

Note

Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux: censure illicite ou mesure nécessaire? (*)

L(in)admissibilité d'une interdiction de diffusion d'un livre fait une nouvelle fois l'objet d'une discussion suite cette fois à un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 8 février 1999. L'arrêt concerne la requête des familles Russo et Lejeune, intimées en appel, contre l'éditeur et la librairie qui ont été jugés responsables de la diffusion d'un livre contenant des données provenant de procès-verbaux de l'instruction de l'affaire Dutroux. Après qu'auparavant le président du tribunal de première instance, siégeant en référé, ait fait droit à la demande le 6 novembre 1998 et interdit la diffusion du livre *De zaak Marc Dutroux* du journaliste hollandais Hans Knoop, cette interdiction vient d'être confirmée en appel. Cet arrêt interprète la portée du principe constitutionnel de la liberté de la presse et de l'interdiction de la censure (art. 25, Constitution) de façon restrictive en jugeant ces garanties constitutionnelles applicables uniquement à l'expression d'avis ou d'opinions, et non à la diffusion d'informations, telles que, en l'espèce, des données provenant du dossier pénal. L'arrêt contient également quelques attendus remarquables concernant la

règle de la responsabilité en cascade et la responsabilité de l'éditeur et du distributeur, le secret de l'instruction, le droit à un procès équitable, le droit à l'image, la protection de la vie privée et le droit à l'information du public.

1. *L'interdiction judiciaire de diffusion d'un livre: censure illicite ou mesure nécessaire dans une société démocratique?*

1.1. L'arrêt du 8 février 1999 contribue à relancer un débat qui a déjà fait couler beaucoup d'encre: celui de la légitimité de l'interdiction de diffusion d'un livre, d'un périodique ou d'un article publié dans la presse, suite à une procédure en référé. Une partie de la doctrine est formelle et très explicite: «Al vermeldt de Grondwet alleen de censeur en de borgstelling, toch is ook elke andere preventieve maatregel bij de uitoefening van de drukpersvrijheid verboden. Aldus moet geacht worden ongrondwettig te zijn (...) een preventief rechterlijk verbod van publicatie of verspreiding van een geschrift door de voorzitter in kort geding» («Bien que la Constitution ne mentionne que la censure et la caution, toutes les autres mesures préventives concernant l'exercice de la liberté de presse sont interdites. Il faut donc considérer comme inconstitutionnelle (...) une interdiction judiciaire préventive de publication ou de diffusion d'un écrit ordonnée par le président siégeant en référé»⁽¹⁾). Un aperçu général des décisions rendues récemment en référé sur des demandes visant à

faire interdire la diffusion d'un livre permet de constater que l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers occupe une place très particulière dans cette matière. La jurisprudence récente pouvait en effet donner l'impression que le juge des référés ne pouvait pas accorder l'interdiction de diffusion d'un livre en raison de son contenu prétendument punissable ou dommageable. Quatre arguments différents étaient essentiellement avancés pour justifier le rejet des demandes d'interdiction de publication ou de diffusion d'un livre.

1.1.a. Dans plusieurs cas, la demande a été considérée comme une forme de censure préventive car le contenu du livre en question n'était pas encore connu du public. Une ordonnance du 12 octobre 1990 rejetait une demande d'interdiction de publication et de diffusion d'un livre concernant Patrick Haemers sur la base, entre autres, de l'attendu suivant: «Attendu 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 insiste également sur le fait «qu'[il] doit s'abstenir de pratiquer une censure préalable; [qu']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 avant sa publication»⁽²⁾.

1.1.b. Dans d'autres cas, la demande a été rejetée parce que le

(*) Cette note a déjà été publiée in *A.J.T.*, 1998-1999, 797-807, sous le titre «Boek in verband met zaak Dutroux na kortgeding uit de handel». Le texte a été réactualisé d'après la plus récente jurisprudence. Pierre Robert, étudiant en formation complémentaire Média et Communication, à l'Université de Gand, s'est chargé de la traduction.

