure est un principe de base qui doit suivre l'évolution récente des médias», conclut l'Association des journalistes (dépêche Belga du 30 janvier 2013).

(5) C.E.D.H., 29 mars 2011, *R.T.B.F. c. Belgique*, *J.T.*, 2012, p. 245, obs. K. LEMMENS, «La censure préventive en matière de presse audiovisuelle : contraire à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme» ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 1244, obs. Q. VAN ENIS, «Ingérences préventives et presse audiovisuelle : la Belgique condamnée au nom de la "loi"» ; *Mediaforum*, 2011-11/12, p. 340, obs. D. HAIJE, «Het preventieve publicatieverbod op de helling?».

(6) Voy. les références citées tout au long des notes infrapaginales suivantes.

(7) Voy., entre autres, S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2012, pp. 643 et s., n^{os} 889 et s.

(8) Voy. notamment F. TULKENS, «Liberté d'expression, liberté de presse : les procédures préventives et répressives sont-elles en voie d'extinction juridique?», *Droits fondamentaux en mouvement – Questions choisies d'actualité*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2012, pp. 9-28 ; K. LEMMENS, «La censure préventive en matière de presse audiovisuelle : contraire à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme», note sous C.E.D.H., 29 mars 2011, *J.T.*, 2012, pp. 247 et s., n^{os} 17 et s.

(9) Voy. notamment Civ. Bruxelles, réf., 7 septembre 2011, *A&M*, 2013/5, p. 408 et Civ. Bruxelles, réf., 6 juin 2012, à paraître dans cette revue.

(10) Civ., Bruxelles, réf., 24 octobre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 177 ; *J.T.*, 2001, p. 780 ; *Journ. proc.*, 2001, n^o 423, p. 20, obs. F. TULKENS ; *Juristenkrant*, 2001/40, p. 8.

initiale avait été confirmée en appel⁽¹¹⁾, et le pourvoi introduit par la RTBF devant la Cour de cassation avait été rejeté⁽¹²⁾.

6. Si la Cour européenne des droits de l'homme conclut à l'unanimité qu'il y a eu violation *in casu* de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention, c'est sous l'angle de la prévisibilité de la mesure et non sous celui de la proportionnalité (qu'elle n'examine pas) qu'elle arrive à cette conclusion. Son raisonnement s'organise en trois temps :

– La Cour rappelle d'abord le droit applicable : « en droit belge, la liberté d'expression s'articule, en premier lieu, autour des articles 19 et 25 de la Constitution, qui assurent la liberté d'opinion et la liberté de la presse, en deuxième lieu, autour des articles 1382 et 1383 du Code civil qui sanctionnent les abus de cette liberté, et en troisième lieu autour des articles 18, 19 et 584 du Code judiciaire qui définissent les modalités d'action en vue du respect des droits devant les autorités judiciaires » (§ 107).

– La Cour souligne ensuite que l'article 19 de la Constitution « implique une sanction *a posteriori* des fautes et abus commis à l'occasion de l'exercice de cette liberté » et que « les articles 18, 19, 584 et 1039 du Code judiciaire ainsi que l'article 1382 du Code civil, pris isolément et mêmes combinés avec l'article 144 de la Constitution, sont des textes généraux qui concernent la compétence des tribunaux et qui ne donnent pas de précisions quant au type de restrictions autorisées, leur but, leur durée, leur étendue et le contrôle dont elles pourraient faire l'objet », à telle enseigne que « ces articles ne s'inscrivent pas dans un cadre légal suffisamment précis quant à la délimitation de l'interdiction au sens de l'arrêt *Association Ekin c. France* »⁽¹³⁾ (§ 108) ; en d'autres termes, le cadre légal *sensu stricto* ne présente pas le degré de prévisibilité suffisant requis.

– Serait-il, alors, envisageable de considérer la mesure comme prévisible compte tenu du cadre juris-

prudential, lequel fait partie du cadre légal *sensu lato* ? C'est l'objet du troisième temps de l'analyse de la Cour : soulignant les divergences d'interprétation tant des juridictions judiciaires de base (§§ 111 à 113) que des juridictions suprêmes (§ 110), la Cour conclut à un défaut de prévisibilité : « un contrôle judiciaire de la diffusion des informations par quelque support de presse que ce soit, opéré par le juge des référés, sur la base de la mise en balance des intérêts en conflit et dans le but d'aménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques pour l'application d'une restriction préventive à la liberté d'expression. À défaut d'un tel cadre, cette liberté risque de se trouver menacée par la multiplication des contestations et la divergence des solutions qui seront données par les juges des référés. (...) si des restrictions préalables devaient intervenir dans le domaine de la presse, elles ne pourraient que s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels. En conclusion, la Cour considère que le cadre législatif combiné avec le cadre jurisprudentiel existant en Belgique, tel qu'il a été appliqué à la requérante, ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la Convention et ne lui a pas permis de jouir d'un degré suffisant de protection requise par la prééminence du droit dans une société démocratique. Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention » (§§ 114, 115 et 116).

7. On mentionnera par ailleurs que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme désavoue la Cour de cassation non seulement sur la question de la liberté d'expression, mais aussi sur son processus de fonctionnement : la juridiction européenne conclut en effet également à une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention en ce que le « formalisme excessif » de la haute juridiction a abouti à l'irrecevabilité d'un second moyen de cassation pris par la RTBF⁽¹⁴⁾.

(11) Bruxelles, 22 mars 2002, *A&M*, 2002/5, p. 443, note F. JONGEN ; *Journ. proc.*, 2002, n° 436, p. 26, obs. F. TULKENS, « RTBF ("Au nom de la loi") et erreurs ou fautes médicales – La liberté d'expression comprend aussi le droit de se taire ». Voy. aussi Bruxelles, 21 décembre 2001, *Journ. proc.*, 2002, n° 428, p. 6 ; *J.L.M.B.*, 2002/10, p. 432, note F. JONGEN, « Censure ? » ; *A&M*, 2002/2, p. 180. Par cet arrêt interlocutoire, la cour d'appel de Bruxelles souligne que l'article 25 n'est applicable qu'à la presse écrite, que c'est l'audiovisuel est soumis à l'article 19 de la Constitution, et qu'il existe bel et bien un fondement légal lui permettant d'intervenir à titre préventif (articles 22 de la Constitution, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 584 et 1039 du Code judiciaire).

(12) Cass., 2 juin 2006, *A&M*, 2006/4, p. 355, concl. De Koster ; *J.L.M.B.*, 32/2006, p. 1402, obs. F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la

liberté d'expression, suite et fin ? » ; *Arr. Cass.*, 2006/6-7-8, p. 1297 ; *Juristenkrant*, 2011/230, p. 9 ; *Pas.*, 2006/5-6, p. 1302, concl. De Koster ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/1, p. 75 ; *R.W.*, 2009-10/8, p. 320 (sommaire).

(13) Voy. le paragraphe 58 de l'arrêt de la C.E.D.H., 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*. Le paragraphe précise que « [...] de telles restrictions préalables ne sont pas, *a priori*, incompatibles avec la Convention. Pour autant, elles doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus ».

(14) La Cour de cassation rejette en effet le second moyen développé par la RTBF en établissant que le radiodiffuseur public n'avait pas invoqué l'article 584 du Code judiciaire. Voy. les paragraphes 29 et 35 de l'arrêt de la Cour européenne, ainsi que S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, pp. 648-649, n° 895.



Il se dit que c'est ce grief de violation de l'article 6, plus encore que celui pris de la violation de l'article 10, qui avait conduit l'État belge à introduire une demande de renvoi de la cause devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci fut rejetée⁽¹⁵⁾.

II. Intervention préventive ou intervention répressive ?

8. En matière de liberté d'expression, la distinction entre mesure préventive et mesure répressive semble fondamentale. Pour nombre d'auteurs, en tout cas avant l'arrêt du 29 mars 2011, elle conditionnait, en tout cas pour les médias écrits, la validité de l'intervention du juge : cette intervention serait admissible si elle était répressive, mais inconstitutionnelle si elle se révélait préventive. Or, si la distinction semble aisée de prime abord, l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence démontre que la démarcation ne s'avère pas aussi simple qu'elle n'y paraît, certains l'estimant même chaotique⁽¹⁶⁾. Et l'ordonnance du 29 janvier 2013 vient ajouter à la confusion.

9. Une mesure sera généralement considérée comme préventive si elle intervient préalablement à la publication d'un écrit ou à la diffusion d'une émission télévisée ou radiodiffusée. Cette mesure agit avant qu'une opinion⁽¹⁷⁾ ait été exprimée : or une opi-

nion «est forcément antérieure à toute diffusion»⁽¹⁸⁾. *A contrario*, une mesure répressive opère postérieurement à une telle publication ou diffusion⁽¹⁹⁾.

10. S'appuyant sur les travaux de Jan Velaers, Koen Lemmens propose trois critères pour distinguer ces deux types d'interventions⁽²⁰⁾:

1) *l'impact de la mesure*⁽²¹⁾: alors que la mesure répressive a pour objectif de n'atteindre que les abus de l'exercice de la liberté d'expression, la préventive touche directement cet «exercice (potentiel) licite de la liberté» ;

2) *le moment de l'intervention* : les mesures répressives surviennent lorsque l'abus a eu lieu. En revanche, les mesures préventives «s'appliquent avant que la liberté ne soit (totalement) exercée» ;

3) Enfin, *l'instance de constatation* peut différer. Alors qu'un juge compétent est exigé pour les interventions répressives, tel n'est pas nécessairement le cas pour les interventions préventives qui peuvent, parfois, être exercées par des instances administratives.

11. Le critère temporel de la diffusion réelle permet-il, à lui seul, de distinguer la mesure préventive de la mesure répressive⁽²²⁾? Tel avait en tout cas été l'avis de la Cour de cassation dans l'affaire *Leempoel c. Ciné-Revue*, où le retrait de la vente d'un hebdomadaire avait également été ordonné sur requête unilatérale. Dans un arrêt prononcé le 29 juin 2000, la haute juridiction avait estimé que ne pouvait être qualifié de censure l'ordre de retrait de vente d'une

(15) Décision de rejet du 15 septembre 2011. Ces décisions ne sont ni motivées, ni d'ailleurs publiées.