(1) A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1995, nr. 626. La doctrine et la jurisprudence sont cependant divisées concernant cette question: voy. entre autres M. HANOTIAU, «La censure de la presse écrite par le juge des référés», *A&M*, 1997/2, pp. 203-212; F. TULKENS et A. STROWEL, «Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias», in A. STROWEL et F. TULKENS, *Prévention et réparation des*

préjudices causés par les médias, Bruxelles, Larcier, 1998, 69-91; J. VELAERS, «De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake de vrijheid van de media», *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-1996, Anvers/Apeldoorn, éd. Maklu, 1996, 83-109 et D. VOORHOOF, «Beperkingen op de expressievrijheid via de kortgedingrechter: een omstreden rechtsmiddel», *A&M* 1996/2, pp. 168-171.

(2) Civ. Bruxelles (réf.), 12 octobre 1990, *Cab. dr. jud.*, 1991/6, 175. Comp. Civ. Liège (réf.), 31 août 1988, inédit: «Attendu qu'il n'appartient cependant pas à la juridiction 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». Comp. aussi Civ. Liège (réf.), 12 janvier 1999, *A&M* 1999/2, p. 287: «Empêcher aux défendeurs même simplement dans

l'attente d'une décision au fond devenue définitive et irrévocable (ce qui peut d'ailleurs prendre quelques années) de participer de quelque manière que ce soit, à la publication d'un article où serait attribué aux demanderesse un rôle ayant un lien avec les agissements de M... et S... serait assurément exercer une censure sur tout article à paraître, en violation avec le prescrit constitutionnel (de l'article 25 de la Constitution)». Et: «que le juge des référés ne pourrait, pas plus que le juge de fond, ordonner l'interdiction de la publication d'articles faisant allusion aux demanderesse car une telle mesure aboutirait à exercer une censure de la presse, interdite par les dispositions constitutionnelles ou, à tout le moins, à exercer une ingérence prohibée dans l'exercice d'une liberté fondamentale».

contenu du livre était déjà public et qu'en conséquence une interdiction de diffusion ne pouvait avoir aucun effet utile. À l'occasion par exemple de la demande d'interdiction de diffusion du livre *Les pédophiles sont parmi nous*, de Jean Nicolas, le juge des référés a estimé «que, sans même que soit abordée la question de l'évidence du droit, il faut constater qu'en raison de la publicité importante déjà organisée autour du livre litigieux, et de la large diffusion entreprise, l'efficacité de la mesure sollicitée est totalement incertaine»⁽³⁾.

Dans le même sens, une demande d'interdiction de continuer la diffusion du livre *Catwalkers - Vlaamse missen van modellen*, de Kristel Strubbe a été refusée au motif que le livre était déjà disponible dans le commerce depuis un mois et avait connu beaucoup de publicité dans les médias. L'ordonnance du président du tribunal d'Anvers du 19 septembre 1997 contient l'attendu suivant: «Het nu nog uit de handel nemen is niet efficiënt meer, vermits het kwaad al reeds geschied is» («Retirer aujourd'hui le livre du commerce n'aurait plus aucune efficacité, étant donné que le mal a déjà été fait»). Et l'ordonnance de conclure: «De vordering komt daarom niet meer opportuun voor. Eiser kan nog steeds zijn recht op schadevergoeding onverkort doen gelden» («La demande n'apparaît plus opportune. Le demandeur conserve cependant intact son droit à demander une réparation pour le dommage subi»)⁽⁴⁾.

Avant cela, le président du tribunal de première instance de Liège avait déjà, sur la base d'un raisonnement analogue, rejeté, le 19 octobre 1994, la demande visant à faire interdiction de continuer à diffuser le livre *Appelez-moi Elvira... Traite des femmes et réseaux de pédophilie en Belgique francophone. Enquête et témoignages*. Vu la vente et la diffusion déjà donnée au livre, et compte tenu du fait que le livre était déjà présent dans des bibliothèques publiques, il a été décidé de rejeter la

demande: «la diffusion de l'ouvrage en cause ayant déjà atteint une telle ampleur que la poursuite de sa diffusion n'apparaît guère susceptible d'aggraver sensiblement la situation»⁽⁵⁾.

Dans l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 12 février 1999 concernant la demande sur requête unilatérale d'interdiction de diffusion du livre de Regina Louf, *Zwijgen is voor ouders - De getuigenis van X1*, la cour a estimé que la demande ne présentait pas le caractère urgent requis à l'article 584 du Code judiciaire. D'après l'arrêt, «volstreckte noodzakelijkheid [is] alhier niet aangetoond. De publicatie van het boek werd reeds in de zomer van 1998 aangekondigd voor september 1998. Appellanten waren derhalve reeds lang op de hoogte van de intenties van geïntimeerden. Het boek werd begin oktober 1998 onder drukke mediabelangstelling verspreid. Appellanten treden op drie weken na het begin van de verkoop. De vereiste urgentie moet bovendien beoordeeld worden op het ogenblik dat de zaak in beraad wordt genomen. Partijen hebben voor het hof uiteengezet dat op dat ogenblik reeds meer dan één editie was uitverkocht. De ingeroepen schade, zijnde het besmeuren van de naam, de eer en de reputatie door voorgehouden onware verklaringen van eerste geïntimeerde, heeft zich bijgevolg niet volledig, dan toch reeds voor het overgrootste deel voltrokken, zodat evenmin nog efficiënte maatregelen kunnen worden getroffen» («Une urgence absolue n'est pas démontrée en l'espèce. La publication du livre avait déjà été annoncée dans le courant de l'été 1998 pour le mois de septembre 1998. Les appelants étaient par conséquent déjà depuis longtemps au courant des intentions des intimés. Le livre a été distribué début octobre 1998 à grand renfort de publicité dans les médias. Les appelants ont agi trois semaines après le début de la vente. Le caractère urgent doit en outre être jugé au moment où l'affaire est prise en délibéré. Les parties ont exposé à la cour qu'à ce

moment plus d'une édition avait déjà été épuisée. Le dommage invoqué soit la souillure du nom, de l'honneur et de la réputation par des déclarations mensongères de la première intimée, n'est par conséquent pas entièrement, mais en tout cas dans une large mesure déjà réalisé, si bien qu'il serait difficile de prendre des mesures qui soient encore efficaces»⁽⁶⁾.

1.1.c. Une autre jurisprudence a adopté une attitude plus marquée par le principe et a rejeté la demande d'interdiction de diffusion d'un livre en raison de son incompatibilité avec les articles 19 et 25 de la Constitution. Suite à la demande d'interdiction de diffusion (de l'édition en langue néerlandaise) du livre *Les sectes en Belgique et au Luxembourg*, le président du tribunal de première instance d'Anvers a jugé que l'abus de la liberté de presse ne pouvait donner lieu qu'à des sanctions *a posteriori*, si bien que «het gevraagde verbod, onbepakt of tijdelijk, als vorm van preventieve maatregel tot regeling van de persvrijheid, in strijd is met de Grondwet, en dus niet kan opgelegd worden ("nooit" volgens de Grondwet) dus ook niet ter bescherming of voorkoming van ernstig nadeel als gevolg van misbruiken van dit recht» («l'interdiction demandée, qu'elle soit temporaire ou à durée indéterminée, en tant qu'elle constitue une forme de mesure préventive visant à réglementer la liberté de presse, est contraire à la Constitution, et ne peut donc être accordée ("jamais", d'après la Constitution) même s'il s'agit de protéger ou de prévenir un dommage sérieux qui serait la conséquence d'un abus de ce droit»). L'ordonnance poursuit en expliquant que le constituant a estimé que la liberté de la presse constituait l'un des éléments fondamentaux de la liberté d'expression, et l'a entourée de garanties particulières, «zoals het verbod van censuur, dat zich ook opdringt aan de rechter» («telle que l'interdiction de la censure, qui s'impose aussi au juge»⁽⁷⁾.