(16) J. VELAERS, «De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake de vrijheid van de media», in *Mensenrechten – Jaarboek van het interuniversitair centrum mensenrechten*, Anvers, Maklu, 1995-1996, p. 90 ; F. JONGEN, «Le juge est-il un censeur ?», note sous Cass., 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, pp. 1591-1593 ; S. VAN GARSSE, «Het rechterlijk verspreidingsverbod: een kwestie van timing?», *A.J.T.*, 2000-01, p. 567.

(17) Une opinion s'entend comme «une manière de pensée, de juger ; une attitude de l'esprit qui tient pour vraie une assertion», Civ. Bruxelles, réf., 20 juin 1985, inédit.

(18) A. STROWEL et F. TULKENS, «Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité», *Médias et Droit*, recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 8, n° 10 ; F. TULKENS, «La liberté d'expression», in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 828.

(19) R. VAN MELSEN, «La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal :

dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive», *C.D.P.K.*, 2007, p. 142, n° 23. Dans le même sens, S. VAN GARSSE, *op. cit.*, p. 567 et Anvers, 4 novembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 89.

(20) K. LEMMENS, «“Taisez-vous, Elkkabbach !” – L'interdiction de la censure à la lumière des pratiques sociales», *Rev. b. dr. const.*, 2003, p. 383, n° 13. Cette référence est d'application pour l'ensemble du paragraphe.

(21) K. LEMMENS apporte quelques précisions supplémentaires sur le critère de l'impact (*ibidem*, p. 389, n° 21) : «le but visé par les mesures n'importe pas, puisque les interventions préventives comme les interventions répressives visent à prévenir les abus. Ce qui distingue les unes des autres, c'est leur impact : les préventives touchent à la liberté dans sa totalité [...], tandis que les autres se limitent aux seuls abus de la liberté».

(22) Avant l'établissement du critère temporel, «la ligne de démarcation [...] passait par un critère d'objet, étant la nature du média considéré : possibilité d'interdiction ou de suspension de diffusion pour l'audiovisuel, impossibilité pour les médias écrits» (F. JONGEN, «Le juge est-il un censeur ?», *op. cit.*, p. 1592).

publication qui avait déjà commencé à être diffusée⁽²³⁾.

Dans son arrêt *Leempoel Éditions Ciné Télé Revue* du 9 novembre 2006, la Cour européenne des droits de l'homme avait validé l'interprétation de la Cour de cassation, concluant cette fois à la non-violation de l'article 10. Certes, la Cour européenne s'était prononcée sous l'angle de la prévisibilité de la mesure au regard de l'article 10, § 2, de la Convention et non, forcément, au regard de l'interprétation de l'article 25 de la Constitution⁽²⁴⁾. Mais, surtout, précisera-t-elle plus tard dans son arrêt du 29 mars 2011 (§ 109), elle avait jugé l'intervention du juge des référés moins grave puisque, justement, la diffusion avait déjà commencé.

12. Même si rien dans la Constitution ne vient fonder la critère de la diffusion comme déterminant en matière de licéité ou non de l'intervention du juge⁽²⁵⁾, il semble aujourd'hui admis par une majorité de la jurisprudence et de la doctrine, à telle enseigne qu'il est utile d'en préciser les contours.

Faute de précisions législatives ou jurisprudentielles, plusieurs auteurs opèrent un parallèle avec l'une des conditions du délit de presse⁽²⁶⁾, la diffusion de l'écrit litigieux⁽²⁷⁾. La Cour de cassation a en effet exprimé que c'est «par la distribution, fût-elle restreinte, en un certain nombre d'exemplaires et à un cercle de personnes relativement large»⁽²⁸⁾ que la diffusion devient réelle. Dès lors, nul besoin qu'un grand nombre en ait pris connaissance, il faut simplement démontrer qu'ils en ont eu la possibilité⁽²⁹⁾. Pour Renaud Van Melsen, «l'exigence de publicité réelle [...] paraît exclure tout retrait après une durée de diffusion extrêmement courte»⁽³⁰⁾, celle-ci ne devant pas être considérée comme réelle⁽³¹⁾.

13. Le critère de la diffusion suscite toutefois plusieurs critiques⁽³²⁾.

1) Premièrement, il se concilie difficilement avec la procédure en référé, qui, aux termes de l'article 584 du Code judiciaire, requiert l'urgence et le provisoire⁽³³⁾. Agir avant la diffusion réelle, c'est risquer de voir la

(23) Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 420; *Journ. proc.*, 2000, p. 25, note F. TULKENS et A. STROWEL, «L'arrêt *Leempoel et Éditions Ciné Télé Revue*: de l'art de mettre fin à un controverse»; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note F. JONGEN, «Le juge est-il un censeur?»; *A.J.T.*, 2000, p. 581; *Juristenkrant*, 2000, p. 12, note E. BREWAEYS; *R.A. Cass.*, 2001, p. 35, note D. VOORHOOF, «Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af?». Voy. dans le même sens Bruxelles, 31 juillet 2009, *A&M*, 2010/1, p. 86, note K. LEMMENS, «Politie uit de kleren? *Humo* uit de rekken!»; Civ. Gand, réf., 12 février 1999, inédit; Civ. Anvers, 8 février 1999, *A&M*, 1999/3, p. 241, note D. VOORHOOF, «Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux: censure illicite ou mesure nécessaire?»; *A.J.T.*, 1998-1999, p. 789, note D. VOORHOOF, «Boek in verband met zaak Dutroux na kortgeding uit de handel»; *R.W.*, 2001-2002, p. 452; Civ. Arlon, réf., 25 août 1997, *A&M*, 1998/1, p. 48, note D. VOORHOOF, «De beoordeling in kort geding van de spoedeisendheid van een verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift...)»; Civ. Anvers, réf., 19 septembre 1997, *A&M*, 1997/4, p. 408, note D. VOORHOOF; Civ. Liège, réf., 19 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 30; *Journ. proc.*, 1994/272, p. 25, note M. HANOTIAU, «La censure ne pourra jamais être établie»; *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, obs. F. JONGEN, «Le juge des référés, restriction non prévue par la loi?»; Civ. Anvers, réf., 4 juillet 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 84.

(24) C.E.D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel & s.a. Éd. Ciné Revue c. Belgique*, §§ 57 et 89, *J.L.M.B.*, 2007, p. 292, note P. LAMBERT, «L'épilogue de la publication des notes personnelles de la juge d'instruction remises à la commission d'enquête parlementaire, lors de l'affaire Dutroux»; *J.T.*, 2006, p. 789, note N. BONBLED et M. LYS, «L'affaire *Leempoel et Ciné Télé Revue*: le mot de la fin?».

(25) F. JONGEN, «Le juge est-il un censeur?», *op. cit.*, p. 1592.

(26) *Ibidem*; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Anvers, Maklu Uitgevers, 1997, pp. 173 et s., n°s 155 et s., p. 225, n° 211; R. VAN MELSEN, *op. cit.*, pp. 142-143, n° 23.

(27) Outre la publicité de l'opinion, le délit de presse suppose une infraction, un abus dans la manifestation des opinions, et un support écrit. Ces conditions font notamment l'objet d'une analyse par S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, pp. 721 et s., n°s 985 et s.

(28) Cass., 13 avril 1988, *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 1018; *Pas.*, 1988, I, p. 942.

(29) D. DE PRINS, «De burgerlijke rechter en de persvrijheid», *R.W.*, 2000-2001, p. 1449.

(30) R. VAN MELSEN, *op. cit.*, pp. 143, n° 23. Selon l'auteur, la Cour européenne des droits de l'homme soutient une position semblable dans l'arrêt *Éditions Plon c. France* du 18 mai 2004, §§ 38 et 42.

(31) Voy. aussi Civ. Bruxelles, réf., 18 décembre 2007, *A&M*, 2008/6, p. 488. L'ordonnance précise que la communication d'un reportage à la presse n'est pas constitutif d'une communication au public, et donc d'une diffusion réelle, de sorte qu'une interdiction dudit reportage s'analyse comme une mesure préventive.

(32) Voy. notamment D. VOORHOOF et P. VALCKE, *Handboek Mediarecht*, 3^e éd., Larcier, 2011, pp. 82-90 et Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 1260, n° 5.

(33) La condition du provisoire pose aussi problème. Agir en référé, c'est «s'interdire de donner un caractère absolument irréversible qui aurait pour effet de priver de toute utilité le jugement au fond» (S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 627, n° 896). Or interdire ou reporter une émission ou un article portant sur l'actualité (l'information étant un bien consommable) aura inévitablement des conséquences irréversibles et excèdera alors la compétence du juge des référés. Voy. aussi E. BREWAEYS et D. VOORHOOF, «Het rechterlijke uitspraakverbod van een (deel van) een TV-programma en de pers-



demande rejetée parce que considérée comme préventive, et donc inconstitutionnelle. Agir après la publication, c'est potentiellement perdre le caractère urgent et nécessaire de la demande en référé⁽³⁴⁾. À ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à plusieurs reprises qu'il y a «absence de nécessité d'empêcher la divulgation de certaines informations dès lors qu'elles [ont] déjà été rendues publiques [...]»⁽³⁵⁾ ou ont «perdu leur caractère confidentiel [...]»⁽³⁶⁾.

2) Deuxièmement, le choix du critère de la diffusion entraverait le droit de recevoir des informations⁽³⁷⁾. Ainsi, «si l'on peut admettre que l'opinion a reçu sa chance dès lors qu'elle a connu un début de diffusion, peut-on en dire autant du public – présent et à venir – potentiellement intéressé par le propos?»⁽³⁸⁾.

3) Enfin, la distinction fondée sur le commencement de publication s'accommode difficilement des «modalités pratiques qui tiennent au fonction-

nement des différents médias»⁽³⁹⁾. Alors que la presse écrite et son contenu ne sont que rarement annoncés à l'avance, les programmes de radio et de télévision font quant à eux l'objet d'annonces préalables, rendant l'intervention préventive du juge plus aisée dans le second cas que dans le premier⁽⁴⁰⁾.