(3) Civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, A&M 1998/1, p. 48, note D. VOORHOOF.

(4) Civ. Anvers (réf.), 19 septembre 1997, A&M 1997/4, p. 408, note D. VOORHOOF.

(5) Civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994,

J.T., 1995, p. 30 et *Journ. proc.*, 1994, n° 272, 25.

(6) Civ. Gand (réf.), 12 février 1999, inédit, Louf et Poupaert c. Louf, Editions Houtekiet et Editions Fontein.

(7) Civ. Anvers (réf.), 4 juillet 1994, A.J.T., 1994-1995, 84. Voy. également

D. VOORHOOF, «De beoordeling in kort geding van de spoedeisendheid van een verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift...)», note sous Civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, A&M, 1998/1, pp. 49-51.

Dans l'ordonnance rendue par le président du tribunal de Gand le 30 octobre 1998 sur tierce opposition suite à la requête en interdiction de diffusion du livre déjà mentionné de Regina Louf, *Zwijgen is voor daders - De getuigenis van XI*, l'inconstitutionnalité de la mesure a aussi été avancée comme argument décisif. Après que, sur requête unilatérale, il ait été fait interdiction «de continuer à distribuer ou à faire distribuer ce livre dans les librairies»⁽⁸⁾, le juge, saisi par la tierce opposition, a estimé qu'une telle mesure était contraire à l'article 25 de la Constitution. D'après cette ordonnance, la préoccupation principale de la Constitution est d'exclure les ingérences préventives de l'autorité: «De Grondwet laat niet toe dat preventief wordt opgetreden tegen mogelijke misbruiken of wetsinbreuken: alleen achteraf (*a posteriori*, repressief) kan strafrechtelijk of civielrechtelijk worden opgetreden en is sanctionering mogelijk. Dit is de afweging en de constructie die in de Grondwet vervat zit vanuit de finaliteit van de bescherming van het fundamenteel grondrecht van de pers- en expressievrijheid?» («La Constitution n'autorise pas d'action préventive contre les possibles abus ou violations de la loi: ce n'est qu'après (*a posteriori*, de façon répressive) qu'une intervention pénale ou civile éventuellement assortie d'une sanction est possible. Telle est la conception qui est inscrite dans la Constitution afin de protéger le droit constitutionnel fondamental qu'est la liberté de presse et d'expression»). L'ordonnance explicite et étaye ce point de vue de la façon suivante: «Waar de Grondwet aan de overheid (waartoe de rechterlijke macht behoort) het treffen van elke preventieve maatregel verbiedt die erop gericht is of tot gevolg heeft dat bepaalde opinies, omwille van hun inhoud, niet kunnen worden verspreid, geldt dit onmiskenbaar en principieel voor de kort gedingrechter: de rechter, *a fortiori* de kort gedingrechter, is door

de Grondwet gebonden» («Si la Constitution interdit à l'autorité (à laquelle appartient le pouvoir judiciaire) de prendre quelque mesure préventive que ce soit qui serait basée sur le fait que ou aurait comme conséquence que certaines opinions, en raison de leur contenu, ne pourraient être diffusées, ce principe vaut incontestablement pour le juge des référés: le juge, *a fortiori* le juge des référés, est tenu par la Constitution»). L'ordonnance en arrive à la conclusion suivante: «Waar de Grondwet het treffen van de gevorderde maatregelen aan de (kort geding)rechter ontzegt, dient hij, alvorens op enige wijze te oordelen over zowel de toelaatbaarheid, de ontvankelijkheid als de gegrondheid, vast te stellen dat hij niet bevoegd is om van die vordering kennis te nemen» («si la Constitution interdit au juge (des référés) de prendre les mesures sollicitées, il doit, avant de juger de quelque manière que ce soit tant sur l'admissibilité, la recevabilité, que sur le fondement, constater qu'il est incompétent pour connaître de cette demande»)⁽⁹⁾.

1.1.d. Enfin, il est exceptionnellement tenu compte dans certaines ordonnances rendues en référé de l'article 10 de la C.E.D.H. qui garantit la liberté d'expression dans le cadre de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans l'ordonnance du 19 octobre 1994, suite à la demande d'interdiction de diffusion du livre *Appelez-moi Elvira*, l'incompatibilité d'une telle mesure avec l'article 10 de la C.E.D.H. a été soulevée. Plus précisément, il a été avancé qu'une telle forme d'intervention de l'autorité par rapport à la liberté d'expression ne pouvait pas être considérée comme «prévue par la loi». L'ordonnance considère «que l'article 584 du Code judiciaire ne constitue pas la «loi» exigée par la Convention européenne, d'une part parce qu'il constitue une loi générale de compétence et non une loi de fond et d'autre part, parce que son

contenu ne correspond pas aux critères de qualité exigés par la Cour européenne. Que l'article 1382 du Code civil ne correspond pas davantage à ces critères: que d'ailleurs, cette disposition vise à réparer mais non à empêcher (...). Que le président siégeant en référé ne peut dès lors, sans violer l'article 10 de la Convention européenne, interdire l'exercice de la liberté de presse sur la base de l'article 584 du Code judiciaire»⁽¹⁰⁾. Suivant ce raisonnement, la demande d'interdiction de diffusion d'un livre par le juge des référés est quoi qu'il en soit contraire à l'article 10 de la C.E.D.H. parce que l'article 584 du Code judiciaire ne constitue pas une base légale suffisante pour une telle ingérence de l'autorité dans la liberté d'expression⁽¹¹⁾.

1.2. L'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 8 février 1999 développe cependant une tout autre argumentation. En essence, le raisonnement de la cour est le suivant: la garantie constitutionnelle de la liberté de presse et l'interdiction de censure qui lui est liée tel que cela ressort de l'article 25, § 1^{er} de la Constitution 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».

1.2.a. La cour déduit cette position de la jurisprudence de la Cour de cassation «dans laquelle une interprétation restrictive est donnée au concept de «délict de presse», avec comme élément constitutif essentiel l'«expression d'une opinion délictueuse», qu'il convient de bien différencier de toutes les formes de délits d'imprimerie». L'arrêt ajoute que «la publication et la diffusion d'informations fausses, secrètes ou interdites par la loi ne constitue pas un abus de la liberté d'expression et n'est par conséquent pas un «délict de presse», et ne tombe logiquement pas sous la protection constitutionnelle de l'article 25 de la Constitution, dont les trois principes sont absolument indissociables»⁽¹²⁾. Parce

(8) Civ. Gand (req. unil.), 27 octobre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, 354 et *A&M*, 1999/1, p. 100.

(9) Civ. Gand (réf.), 30 octobre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, 354 et *A&M*, 1999/1, p. 101.

(10) Civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994,

J.T. 1995, p. 30 et *Journ. proc.*, 1994, n° 272, 25. Pour une tout autre approche, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 30 juin 1997, in A. STROWEL et F. TULKENS, *op. cit.*, 214.

(11) Voy. également D. VOORHOOF, «Artikel, 10 E.V.R.M. en de vrijheid van de media», *Jaarboek Mensenrechten*

1995-1996, Anvers/Apeldoorn, éd. Maklu, 1996, 111-143.

(12) Il s'agit de l'interdiction de toute mesure préventive, de la responsabilité en cascade et de la compétence exclusive de la cour d'assises en matière de délits de presse.

que le chapitre incriminé par les demandeurs consiste seulement, d'après la cour, en des informations et des renseignements provenant de documents secrets, l'éditeur ne peut faire appel à l'article 25 de la Constitution qui énonce que «la presse est libre, la censure ne pourra jamais être rétablie (...)». Puisqu'il est jugé qu'à l'égard des faits cités l'article 25 de la Constitution ne peut pas s'appliquer, la question de savoir si une injonction du juge des référés concernant la diffusion d'un livre constitue oui ou non une mesure de censure inconstitutionnelle reste sans réponse⁽¹³⁾.