14. Pour certains auteurs, tous ces débats sont vains⁽⁴¹⁾. Selon eux, les mesures d'interdiction, «même préalables à toute diffusion, constituent par définition des mesures répressives, en tant qu'elles seraient nécessairement postérieures au fait dommageable et se situeraient donc uniquement dans une optique de prévention du dommage et non de l'opinion litigieuse»⁽⁴²⁾. Suivant cette théorie, une interdiction judiciaire de publication ou de diffusion constituerait en réalité une mesure réprimant *a priori* «un abus de liberté qui va être commis»^{(43) (44)}.

en expressievrijheid», *R.G.D.C.*, 1991/3, p. 218, ainsi que Civ. Bruxelles, réf., 30 janvier 2002, *A&M*, 2002/4, p. 368; Civ. Bruxelles, réf., 15 mars 1989, *Journ. proc.*, 1989/147, p. 29, note F. JONGEN (l'ordonnance porte sur la diffusion d'un match de football).

(34) S. VAN GARSSE, *op. cit.*, p. 567; J. VELAERS, «De actuele toepassing [...]», *op. cit.*, p. 87; Bruxelles, 29 avril 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 96; M. HANOTIAU, «La censure de la presse écrite par le juge des référés», note sous Civ. Bruxelles, réf., 5 février 1997, *A&M*, 1997/2, p. 205; Civ. Arlon, réf., 25 août 1997, *A&M*, 1998/1, p. 48, note D. VOORHOOF; Civ. Liège, réf., 16 mai 1997, *A&M*, 2000/1, p. 153; Civ. Liège, réf., 24 mars 1995, *Draux c. RTBF*, inédit; Civ. Liège, réf., 19 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 30; *Journ. proc.*, 1994/272, p. 25, note M. HANOTIAU, «La censure ne pourra jamais être établie»; *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, obs. F. JONGEN; Bruxelles, 29 avril 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 96; Bruxelles, 30 juin 1975, *Pas.*, 1976, II, p. 94; *J.T.*, 1975, p. 534; *Ing.-cons.*, 1975, p. 211.

(35) C.E.D.H., 30 mars 2006, *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.Ş. c. Turquie*, § 81; C.E.D.H., 9 février 1995, *Vereiniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, § 44; C.E.D.H., 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, § 49.

(36) C.E.D.H., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, §§ 66-70; C.E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), §§ 52-56.

(37) Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 1260, n° 5. Voy. aussi D. VOORHOOF et J. BAERT, «Verbod tot het verspreiden van een boek?», note sous Civ. Anvers, réf., 13 octobre 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 1993. Selon ces auteurs, «[h]et passief recht op informatie omvat dus ook het recht om denkbeelden te ontvangen zonder inmenging van de overheid»; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, pp. 636-637, n° 885.

(38) Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 1260, n° 5.

(39) *Ibidem*.

(40) S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 636, n° 885. Q. VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 1268-1269, n° 15. Cet auteur relativise cette critique. Il indique que cet élément n'est plus réellement déterminant compte tenu des pratiques journalistiques qui établissent qu'un journaliste, lorsqu'il porte des critiques sur une personne particulière, en avise

cette dernière, et dans le meilleur des cas, l'invite à y répondre. Voy. en ce sens C.E.D.H., 29 juin 2008, *Flux n° 6 c. Moldavie*, § 29. Cet arrêt semblait obliger les journalistes à contacter les personnes mises en cause dans leur article. Cependant la Cour semble être récemment revenue sur cette obligation (C.E.D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, §§ 118 et s.).

(41) Voy. notamment S. VELU, «Le juge des référés et la liberté d'expression», in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1771, n° 22; B. JADOT, «La radio et la télévision face au juge des référés», *Ann. dr. Louvain*, 1987, pp. 49 et 50, n° 1 et 2; A. BEGASSE DE DHAEM, «Le référé préventif et la liberté d'expression», note sous Civ. Liège, réf., 20 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, p. 1157.

(42) R. VAN MEUSEN, *op. cit.*, pp. 141-142, n° 22. Comme l'auteur le souligne ensuite, une telle vision prend comme critère l'existence d'une opinion, et non pas sa diffusion. La mesure est en effet répressive par rapport à l'existence de cette opinion, mais demeure bien préventive eu égard à la diffusion de cette opinion. Or la liberté d'expression emporte la diffusion.

(43) F. JONGEN, *La police de l'audiovisuel – Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1994, p. 250, n° 270. Voy. dans le même sens, B. JADOT, *op. cit.*, p. 49; S. VELU, «Le juge des référés [...]», *op. cit.*, p. 1772, n° 22; Civ. Charleroi, réf., 24 octobre 1995, *Hainaut Caravaning Center c. RTBF*, inédit, cité par M. KADANER et R. COIRBAY, «Audiovisuel quelques décisions récentes», *A&M*, 1997/2, p. 156, note 12. Le juge souligne que son intervention ne fait qu'«anticiper sur la répression du trouble causé». Les décisions jurisprudentielles soutenant cette théorie s'appuient souvent sur l'article 1382 du Code civil qu'elles couplent aux articles 584 et 1039 du Code judiciaire.

(44) Voy. dans le même sens L. NEELS, «De media in het geding», *T.B.P.*, 1981, p. 387, n° 6; Civ. Charleroi, réf., 17 novembre 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 965; Civ. Liège, réf., 20 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, p. 1147, note A. BEGASSE DE DHAEM, «Le référé préventif et la liberté d'expression».

Sylviane Velu soutient à ce titre que «l'action du juge des référés se situe davantage dans la perspective du régime répressif que dans celle du régime préventif, dès lors qu'elle ne tend pas, comme la censure, à un contrôle de l'exercice même normal de la liberté d'expression, mais à la cessation et, si possible, à la prévention des dommages que l'abus apparent de cette liberté a engendrés ou risque de causer, cette intervention étant décidée au terme d'un examen *prima facie* d'une contestation soumise au juge des référés, et par anticipation du sort qui sera réservé par le juge du fond à l'action dont il est saisi»⁽⁴⁵⁾.

15. Solution simple, trop simple? Pour Paul Martens, «ainsi conçue, la répression se confond avec la censure» et «distinguer la répression préventive de la mesure préalable relève du jeu de mot»⁽⁴⁶⁾. En outre, voir en une telle interdiction une répression *a priori* suppose que le juge chargé de statuer puisse consulter l'article litigieux ou visionner le programme contesté⁽⁴⁷⁾; ce qui, relèvent d'aucuns, s'apparente déjà à une mesure préventive⁽⁴⁸⁾.

16. À l'opposé, un autre courant doctrinal soutient qu'une mesure demeure préventive alors même que la diffusion d'une opinion aurait commencé, notamment quand son objectif est d'interdire la «réitération de l'opinion exprimée»⁽⁴⁹⁾. Cette position maximaliste ne semble toutefois pas étayée par la jurisprudence actuelle: tout au plus peut-on relever que la Cour de cassation n'a pas, dans l'arrêt précité du 29 juin 2000, poussé l'analyse jusque-là. Sans la qualifier de condition nécessaire⁽⁵⁰⁾, l'arrêt précité décide seulement que la diffusion réelle est une condition suffisante⁽⁵¹⁾ pour qualifier une mesure de répressive.

Il n'en reste pas moins vrai, comme l'observe Koen Lemmens, «qu'une mesure répressive (une *sanction*) a comme but, ne serait-ce que partiellement, d'empêcher l'exercice abusif de la liberté en cause à l'avenir. De ce point de vue, on pourrait la considérer comme un détournement de l'interdiction

des mesures préventives. Quoi qu'on en dise, une sanction provoque toujours un effet dissuasif»⁽⁵²⁾.

17. L'ordonnance prononcée le 29 janvier 2013 à l'encontre du *Soir Magazine* amène à approfondir la réflexion. Dans cette affaire, il apparaît en effet que les demandeurs avaient été mis en possession de l'article terminé et prêt à paraître, mais pas encore paru, puisque l'action a été introduite la veille de la parution de l'hebdomadaire. Même si le juge des référés ne se prononce pas explicitement sur la question de la diffusion, on peut présumer qu'il n'ignorait ni la jurisprudence de la Cour de cassation ni celle de la Cour européenne des droits de l'homme et que, par tant, il a considéré que le fait que l'article litigieux soit arrivé entre les mains des demandeurs suffisait à considérer qu'il y avait diffusion et que, même si cette diffusion n'était encore qu'embryonnaire, elle était suffisante.

18. À l'encontre de certains commentaires ou décisions évoqués plus haut (*supra*, 12), il semble donc admis qu'une diffusion très courte et très limitée peut suffire. Et – la solution est à tout le moins implicite – qu'il n'est pas indispensable que cette diffusion se fasse sous la forme finale/normale (il a été considéré ici que l'article était diffusé alors même que le numéro du *Soir Magazine* dans lequel il avait vocation à paraître n'était pas encore mis en vente), ni même que cette diffusion soit l'œuvre de l'auteur ou de l'éditeur (rien ne laissant en effet supposer que ce sont eux qui avaient adressé copie de l'article aux demandeurs).

À dire vrai, il y a sans doute là un autre effet collatéral de la numérisation de tous les documents et de la généralisation de l'usage d'internet. Par le passé, un écrit (tract, journal, livre...) n'était diffusé qu'une fois le texte manuscrit (ou dactylographié) était passé à la typographie, puis à l'imprimerie, puis délivré dans les points de vente: aujourd'hui, dès que le texte est rédigé (le plus souvent sur ordinateur), la possibilité technique existe qu'il soit reproduit à plusieurs exemplaires (ce qui constitue, on s'en souvien-

(45) S. VELU, «Le juge des référés [...]», *op. cit.*, p. 1772, n° 22.

(46) P. MARTENS, «Le contrôle juridictionnel de l'audiovisuel», in *Médias et service public* (sous la dir. de F. JONGEN), Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 248.

(47) F. JONGEN, *La police de l'audiovisuel* [...], *op. cit.*, p. 250, n° 270. Voy. dans un sens identique M. HANOTIAU et M. KADANER, «Le référé dans la presse écrite et dans l'audiovisuel», *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, p. 186.

(48) A. SCHAUS, «Les restrictions à la liberté d'expression opérées par le juge des référés face à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme», *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 168; A. SCHAUS, «Inédits du droit de la presse», *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1154-1155. Voy. aussi Civ. Liège, réf., 14 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 788; Civ.