D'après une jurisprudence constante, la qualification de délit de presse telle que prévue à l'article 150 de la Constitution doit en effet être interprétée étroitement dans le sens d'une expression délictueuse et publique d'un avis ou d'une opinion⁽¹⁴⁾. En même temps, la règle de la responsabilité en cascade visée à l'article 25, § 2 de la Constitution ne trouve, selon une jurisprudence constante, à s'appliquer qu'en cas de poursuite pénale d'un délit de presse ou en cas de responsabilité civile quasi délictuelle pour des faits qui doivent être qualifiés de délit de presse⁽¹⁵⁾. L'arrêt du 8 février 1999 y ajoute une «nouveau»: le principe de la liberté de presse et d'interdiction de la censure ne trouve à s'appliquer que dans le strict cadre des délits de presse, ce qui implique que la liberté de presse et l'interdiction de la censure ne valent que pour les avis et les opinions et non pour les informations. Ce faisant, la garantie constitutionnelle de protection de la liberté de presse est encore

plus limitée et voit son champ d'application significativement rétréci, ce qui contribue à l'érosion des garanties constitutionnelles en matière de liberté de presse⁽¹⁶⁾. L'arrêt correspond à une approche totalement archaïque de la liberté d'expression, qui réserve les garanties constitutionnelles uniquement aux opinions et aux avis délicteux, ce qui est tout à fait contraire à l'évolution de la société en cette matière. Il faut en effet constater qu'une évolution s'est fait jour concernant la liberté d'expression, passant de la liberté d'expression de pensées rationnelles (avis) à la liberté d'expression d'avis mais aussi de données de fait (information)⁽¹⁷⁾. Cette évolution conduit à ce que la liberté et le droit de diffuser et de recevoir des informations équivalent à ou soient considérés comme un moyen nécessaire à la réalisation de la liberté d'expression et d'opinion. Au seuil de ce qui s'annonce comme la société de l'information et dans le cadre du besoin d'un *free flow of information*, la jurisprudence belge opte, en 1999, pour la non-application des garanties constitutionnelles à la publication et à la diffusion d'informations ou de faits. La Constitution belge n'offre de protection qu'à la publication et à la diffusion d'avis et d'opinions, pour autant qu'ils soient rendus publics via la presse écrite, car des médias plus «modernes», tels que la radio et la télévision ne peuvent pas bénéficier de la garantie constitutionnelle spécifique des articles 25 et 150 de la Constitution. En partant de ce constat, il est urgent d'opter pour une reformulation et une actualisation de la protection constitutionnelle de la

liberté de presse en Belgique⁽¹⁸⁾. Comme Jan Ceuleers a écrit récemment: «Het Belgisch "persrecht" (het woord alleen al), dat wortelt in de liberale revolutionaire tijdsgeest van de 18de en de 19de eeuw, is in de loop van de decennia een weliswaar merkwaardig, maar aan de vooravond van de 21ste eeuw verouderd fenomeen geworden, een museumstuk haast, onaangepast aan de hedendaagse communicatietechnieken en -opvattingen» («Le droit belge de la presse» [l'expression même]), qui trouve ses origines dans l'esprit de l'époque libérale révolutionnaire des XVIII^e et XIX^e siècles, est devenu au courant des décennies un phénomène sans doute remarquable mais néanmoins à l'aube du XXI^e siècle, presque une pièce de musée, inadaptée aux techniques et aux conceptions actuelles de la communication»⁽¹⁹⁾.