Bruxelles, 16 juin 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 619, note de J. CEULERS, «Kan de rechter in kort geding preventief ingrijpen in een voorgenomen televisieuitzending?»; Bruxelles, 21 février 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 89.

(49) Courant évoqué par A. STROWEL et F. TULKENS, *op. cit.*, p. 8.

(50) D. DE PRINS, *op. cit.*, p. 1449; R. VAN MELSEN, *op. cit.*, p. 143, n° 23.

(51) *Ibidem*. Dajo De Prins utilise l'expression «vol-doende voorwaarde».

(52) K. LEMMENS, «"Taisez-vous, Elkabbach!" [...], *op. cit.*, pp. 388-389, n° 21. L'auteur se demande si l'on n'a pas surestimé la distinction entre les deux types de mesures.



dra, un des éléments constitutifs du délit de presse) et diffusé, fût-ce à l'insu de l'auteur ou de l'éditeur. Et si les fichiers sonores ou audiovisuels sont, *a priori*, un peu plus volumineux et donc théoriquement plus difficiles à dupliquer et à expédier par internet, nul doute que l'évolution des techniques (de compression notamment) permettra sous peu de les «diffuser» avec la même rapidité.

Dès lors, l'étape de la diffusion – retenue comme critère déterminant de la licéité ou non d'une intervention du juge des référés – pourra être franchie beaucoup plus vite que par le passé, et parfois même sans que les responsables s'en aperçoivent.

III. Vision moniste ou dualiste ?

19. À dire vrai, voici déjà pas mal d'années qu'il est demandé, de plus en plus souvent, au juge des référés d'intervenir à titre préventif dans l'exercice de la liberté d'expression pour interdire ou suspendre *a priori* des publications ou des diffusions. Des litiges qui voient s'affronter des prétentions fondées, selon les cas, sur les articles 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, 19, 22, et 25 de la Constitution, 1382 et suivants du Code civil ou encore 18, 584 et 1039 du Code judiciaire.

Face à ces revendications, deux attitudes sont possibles, qui semblent toucher à l'interprétation des normes mais qui, en réalité porte surtout sur la nécessité éventuelle de leur modification.

A. Courant moniste

20. La première attitude, que l'on pourrait qualifier de légitimiste parce qu'elle vise à refuser tout changement, mais surtout de moniste parce qu'elle n'appréhende la réalité que du seul point de vue des libertés d'expression (liberté générale de l'article 19, liberté spéciale de l'article 25), consiste à invoquer la volonté du Constituant de 1831, présentée comme

univoque, ontologiquement non contestable et, partant, intangible. Univoque parce que les tenants de cette thèse invoquent tout à la fois l'interprétation littérale⁽⁵³⁾ du texte constitutionnel (il est pour eux évident que le mot censure désigne toute intervention préalable quelle qu'elle soit), son interprétation logique (ils invoquent la volonté du constituant de 1831 de protéger les libertés contre toute mesure préalable) et même, si nécessaire, son interprétation téléologique (puisque le constituant voulait protéger la presse de toute mesure préalable, il faut aujourd'hui la protéger de la seule autorité qui est encore en mesure d'imposer une telle mesure préalable, à savoir le juge).

21. On soutient alors qu'aucune forme d'intervention préalable n'est possible (*de lege lata*) ni même souhaitable (*de lege ferenda*), qu'il n'y a aucune raison de changer ce qui avait été décidé voici près de deux siècles et que tant le régime répressif que l'autorégulation de la profession suffiront à contrebalancer les garanties ainsi offertes aux médias (étant entendu que les tenants de cette hypothèse maximaliste sont généralement enclins à n'établir aucune distinction entre les médias écrits, les médias audiovisuels et les médias par internet). Généralement, cette position n'est pas véritablement argumentée autrement que par un raisonnement d'autorité qui évoque quelque peu certains syllogismes de droit naturel, sinon de droit divin : le constituant a voulu qu'il en soit ainsi, et il n'est pas de motifs de changer ce que le constituant a voulu.

On l'aura deviné : les représentants des journalistes et des éditeurs se rangent dans ce camp. Mais ils n'y sont pas seuls, une partie significative de la doctrine et de la jurisprudence (à tout le moins *de lege lata* pour cette dernière, les juges n'ayant que peu vocation à s'exprimer *de lege ferenda*) soutenant également cette façon de voir.

22. Dans la doctrine, nombre d'auteurs considèrent ainsi que l'interdiction constitutionnelle de la censure⁽⁵⁴⁾ pour la presse écrite rend impossible toute

(53) Sur l'interprétation du texte constitutionnel, voy. notamment H. DUMONT et C. HOREVOETS, «L'interprétation des droits constitutionnels», in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED), vol. I, Bruylant, 2011, pp. 147-244.

(54) La censure se traduit non seulement par la possibilité d'organiser des autorisations pour la publication et la diffusion d'écrits, mais aussi par l'interdiction de publication ou de diffusion émanant d'une structure étatique. Voy. à ce titre J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid* [...], *op. cit.*, p. 116, n° 88. L'auteur se réfère au R.P.D.B., v° «Liberté de presse et droit de réponse», n° 16, p. 576, et à O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, t. III,

Liège, Dessain, 1906, 1911, p. 441. L'article 25 rejette la censure et le cautionnement. Lorsqu'on compare cet article à d'autres dispositions de la Constitution, ces autres articles rejettent de manière claire toute mesure préventive (voy. les articles 24, 26, al. 1^{er} et 27 de la Constitution). Faut-il par conséquent limiter l'article 25 aux deux formes de mesures répressives susmentionnées ? Selon Leo Neels, il faut consulter les travaux préparatoires qui précisent clairement que toutes les mesures préventives doivent être interdites. L. NEELS, *op. cit.*, p. 387, n° 6. Voy. aussi D. VOORHOOF, «Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux : censure illicite ou mesure nécessaire ?», note sous Civ. Anvers, réf., 8 février 1999, A&M, 1999/2, p. 241.

intervention préalable du juge des référés⁽⁵⁵⁾. Les décisions jurisprudentielles abondent d'ailleurs en ce sens qui refusent les demandes d'interdiction d'une publication⁽⁵⁶⁾, exposant par exemple qu'«il n'appartient pas au juge de préjuger et de la publication de l'article, qui n'est pas certaine, et du contenu de celui-ci, qui n'est pas connu»⁽⁵⁷⁾. Même lorsque les écrits s'avéraient effectivement contestables, il a été jugé que «le rôle du tribunal n'est pas d'empêcher tout citoyen d'écrire des choses inexactes ou tendancieuses, mission qui constituerait en fait une censure et s'avérerait d'ailleurs pratiquement irréalisable en raison de son ampleur. [...] [Le tribunal] doit s'abstenir de pratiquer une censure préalable; [il] en va *a fortiori*, de même du demandeur qui ne peut exiger qu'un texte, même si celui-ci le concerne, lui soit soumis pour accord préalable»⁽⁵⁸⁾.

23. Délaissant un moment l'interprétation littérale pour ne plus retenir que l'interprétation téléologique de la Constitution, les tenants de ce courant légitimiste invoquent d'ailleurs la similarité des médias écrits et audiovisuels pour conclure que, même si l'interdiction de censure ne vise que la presse

écrite (article 25), l'interdiction de toute mesure préventive prescrite par l'article 19 de la Constitution doit conduire aussi à refuser toute mesure préalable à la diffusion réelle pour un programme audiovisuel. C'est que la demande d'interdiction d'une émission télévisuelle «équivalait [...] à une interdiction pure et simple [...] et est de nature à organiser [...] un régime de censure»⁽⁵⁹⁾. Dans le même sens, il a été jugé que «[d]e Grondwet verbiedt elke preventieve maatregel die erop gericht is of tot gevolg heeft dat bepaalde opinies, omwille van hun inhoud, niet kunnen worden verspreid door middel van communicatiemedia. [...] Als basisprincipe moet voorop gesteld worden dat elke overheidsmaatregel, die verhindert dat bepaalde opinies geuit worden, zoals *in casu* via de televisie, of die verhindert dat bepaalde opinies verspreid worden of door het publiek ontvangen worden, te beschouwen is als preventieve maatregel»⁽⁶⁰⁾.

B. Courant dualiste

24. La deuxième attitude consiste, au contraire, à relativiser la volonté du constituant de 1831 (*de lege*

(55) Voy. entre autres S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, pp. 633 et s., n° 882 et s.; J. VELAERS, «De censuur kan nooit worden ingevoerd» – Over de motieven van het censuurverbod», in *Censures*, actes du colloque du 16 mai 2003, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 13 et s.

(56) Civ. Bruxelles, 20 juin 2011, *A&M*, 2012/5, p. 463; Civ. Anvers, réf., 17 décembre 2009, *A&M*, 2010/3, p. 299; Civ. Anvers, réf., 21 décembre 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 557; *A&M*, 2001/2, p. 271, note; *Juristenkrant*, 2001/22, p. 4; *R.W.*, 2000-01, p. 1460; *Mediaforum*, 2001/3, p. 100, note D. VOORHOOF; Civ. Liège, réf., 12 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 915, obs. de F. JONGEN; Civ. Bruxelles, réf., 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1988, p. 775, obs. de F. JONGEN; Civ. Anvers, réf., 19 septembre 1997, *A&M*, 1997/3, p. 408; Civ. Courtrai, réf., 15 janvier 1997, *A&M*, 1997/2, p. 212; Civ. Bruxelles, réf., 9 janvier 1997, *A&M*, 1997/2, p. 198; Civ. Anvers, réf., 16 mai 1995, *A&M*, 1996/2, p. 166, note D. VOORHOOF, «Beperkingen op de expressievrijheid via de kortgedingrechter: een omsmeden rechtsmiddel»; Civ. Liège, réf., 19 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 30; *Journ. proc.*, 1994/272, p. 25, note de M. HANOTIAU, «La censure ne pourra jamais être établie»; *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, obs. de F. JONGEN; Civ. Anvers, réf., 4 juillet 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 84, note de D. VOORHOOF; Civ. Bruxelles, réf., 22 août 1991, *Journ. proc.*, 1991/199, p. 27, commentaire de F. JONGEN; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 177; Civ. Gand, réf., 30 octobre 1998, *A&M*, 1999/1, p. 101; *A.J.T.*, 1997-98, p. 354; Bruxelles, réf., 21 février 1990, *R.W.*, 1990-1991, col. 89, note de E. BREWAEYS, «Persvrijheid en economische kritiek»; *Consumentenrecht*, 1990/9, p. 459, note de G.L. BALLON, «Optreden van een erbij betrokken onderneming tegen vergelijkende warenonderzoeken voor hun publicatie»; Civ. Malines, réf., 19 décembre 1988, *Pas.*, 1989, III, p. 61; *R.W.*, 1990-1991, p. 94;

Civ. Tongres, réf., 6 octobre 1988, *Limb. Rechtsl.*, 1989, p. 29, note E. MONARD; Civ. Bruxelles, 31 août 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1212; Bruxelles, 25 juin 1969, *J.T.*, 1970, p. 153; Bruxelles, 20 juillet 1967, *J.T.*, 1967, p. 558; Gand, 9 mars 1935, *Pand. pér.*, p. 309, n° 106.