Au même moment, le fossé se creuse entre d'une part la construction constitutionnelle de garantie de la liberté de presse et de la liberté d'expression telles que consacrées aux articles 19, 25 et 150 de la Constitution et d'autre part l'article 10 de la C.E.D.H. Premièrement, l'article 10 protège non seulement les avis, les pensées ou les opinions, mais garantit également la liberté de recevoir et de transmettre des informations, sans ingérence de l'autorité. Deuxièmement, l'article 10 de la C.E.D.H. n'opte pas pour des garanties spécifiques de forme ou de procédure, mais pose une triple condition à toute ingérence de l'autorité, la condition principale étant que l'ingérence ou la limitation doit être nécessaire dans une

(13) Il convient de remarquer que la cour ne veut pas seulement s'appuyer sur ce raisonnement et dans le considérant 8.1.3. explique encore pourquoi la demande d'interdiction de diffusion ne doit pas être considérée comme une mesure préventive inconstitutionnelle. La cour pose «qu'une interdiction de diffusion alors que la publication a déjà joui d'une diffusion réelle – ce qui, comme mentionné ci-dessus est bien le cas – ne constitue pas une mesure préventive interdite, mais une mesure répressive conforme au droit.» Il est clair que ce faisant, la garantie constitutionnelle en matière d'interdiction de mesures préventives s'amenuise et perd de sa signification, étant donné que la mesure provisoire demandée au juge des référés pourra presque toujours être

considérée comme une «mesure répressive conforme au droit».

(14) D. VOORHOOF, «Drukpersmisdrijven en de bevoegdheid van het hof van assisen», note sous Cass. 7 février 1995, *A.J.T.*, 1995-1996; 249-250.

(15) Cass., 31 mai 1996, *Rec. cass.*, 1996, 389.

(16) Voy. également D. VOORHOOF, «Van pers- en uitingsvrijheid naar communicatievrijheid», in E. BREWAEYS, S. DESMET, J. OPDEBEECK, F. VOETS et D. VOORHOOF, *Persvrijheid, omroeprecht en nieuwe media*, Anvers, Kluwer, *Tegenspraak*, cahier 3, 1987, 143-1940.

(17) Voy. article 10 de la C.E.D.H. et article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

(18) Voy. également D. VOORHOOF, «De doorwerking van publiekrechtelijke beginselen in de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor informatie via (multi-media)», in X., *Publiekrecht - De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, cycle postuniversitaire Willy Delva 1996-1997, Gand, Mys & Breesch, 1997, 485-523.

(19) J. CEULEERS, «Voor een modernisering van het persrecht», *T.B.P.*, 1998, 165-169.

société démocratique, ce qui veut dire, *in concreto*, qu'elle doit répondre à «un besoin social impérieux». Troisièmement, l'article 10 de la C.E.D.H. vaut pour toutes les formes de réception et de diffusion d'informations et de pensées, quel que soit le canal de diffusion, qu'il s'agisse de la presse écrite, de la radio ou de la télévision, là où la Constitution belge ne prévoit des garanties spécifiques que pour la seule presse écrite. Il faut également constater que la Constitution belge est concernée de façon moins directe par d'autres dispositions inscrites dans des traités qui garantissent la liberté d'expression et d'information. L'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques pose de façon explicite que la liberté d'expression et d'information contient le droit de «rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix». Le système de limitation prévu à l'article 19, § 3 du Pacte présente une grande similitude avec celui de l'article 10, § 2 de la C.E.D.H.

Cette constatation implique que moins la Constitution belge offre de protection à la liberté d'information, plus la protection accordée par les dispositions des traités internationaux, en particulier l'article 10 de la C.E.D.H. est importante. Plus l'interprétation donnée à l'article 25 de la Constitution est étroite, plus l'importance de l'article 10 de la C.E.D.H. augmente pour le juge belge, vu l'effet direct de la Convention européenne dans l'ordre juridique belge⁽²⁰⁾. La question cruciale de la conformité de l'interdiction de diffusion du livre litigieux à l'article 10 de la C.E.D.H. est aussi posée dans l'arrêt du 8 février 1999.

1.2.b. D'après l'arrêt, l'interdiction de diffusion répond aux trois

conditions de l'article 10, § 2 de la C.E.D.H.