(57) Civ. Liège, réf., 12 janvier 1999, *A&M*, 1999/2, p. 287; Civ. Bruxelles, réf., 22 août 1991, *Journ. proc.*, 1991/199, p. 27, obs. de F. JONGEN; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 177; Civ. Bruxelles, réf., 12 octobre 1990, *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 175; *Journ. proc.*, 1990/181, p. 27, note de F. JONGEN; Civ. Bruxelles, réf., 31 août 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1212; Civ. Liège, réf., 31 août 1988, inédit.

(58) Civ. Bruxelles, réf., 12 octobre 1990, *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 175; *Journ. proc.*, 1990/181, p. 27, note de F. JONGEN. Voy. la jurisprudence européenne qui souligne que la liberté d'expression s'applique aussi pour les idées qui heurtent, choquent et inquiètent la société ou une partie de celle-ci.

(59) Civ. Namur, réf., 27 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1420; Civ. Bruxelles, réf., 4 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 790; *A&M*, 2003/4, p. 308, note de F. JONGEN; Civ. Termonde (tierce opposition), 27 novembre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 87; Civ. Bruxelles, réf., 18 octobre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 82; Civ. Bruxelles, 12 septembre 1994, inédit; Civ. Bruxelles, réf., 8 janvier 1993, inédit; Civ. Bruxelles, 12 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 575; Civ. Bruxelles, réf., 3 mai 1985, *X c. RTBF*, inédit, citée par E. BREWAEYS et D. VOORHOOF, «Het rechterlijke uizenverbod [...]», *op. cit.*, p. 213, note 41; Civ. Bruxelles, réf., 17 novembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 374; Civ. Liège, réf., 4 décembre 1980, *Morelli c. RTBF*, inédit; Civ. Liège, réf., 29 janvier 1979, *Jur. Liège*, 1978-1979, p. 187.

(60) Civ. Bruxelles, réf., 18 octobre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 82; Civ. Anvers, réf., 4 juillet 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 84.



lata), voire à appeler une révision de la Constitution (*de lege ferenda*). Privilégiant une interprétation historique du texte de l'article 25 (et ce même si les travaux préparatoires de 1830-1831 sont muets à cet égard), les tenants de cette conception exposent notamment que l'interdiction constitutionnelle de la censure vise la censure telle qu'elle se concevait sous l'ancien régime ou qu'elle se pratique encore dans les dictatures, c'est-à-dire une institution étatique auxquels sont soumis systématiquement les contenus avant publication ou diffusion, mais pas une intervention judiciaire ponctuelle exercée par un juge indépendant pour trancher un conflit entre personnes revendiquant l'une et l'autre des droits de portée constitutionnelle. Ce courant, qu'on pourrait qualifier de relativiste en ce qu'il tente de remettre en cause le courant légitimiste, se caractérise avant tout par la finalité qu'il poursuit : partant du constat qu'il n'est pas possible de ne tenir compte que de la liberté d'expression sans prendre en considération les autres droits et libertés avec lesquels elle peut entrer en conflit – et c'est en cela qu'on peut le qualifier de dualiste – il tente de proposer une interprétation *de lege lata* qui permette déjà cette balance des intérêts sans attendre une éventuelle révision de la Constitution.

25. Les tenants de cette thèse observent, d'abord, que la réalité doit être appréhendée dans son ensemble, que c'est faire preuve d'angélisme que de soutenir que tous les dérapages des médias peuvent être réglés par un système répressif et insistent sur le fait qu'il est des atteintes à l'honneur et à la réputation, mais aussi des violations de la vie privée, qui ne peuvent être réparées ni par une sanction pénale ni par des dommages et intérêts. C'est d'autant plus le cas en Belgique où le système répressif en matière de presse ne fonctionne plus depuis longtemps compte tenu de sa lourdeur⁽⁶¹⁾ : faute de renvoi des auteurs de délits de presse devant la cour d'assises, il n'y a plus de responsabilité pénale des médias en Belgique, seulement une responsabilité civile.

On fait remarquer ensuite que les médias du début du XXI^e siècle ne sont plus ceux que connais-

sait le Constituant de 1831. L'apparition de nouvelles technologies au cours du siècle écoulé (radio, télévision puis internet, mais aussi l'effet amplificateur des réseaux sociaux) a décuplé la rapidité de propagation et l'impact potentiel de toute information. Par ailleurs, les médias du XXI^e siècle s'inscrivent dans une logique prioritaire de rentabilité financière et de concurrence économique qui, bien plus que la logique de communication d'idées en vigueur au XIX^e et dans la première moitié du XX^e siècle, crée les conditions propices à certains dérapages⁽⁶²⁾, même s'il reste vrai que la Belgique est moins mal lotie, à cet égard, que d'autres états européens : non seulement, on vend un public (et son désormais célèbre temps de cerveau disponible⁽⁶³⁾) à des annonceurs plus qu'on ne délivre un message à des lecteurs/auditeurs/télespectateurs/internautes, mais en plus on cherche à le faire le plus vite possible pour éviter d'être pris de vitesse par un concurrent, quitte à ne plus procéder à toutes les vérifications nécessaires.

Finalement, les tenants de ce courant se montrent eux aussi téléologiques. Ils partent toutefois du principe que le Constituant ne peut avoir voulu protéger seulement la liberté d'expression, mais que son souci était d'assurer une protection équivalente à tous les droits et libertés fût-ce, le cas échéant, contre la liberté d'expression.

26. Même si elles ne l'expriment pas aussi clairement, un certain nombre de décisions de jurisprudence semblent animées de ces constats quand elles tentent, fût-ce parfois presque *contra legem*, de légitimer l'intervention du juge des référés. Plusieurs courants en ce sens se sont ouverts dans le dernier quart du XX^e siècle, et ce n'est sans doute pas un hasard si ce mouvement correspond à l'évolution, rappelée ci-avant, du monde médiatique.

27. Une première brèche dans l'uniformité des décisions jurisprudentielles fut ainsi ouverte par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles de 1975, la cour

(61) Voy. notamment F. TULKENS, «Liberté d'expression, liberté de presse : [...]», *op. cit.*, pp. 23-24 : l'auteur voit certes une forme de solution dans la création du Conseil de déontologie journalistique dont il est membre suppléant, mais on peut ne pas partager son optimisme.

(62) Voy. notamment Civ. Liège, 6^e ch.), 21 septembre 1999, *Brose c. Delège et cts*, *Journ. proc.*, 2000/384, p. 29 ; *A&M*, 2000/1-2, p. 155, obs. de F. JONGEN : «(...) si la presse aime volontiers se qualifier de "quatrième pouvoir" dont la noble mission consiste, notamment, à surveiller les trois autres, et à clouer au pilori les errements réels ou supposés de ceux-ci, il n'est pas superflu de rappeler que cette mission, dont l'utilité n'est évidemment pas contestable, est exercée dans nos pays par des entreprises de caractère commercial pour la plupart et dont la finalité, par ailleurs légitime, est aussi de générer des profits ;

Qu'au demeurant, la presse fait de plus en plus l'objet de regroupements financiers à l'occasion desquels divers capitaines d'industrie peuvent donner toute la mesure de leurs ambitions et de leurs moyens, quelques fois inquiétants ; Que l'importance du tirage conditionne pour une bonne part la rentabilité de ces entreprises ; que ce tirage est lui-même fortement influencé par le caractère sensationnel des nouvelles véhiculées par les journaux».

(63) «(...) pour qu'un message publicitaire soit perçu, il faut que le cerveau du téléspectateur soit disponible. Nos émissions ont pour vocation de le rendre disponible : c'est-à-dire de le divertir, de le détendre pour le préparer entre deux messages. Ce que nous vendons à Coca-Cola, c'est du temps de cerveau humain disponible» (Patrick Le Lay in *Les dirigeants face au changement*, Paris, Éditions du Huitième jour, 2004).

disant pour droit – en matière de presse écrite, et donc en interprétant dans le sens restrictif l'interdiction de censure prescrite par l'article 25 de la Constitution – que «l'atteinte portée à la liberté d'expression ou d'information ne se justifie que dans la mesure où le caractère offensant de l'imputation est évident et si, d'autre part, il est certain que l'interdiction comminée atteindra l'objectif qui lui est assigné»⁽⁶⁴⁾. La réunion de ces deux conditions a légitimé par la suite bon nombre d'ordonnances et de décisions⁽⁶⁵⁾ estimant notamment que ce «serait empêcher le juge des référés [...] de remplir sa mission, que de lui dénier le pouvoir de sanctionner un droit évident»⁽⁶⁶⁾. Dans le même sens, certaines ordonnances soutiennent que «l'intervention du juge par la voie d'une interdiction de publication ne se justifie qu'en raison de la violation flagrante d'un droit»⁽⁶⁷⁾ ou du «caractère éminemment offensant des imputations contenues dans l'écrit»⁽⁶⁸⁾. D'autres encore, tout en rappelant dans

un premier temps l'inconstitutionnalité des mesures préventives, semblent les légitimer lorsque les deux conditions précitées sont réunies⁽⁶⁹⁾.

D'autres décisions ont, de façon tout aussi implicite mais déterminée, considéré que l'interdiction de censure constitutionnelle ne faisait pas obstacle à ce que le juge des référés intervienne en matière de presse écrite en s'appuyant sur l'apparence de droit. Ainsi, le président du tribunal de première instance de Bruxelles a pu dire pour droit que «le juge des référés peut [...] être amené à examiner le fond d'un litige civil afin de vérifier s'il y a une apparence de droit suffisante et s'il y a lieu de prendre des mesures conservatoires destinées à éviter la survenance d'un préjudice difficilement réparable»⁽⁷⁰⁾.

Enfin, certaines décisions et ordonnances partent du constat que la liberté d'expression n'est pas absolue, et face notamment au caractère injuste d'une publication⁽⁷¹⁾, à la protection de la vie privée⁽⁷²⁾,

(64) Bruxelles, 30 juin 1975, *Pas.*, 1976, II, p. 94; *J.T.*, 1975, p. 534; *Ing.-cons.*, 1975, p. 211. Notons qu'il n'était pas question de censure, l'écrit ayant d'ores et déjà fait l'objet d'une diffusion. Cette décision est prise en appel de l'ordonnance rendue par Civ. Bruxelles, réf., 24 avril 1975, *Ing.-cons.*, 1975, p. 215.

(65) Civ. Namur, réf., 11 septembre 2001, *Journ. proc.*, 2001/421, p. 23, obs. de M. PREUMONT; *A&M*, 2001/4, p. 489; Civ. Namur, réf., 9 août 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1182, obs. de F. JONGEN; Anvers, réf., 9 février 1999, *A&M*, 1999/2, p. 147; Civ. Liège, réf., 20 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, p. 1147, note A. BEGASSE DE DHAEM, «Le référé préventif et la liberté d'expression»; *J.L.M.B.*, 1993, p. 1148; Bruxelles, 26 octobre 1989, *R.G.D.C.*, 1991, p. 240; Civ. Tongres, réf., 6 octobre 1988, *Limb. Rechtsl.*, 1989, p. 29; Civ. Bruxelles, réf., 2 septembre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1212; Civ. Anvers, réf., 10 septembre 1985, *R.W.*, 1986-87, col. 809, note E. BREWAEYS, «De grondwettigheid van een gerechtelijke publicatieverbod»; Comm. Bruxelles, réf., 7 février 1984, *J.T.*, 1984, p. 345, obs. L. VAN BUNNEN; Civ. Anvers, réf., 13 octobre 1983, *R.W.*, 1983-84, col. 1991, note D. VOORHOOF et J. BAERT, «Verbod tot het verspreiden van een boek»; Bruxelles, 29 avril 1983, *Pas.*, II, 1983, p. 96; Civ. Bruxelles réf., 28 mars 1983, inédit. Certaines décisions aboutissent à refuser la demande d'interdiction, non pas parce qu'inconstitutionnelle, mais parce que la violation n'est pas suffisamment évidente et certaine. Voy. notamment Civ. Anvers, réf., 14 décembre 1981, *Van Straaten c. Mortier*, et *Van Straaten c. Dupuis*, inédit. Enfin, voy. Bruxelles, réf., 22 mars 2002, *A&M*, 2002/5, p. 443, note de F. JONGEN. Cette ordonnance cite les deux conditions, ajoutant qu'il «faut encore, pour justifier une restriction à la liberté d'expression, démontrer le caractère nécessaire de l'ingérence, laquelle doit correspondre à un "besoin social impérieux", être proportionnée au but légitime poursuivi et reposer sur des motifs pertinents et suffisants».

(66) Civ. Liège, réf., 20 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, p. 1147, note A. BEGASSE DE DHAEM, «Le référé préventif et la liberté d'expression». Dans le même sens,

voy. Civ. Bruxelles, réf., 6 avril 1995, *Journ. proc.*, 1995/284, p. 23, note de M. HANOTIAU, «Audiovisuel, presse et juge des référés: clarté et brouillard».

(67) Comm. Bruxelles, réf., 7 février 1984, *J.T.*, 1984, p. 345, obs. L. VAN BUNNEN. Voy. l'avis du ministère public, réticent face à cette hypothèse: «[j]e me permets d'insister tout particulièrement sur la sévérité avec laquelle il convient d'apprécier [...] l'existence d'une violation flagrante d'un droit pour justifier l'intervention d'un juge par la voie d'une interdiction de publication. Toute appréciation soupe de cette donnée conduirait, en effet à interdire pratiquement l'expression d'opinions sans doute parfois dérangeantes mais sans doute nécessaire»; Civ. Bruxelles, réf., 29 février 2008, *A&M*, 2008/4, p. 327; Bruxelles, 21 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 425; Civ. Bruxelles, 4^e ch., 22 décembre 2000, *A&M*, 2011/2, p. 244; Bruxelles, 18 octobre 1996, *A&M*, 1997/1, p. 85.

(68) Civ. Bruxelles, réf., 2 septembre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1212.

(69) Voy. entre autres Civ. Tongres, réf., 6 octobre 1988, *Limb. Rechtsl.*, 1989, p. 29, note de E. MONARD; Civ. Anvers, réf., 10 septembre 1985, *R.W.*, 1986-87, p. 809, note E. BREWAEYS. Voy. dans ce sens P. MARTENS, «Un juge peut-il être un censeur?», *A&M*, 2003/5, pp. 343-346.

(70) Civ. Bruxelles, réf., 4 février 1991, *Louvigny et s.p.r.l. B.D.R.I. c. De Trazegnies*, inédit. Voy. aussi Civ. Bruxelles, réf., 25 octobre 1989, *Journ. proc.*, 1989/159, p. 30; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 174; Civ. Bruxelles, réf., 16 novembre 1988, *J.L.M.B.*, p. 1443; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 172 (infirmée par Bruxelles, 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611). Sans surprise, cette façon de procéder est contestée par les auteurs qui défendent le caractère absolu et intangible de l'interdit constitutionnel: S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 643, n° 889.

(71) Civ. Nivelles, réf., 28 octobre 1981, *J.T.*, 1982, p. 374.

(72) Civ. Liège, réf., 24 septembre 1982, *Jur. Liège*, 1982, p. 419.



au caractère diffamatoire d'un livre⁽⁷³⁾, aux droits d'autres colocataires⁽⁷⁴⁾, à la protection des droits de la défense⁽⁷⁵⁾, prononcent des interdictions de publication, de diffusion et de communication. Le président du tribunal de Nivelles expose par exemple: «nous sommes compétent pour mettre fin immédiatement à une voie de fait de nature à mettre en danger d'une manière irrégulière les intérêts légitimes du requérant»⁽⁷⁶⁾. Pour son homologue liégeois, «l'action préventive est donc en principe admissible et il ne s'agit pas nécessairement d'attendre que le mal soit fait et d'en exiger réparation»⁽⁷⁷⁾, le juge précisant toutefois qu'«il faut vérifier la gravité de la menace»⁽⁷⁸⁾. De façon plus contestable, un arrêt de la cour d'appel d'Anvers a pu aller jusqu'à donner de l'article 25, § 1^{er}, une interprétation audacieuse afin de légitimer une mesure préventive: pour la Cour, cet article n'est applicable qu'à «la liberté intellectuelle d'approbation, de publication et de diffusion d'une opinion et ne s'étend en aucun cas à la publication et à la diffusion d'une simple information»⁽⁷⁹⁾.

28. Dans l'audiovisuel aussi, les décisions qui légitiment l'intervention préalable du juge des référé-

rés ne manquent pas. Le phénomène s'explique tant par des éléments techniques et juridiques⁽⁸⁰⁾ que par le fait que les émissions de télévision et – sans doute dans une moindre mesure – de radio entraînent des conséquences plus dommageables que l'écrit⁽⁸¹⁾. Comme l'observe Paul Martens, «il semble généralement admis que l'effet du son et de l'image, comparé à celui de l'écrit, qui permet une lecture plus réfléchie et plus critique, est tel que la correction *a posteriori* du droit de réponse ne sera jamais une réparation adéquate et qu'il convient de lui préférer la suspension préalable»⁽⁸²⁾.

29. Reprenant les critères de la violation évidente d'un droit et de la certitude que la mesure atteindra le but qu'on lui a assigné, certains juges admettent les mesures préventives⁽⁸³⁾. La cour d'appel de Bruxelles a par exemple affirmé que «le juge des référés peut prendre une mesure qui s'imposera à un institut public de radio-télévision, dès l'instant où il s'agit d'accorder, d'urgence et à titre provisoire, protection à un droit évident et où il est certain que la mesure ordonnée atteindra l'objectif qui lui est assigné»^{(84) (85)}.

(73) Civ. Gand, réf., 27 octobre 1998, *A&M*, 1999/1, p. 100; *A.J.T.*, 1998-99, p. 354; Civ. Anvers, req. unilat., 13 octobre 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 1991; Civ. Bruxelles, réf., 12 octobre 1990; *Journ. proc.*, 1990/181, p. 27, obs. F. JONGEN; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 175; Bruxelles, 2^e ch., 20 décembre 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 686. La décision précise que «le juge des référés ne contrevient pas [aux articles 14 et 18 de la Constitution, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques] lorsque [...] il prescrit une mesure nécessaire aux fins de prévenir ou de faire cesser une atteinte paraissant portée, fautivement, par la publication d'une œuvre [...] même si cette mesure consiste dans la défense de mettre cette œuvre en circulation dans le public ou de continuer à le faire, ou dans l'injonction d'en supprimer certains passages».

(74) Civ. Liège, réf., 5 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 554.

(75) Civ. Charleroi, réf., 18 mars 1996, *A&M*, 1996/3, p. 339; Civ. Bruxelles, réf., 18 décembre 1990, *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 176.

(76) Civ. Nivelles, réf., 28 octobre 1981, *J.T.*, 1982, p. 374; Civ. Bruxelles, réf., 20 octobre 1982, inédit. Le président du tribunal de première instance de Bruxelles souligne l'existence de ce courant jurisprudentiel et doctrinal, sans pour autant l'appliquer. Voy. encore A. BEGASSE DE DHAEM, *op. cit.*, p. 152. L'auteur distingue nettement les voies de fait et la simple apparence de droit.

(77) Civ. Liège, réf., 14 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 788.

(78) Civ. Liège, réf., 14 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 788. La demande a d'ailleurs finalement été rejetée à défaut pour le juge de pouvoir prononcer une condamnation précise, limitée et proportionnée.

(79) Anvers, réf., 8 février 1999, *A&M*, 1999/2, p. 241, note de D. VOORHOOF, «Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux: censure illicite ou mesure nécessaire?».

(80) P. MARTENS, «Le contrôle juridictionnel [...]», *op. cit.*, p. 247.

(81) A. STROWEL et F. TULKENS, «Liberté d'expression et droits concurrents [...]», *op. cit.*, p. 17, n° 33; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 490; Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 1260, n° 5; Civ. Bruxelles, réf., 13 décembre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 189.

(82) P. MARTENS, «Le contrôle juridictionnel [...]», *op. cit.*, pp. 247-248.

(83) Civ. Bruxelles, réf., 29 février 2008, *A&M*, 2008/4, p. 327; Bruxelles, 18 octobre 1996, *A&M*, 1997/1, p. 83; Civ. Bruxelles, réf., 25 avril 1995, inédit; Civ. Bruxelles, réf., 6 avril 1995, *Journ. proc.*, 1995/284, p. 23, note de M. HANOTIAU, «Audiovisuel, presse et juge des référés: clarté et brouillard»; Civ. Liège, réf., 24 mars 1995, inédit; Civ. Bruxelles, 12 septembre 1994, inédit; Bruxelles, 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 173; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1309; *Journ. proc.*, 1989/159, p. 29.

(84) Bruxelles, 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 173; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1309; *Journ. proc.*, 1989/159, p. 29. Voy. aussi Civ. Bruxelles, réf., 18 décembre 1990, *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 176; Civ. Bruxelles, réf., 25 octobre 1989, *Journ. proc.*, 1989/159, p. 30; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 174.

(85) Voy. aussi Anvers, 7 avril 2003, *A&M*, 2004/1, p. 65. Le sommaire indique que «[p]our pouvoir imposer une mesure restrictive via le juge, la partie demanderesse doit démontrer que cette mesure est nécessaire pour limiter la liberté d'expression en tant que composante d'une société

D'autres ordonnances et décisions n'abordent pas la question de l'éventuelle inconstitutionnalité des mesures préventives pour les médias audiovisuels et acceptent ces mesures pour interdire temporairement la diffusion d'un reportage pour lequel le journaliste n'a pas demandé, contrairement à son engagement, l'accord préalable de l'intervu⁽⁸⁶⁾, pour interdire une entretien coupé après montage⁽⁸⁷⁾, pour interdire des publicités commerciales non autorisées⁽⁸⁸⁾, pour interdire une émission portant préjudice à une personne détenue faisant l'objet d'une enquête judiciaire⁽⁸⁹⁾, pour interdire une émission traitant d'une plainte d'un client⁽⁹⁰⁾, pour interdire la diffusion d'images prises en caméra cachée dès lors qu'elles ne revêtent pas un intérêt prépondérant⁽⁹¹⁾, pour protéger la présomption d'innocence d'une per-

sonne⁽⁹²⁾, pour éviter que des propos diffamatoires portant atteinte à la réputation d'une personne ne soient tenus⁽⁹³⁾, pour protéger le droit à l'image et le droit à la vie privée⁽⁹⁴⁾, pour que les interviewés puissent avoir la possibilité de voir les mini-reportages qui les mettaient en cause et développaient des propos à l'encontre de ce qu'aurait révélé les débats judiciaires⁽⁹⁵⁾, ou encore pour protéger la marque et la réputation d'une entreprise⁽⁹⁶⁾.

Enfin, comme en matière de presse écrite, quelques ordonnances énoncent dans un premier temps que l'interdiction de la censure s'applique à l'audiovisuel et que le mode de réparation instauré par la Constitution est bien répressif, mais admettent ensuite que dans certaines circonstances le juge des référés puisse agir préventivement⁽⁹⁷⁾, notamment

démocratique. Lorsqu'aucun besoin social impérieux impératif justifiant cette mesure n'est démontré, il n'y a pas de raison de limiter la liberté de presse du diffuseur et d'intervenir préventivement contre un abus qui pourrait arriver».

(86) Civ. Bruxelles, réf., 8 novembre 2005, *A&M*, 2007/1-2, 174 ; Civ. Bruxelles, réf., 28 mars 1967, *Pas.*, 1967, III, p. 97.

(87) Civ. Bruxelles, 16 novembre 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1443 ; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 172, réformée non pas sur le principe de l'interdiction de diffusion, mais sur son opportunité par Bruxelles, 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611 ; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 173 ; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1309 ; *Journ. proc.*, 1989/159, p. 29. Voy. aussi Civ. Bruxelles, réf., 13 décembre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 189. A été considérée comme téméraire et vexatoire l'action visant à limiter la liberté d'expression des réalisateurs d'un film, celui-ci n'étant en aucune façon dénigrant pour la demanderesse.

(88) Civ. Liège, réf., 5 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 554 ; Civ. Tournai, réf., 12 novembre 1982, inédit. Voy. aussi les références faites par B. JADOT, *op. cit.*, p. 38, note de bas de page n° 6.

(89) Civ. Bruxelles, réf., 25 octobre 1989, *Journ. proc.*, 1989/159, p. 30 ; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 174.

(90) Civ. Liège, réf., 4 décembre 1980, inédit.

(91) Civ. Bruxelles, réf., 18 décembre 2007, *A&M*, 2008/6, p. 488.

(92) Civ. Bruxelles, réf., 18 décembre 1990, *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 176 ; Civ. Bruxelles, req. unilat., 25 octobre 1989, *Journ. proc.*, 1989/159, p. 31 ; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 174. Comp. Civ. Bruxelles, réf., 29 février 2008, *A&M*, 2008/4, p. 327.

(93) Civ. Bruxelles, req. unilat., 1^{er} juin 1990, *Mediaforum*, 1990/10, p. 106, note de D. VOORHOOF, «Uitzendverbod B.R.T.-programma». Voy. aussi une décision intéressante du tribunal de grande instance de Paris qui enjoint l'éditeur d'insérer un encart dans le livre, soulignant les protestations de la personne incriminée, en l'espèce, le roi des belges. T.G.I. Paris, réf., 18 octobre 2001, *A&M*, 2001/4, p. 493.

(94) Civ. Liège, réf., 20 février 2008, *A&M*, 2008/4, p. 325 ; Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1402 ; Civ. Liège, réf., 14 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 788 ; Bruxelles réf., 22 mars 2002, *Journ. proc.*, 2002/436, p. 26, obs. de F. TULKENS et A. STROWEL, «RTBF (Au nom de la loi) et erreurs ou fautes médicales – La liberté d'expression comprend aussi le droit de se taire» ; Civ. Bruxelles, réf., 15 novembre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 187 ; Civ. Bruxelles, réf., 24 octobre 2001, *Journ. proc.*, 2001/423, p. 20, note F. TULKENS ; *A&M*, 2002/1, p. 86 ; Civ. Bruxelles, réf., 12 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998/18, p. 775, obs. F. JONGEN ; Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710 ; Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998/18, p. 768, obs. F. JONGEN, «De la balance des intérêts à la proportionnalité» ; Civ. Bruxelles, réf., 6 novembre 1996, *Journ. proc.*, 1996/316, p. 26 (le juge souligne que «les articles 19 et 25 de la Constitution ne privent donc pas les tribunaux de l'ordre judiciaire du pouvoir d'ordonner des mesures préventives») ; Civ. Bruxelles, réf., 18 septembre 1996, inédit ; Civ. Bruxelles, réf., 24 avril 1996, *R.G.D.C.*, 1997, p. 135 ; Civ. Bruxelles, réf., 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47 ; Civ. Bruxelles, 3 mai 1995, inédit ; Civ. Bruxelles, réf., 6 avril 1995, *Journ. proc.*, 1995/284, p. 23, note de M. HANOTIAU, «Audiovisuel, presse et juge des référés : clarté et brouillard» ; Civ. Bruxelles, réf., 24 janvier 1995, inédit ; Civ. Bruxelles, réf., 16 novembre 1994, inédit ; Civ. Bruxelles, 16 juin 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 619, note de J. CEULEERS, «Kan de rechter in kort geding preventief ingrijpen in een voorgenomen televisieuitzending?» ; Bruxelles, 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611 ; *Cab. dr. jud.*, 1991/6, p. 173 ; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1309 ; *Journ. proc.*, 1989/159, p. 29 ; Civ. Liège réf., 24 septembre 1982, *Jur. Liège*, 24 septembre 1982, p. 419.

(95) Civ. Charleroi, réf., 17 novembre 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 965 ; Civ. Charleroi, 1^{er} mars 1994, inédit ; Civ. Charleroi, 28 décembre 1993, inédit.

(96) Bruxelles, réf., 15 février 2011, *A&M*, 2011/3, p. 382, note de W. SAKULIN et D. VOORHOOF, «Verbod kortfilm wegens schade aan merk en reputatie McDonald's», p. 387.

(97) Civ. Bruxelles, réf., 25 avril 1995, inédit ; Civ. Bruxelles, 12 septembre 1994, inédit.



lorsqu'un mal irréparable peut être causé par un abus de droit⁽⁹⁸⁾.

30. Il est intéressant de relever que, même après l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 mars 2011, le courant dualiste prenant pour postulat le caractère indispensable de l'intervention du juge des référés continue à s'affirmer, alors même que ledit arrêt aurait pu (dû ?) conduire à un rejet systématique des demandes en ce sens. C'est que, on le verra, cette affirmation reste à ce stade impuissante.

31. Ainsi, dans une ordonnance du 7 septembre 2011⁽⁹⁹⁾, le juge des référés a été amené à statuer à propos d'un reportage intitulé «Sexe et pouvoir – Un cocktail explosif?» dont la diffusion était annoncée dans le cadre de l'émission «Question à la Une» de la RTBF. Le juge avait été saisi par le bourgmestre de la commune de Modave, mis en cause par une ancienne employée de l'entité communale qui l'avait mis directement en cause pour des faits présumés de harcèlement commis à son encontre, faits qui avaient valu au bourgmestre une condamnation en première instance dont il avait interjeté appel. Certes, le bourgmestre avait été interviewé en vue de l'émission, se voyant ainsi offrir la faculté de se défendre directement dans le reportage. Toutefois, craignant que la diffusion ne porte atteinte à son honneur, à sa réputation, à sa vie privée ainsi qu'à sa présomption d'innocence, il avait exigé *in extremis* un droit de regard préalable ainsi que l'opportunité de formuler d'éventuelles remarques et, faute de l'obtenir, avait demandé d'interdire la diffusion dudit reportage.

Le juge des référés raisonne par un syllogisme en trois temps. Premièrement, il rappelle plusieurs attendus de l'arrêt du 29 mars 2011, et notamment le constat fait par la Cour européenne des droits de l'homme de ce que «le cadre législatif combiné avec le cadre jurisprudentiel en Belgique [...] ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la Convention et ne [permet pas] de jouir d'un degré suffisant de protection requise par la prééminence du droit dans une société démocratique».

Mais c'est pour préciser ensuite que «cette absence de cadre légal suffisant à une restriction préalable à la liberté d'expression ne peut raisonnablement aboutir à priver de tout pouvoir de juridiction les tribunaux saisis par une demande tendant à la protection de droits subjectifs garantis également par

la Convention européenne des droits de l'homme». S'appuyant sur les articles 144 et 145 de la Constitution et sur l'article 584 du Code judiciaire, il estime encore qu'«il ne peut être dénié *a priori* au demandeur le droit de saisir la présente juridiction» et que «le juge des référés est compétent pour prévenir une atteinte à un droit civil (article 144 de la Constitution) et peut prendre au provisoire les mesures nécessaires à la conservation des droits subjectifs si des apparences de droit le justifient».

Au final toutefois, le juge déboute le demandeur en indiquant qu'«en l'espèce, vu les restrictions imposées par la Cour européenne des droits de l'homme eu égard au contenu de la demande et au contexte du dossier (notamment la condamnation pénale du demandeur en première instance), la demande sera déclarée non fondée».

32. Quelques mois plus tard, la même juridiction était saisie d'une demande similaire, émanant cette fois de l'unique député du parti populaire⁽¹⁰⁰⁾. L'ordonnance arrive à la même conclusion, à nouveau par un raisonnement en trois étapes mais dont la conclusion est différente. Le juge rappelle d'abord les enseignements de l'arrêt du 29 mars 2011, puis la nécessité de maintenir une possibilité d'intervention pour les «tribunaux saisis par une demande tenant à la protection de droits subjectifs *également* garantis par la Convention»⁽¹⁰¹⁾. Mais au final, si la demande est déclarée non fondée, ce n'est pas eu égard au contenu de la demande et au contexte du dossier, mais tout simplement «à défaut de cadre légal».

Comme si le juge des référés, après avoir souligné de façon encore plus rageuse la nécessité qu'il y aurait à lui conférer des pouvoirs d'intervention⁽¹⁰²⁾, se résignait la mort dans l'âme à constater que le cadre légal pour exercer de tels pouvoirs fait défaut.

IV. Le préventif, impensable ou nécessaire ?

33. Par son arrêt du 29 mars 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a sans nul doute renforcé la liberté d'expression et la liberté de presse en Belgique⁽¹⁰³⁾ : tous les médias et tous les journalistes doivent, en ce sens, une fière chandelle à la RTBF qui a porté le combat à Strasbourg.

(98) Civ. Bruxelles, réf., 12 février 1992, inédit.

(99) Civ. Bruxelles, réf., 7 septembre 2011, cette revue, 2013/3, p. 408

(100) Civ. Bruxelles, réf., 6 juin 2012, à paraître dans cette revue.

(101) Le mot «également» est ajouté, en grasses et en souligné, par le juge.

(102) Voy. F. TULKENS, «Liberté d'expression, liberté de presse [...]», *op. cit.*, p. 19. L'auteur souligne que cette réaction judiciaire, «même isolée et très contestable quant à l'activisme judiciaire qui la caractérise, témoigne de la nécessité, certes controversée, de ne pas laisser l'arrêt RTBF sans suite».

(103) Voy. en ce sens S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 643, n° 889.



Mais par le même arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a, sans le vouloir, affaibli la protection en Belgique de certains droits de la personnalité, au premier rang desquels le droit à l'honneur et à la réputation et le droit au respect de la vie privée et familiale. Or, mettant en balance liberté d'expression et droit au respect de la vie privée, la Cour avait dit à plusieurs reprises que «ces droits méritent a priori un égal respect»⁽¹⁰⁴⁾, renvoyant notamment au point 11 de la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 1165 du 26 juin 1998 sur le droit au respect de la vie privée, «réaffirme l'importance du droit au respect de la vie privée de toute personne, et du droit à la liberté d'expression, en tant que fondements d'une société démocratique. Ces droits ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur»⁽¹⁰⁵⁾.

Ce faisant, la Cour peut sembler privilégier une vision moniste de la seule liberté d'expression sur une vision dualiste qui l'aurait conduite à prendre en considération l'équilibre général des droits et libertés en présence. Tel n'était vraisemblablement pas son intention: elle s'est contentée d'examiner ce qui, en Belgique, tient lieu de loi en la matière et est arrivée à la conclusion que la condition de prévisibilité faisait défaut, évitant par-là même un débat sur la proportionnalité de la mesure qui eût peut-être abouti à des conclusions moins unanimes. Il n'empêche: fût-ce sans le vouloir, la Cour a mis dans une situation de faiblesse ceux qui, à tort ou à raison, se sentent victimes des médias et qui ne peuvent plus, dans l'état actuel du droit, demander à un juge de se prononcer sur la question.

La Cour a également plongé dans l'embarras les juges qui, tout en rappelant que leur devoir est aussi de protéger les autres droits et libertés, constatent qu'ils ne sont plus en mesure de le faire faute d'un cadre légal répondant aux exigences de l'article 10, § 2, de la Convention. Ou qui, pour contourner cette incapacité, sont obligés d'innover dans l'appréciation des notions de préventif et de répressif.

34. On dira, évidemment, que la Cour n'y est pour rien, qu'elle n'a pas à se soucier des conséquences de ses arrêts, et qu'il revient simplement au législateur belge (ou, en l'espèce, au constituant, mais les deux pouvoirs s'identifient depuis si longtemps que la nuance est mince) de modifier les choses pour rendre à nouveau possible cette intervention des juges en l'encadrant strictement. Et on fera observer, non sans raison, qu'un tel cadre clair

serait préférable à l'indétermination dont il a été rendu compte ci-avant et que la Cour européenne des droits de l'homme a, justement, mis en évidence.

Dans l'absolu, c'est vrai. Mais point n'est besoin d'être un observateur aguerri des us et coutumes politiques belges pour conclure que, *rebus sic stantibus*, cette modification constitutionnelle n'est pas près de voir le jour.

Parce que, d'une part, le courage semble faire défaut de façon assez partagée quand il s'agit de prendre une mesure qui risquerait de déplaire aux médias: on craint, non sans raisons parfois, les attaques ou, plus encore, l'écartement des antennes et des colonnes, synonyme supposé d'oubli du public et, partant, de non-réélection.

Parce que, d'autre part, la capacité d'autocritique semble faire tout autant défaut dans les rangs des médias et des journalistes, ici aussi toutes tendances et toutes expressions linguistiques confondues. À telle enseigne qu'on peut prévoir que, si l'un ou l'autre parlementaire se risquait à suggérer d'inscrire dans une déclaration de révision de la Constitution l'article 25, non pas comme de coutume pour étendre le bénéfice de son application aux médias audiovisuels, mais cette fois pour organiser et baliser l'intervention du juge aux fins de protéger d'autres droits et libertés, les unes des quotidiens et des sites internet seraient barrées le lendemain par des grands titres criant à l'intolérable retour de la censure et la menace pesant sur la démocratie.

Rebus sic stantibus? Le courage politique varie selon les émotions de l'électorat. Si, demain, la Belgique connaissait une nouvelle affaire dramatique de grand retentissement à l'occasion duquel un débordement médiatique avéré suscitait, ne fût-ce que de façon passagère, l'apparition d'un sentiment populaire critique à l'égard des médias (un peu à l'image de ce que le Royaume-Uni a traversé en 2011-2012 à l'occasion des révélations sur les écoutes téléphoniques pratiquées par certains *tabloïds*), le rapport de forces pourrait être modifié suffisamment pour que la réforme puisse être proposée et même votée. Pour autant que ce moment de désamour coïncide avec un changement de législature, puisqu'il faudra chaque fois passer par le rituel de déclaration de révision – dissolution des Chambres – élections – vote de l'article révisé.

Pour l'évolution du cadre législatif, on en est là... C'est-à-dire nulle part.

(104) C.E.D.H., 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), § 106. Voy. dans le même sens C.E.D.H. 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, § 41; C.E.D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni* § 111.

(105) Dans un sens contraire, v. notamment Bruxelles, 20 février 1990, *R.W.*, 1990-1991, col. 89, note E. BREWAEYS. L'arrêt considère la liberté de la presse comme la liberté la plus importante.

35. La seule autre solution, ce serait la fronde des juges. À défaut de faire évoluer le cadre législatif, il reste en effet la possibilité de faire évoluer le cadre jurisprudentiel, puisque c'est de la combinaison de ces deux cadres que la Cour conclut, au § 116 de l'arrêt du 29 mars 2011, un défaut de prévisibilité.

Fronde des juges ? Pour que la Cour de cassation soit en mesure de tracer un cadre suffisamment clair, il faudrait qu'elle soit saisie d'un pourvoi contre un arrêt d'appel qui, faisant lui-même suite à une décision de première instance, aurait accepté d'aller à contre-courant des enseignements de l'arrêt du 29 mars 2011. Un arrêt et une décision de première instance qui, à l'instar des deux décisions citées du juge des référés de Bruxelles, souligneraient que

«cette absence de cadre légal suffisant à une restriction préalable à la liberté d'expression ne peut raisonnablement aboutir à priver de tout pouvoir de juridiction les tribunaux saisis par une demande tendant à la protection de droits subjectifs garantis également par la Convention européenne des droits de l'homme», mais qui concluraient ensuite que, dès lors, ils ordonnent la mesure de suspension demandée.

Conclure un article en appelant les juges à désobéir à la Cour européenne des droits de l'homme pour mieux protéger les droits de l'homme parce qu'on ne peut compter sur le politique pour le faire : nous ne vivons peut-être pas une époque moderne, mais en tout cas dans un pays étrange.