Tout d'abord, l'ingérence de l'autorité que représente la demande s'appuie sur une disposition légale et est donc «prévue par la loi». La demande d'interdiction de diffusion d'un livre trouve une base légale dans le secret de l'instruction qui, depuis le 2 octobre 1998, est prévu explicitement par la loi. L'article 57, § 1^{er} du Code de procédure pénale dispose «Sans préjudice des exceptions prévues par la loi, l'instruction est secrète»⁽²¹⁾.

Deuxièmement, cette disposition légale vise la protection d'une ou plusieurs des valeurs énumérées à l'article 10, § 2 de la C.E.D.H. L'arrêt considère «que cette règle de droit est "nécessaire" dans notre ordre juridique pour le bon déroulement de l'enquête même, afin d'arriver à la vérité, pour la protection des droits d'autrui, tels que le droit à la vie privée et familiale et le droit à un procès équitable pour toutes les parties au procès et pour prévenir un procès dans les médias, procès qui pourrait compromettre l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, auquel le jury populaire de la cour d'assises appartient». L'arrêt estime aussi que la règle fondamentale du caractère secret de l'instruction impose une limitation nécessaire au droit au compte rendu judiciaire et répond en cela au but de limitation exigé et «est basé sur un tout consistant et équilibré avec dans la règle une liberté suffisamment large pour un compte rendu judiciaire qui soit raisonnable et effectif.»

Troisièmement, la cour établit également pourquoi dans le cas concret une interdiction de diffusion du livre litigieux est dans les circonstances actuelles «nécessaire dans une société démocratique». La cour estime que les parties demanderesse démontrent qu'en cas de publication des informations contenues dans le procès-verbal,

elles seraient, en tant que parties civiles dans le futur procès pénal «potentiellement sérieusement menacées dans leurs droits de la défense et dans leurs garanties quant à l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire». La cour se limite à cet attendu, bien qu'une motivation supplémentaire n'aurait certainement pas été superflue. Il est en effet légitime de se demander pourquoi la publication des documents serait susceptible de nuire aux droits des parties civiles dans le procès de Marc Dutroux et en quoi elle compromettrait la garantie d'impartialité du jury. En outre, cet attendu implique une position équivoque qui soulève la question de savoir si après l'information surabondante et détaillée dans les différents médias concernant l'affaire des enfants enlevés et assassinés, les prévenus peuvent encore avoir la moindre chance d'un procès équitable avec la garantie du respect des droits de la défense et de l'impartialité du pouvoir judiciaire. Si la publication de données provenant de divers procès-verbaux d'un dossier pénal est de nature à porter atteinte aux droits des parties civiles, la question est d'autant plus pressante de savoir si après la très large information et une série de fuites concernant cette affaire, les prévenus peuvent encore avoir la moindre chance d'un procès équitable. L'affirmation de l'arrêt du 8 février 1999 que le fait que le droit à un procès équitable dans le chef des parties civiles puisse être compromis constitue une base suffisante pour interdire la diffusion d'un livre est une affirmation qui pourrait être reprise par les accusés dans le procès pénal à venir...⁽²²⁾. Il ressort de la jurisprudence de la Commission européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme que l'information publiée préalablement dans les médias concernant une affaire judiciaire peut uniquement dans des circonstances très exceptionnelles

(20) Voy. entre autres J. VANDE LANOTTE, *Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens in hoofdpijnen*, deel 1. Algemene beginselen, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1996, 293 p.

(21) Il faut remarquer que cet arrêt ne se pose pas la question de savoir si l'interdiction de diffusion, en tant

qu'ingérence de l'autorité, trouve une base suffisante dans le droit belge (art. 584, C. jud. et 1382, C. civ.), alors qu'une tendance de la jurisprudence et la doctrine récentes est négative à ce sujet (cf. *supra*, 1.1.d.).

(22) Concernant cette problématique, voy. aussi J. VELU, «Beschouwingen over de Europese regelgeving inzake

betrekkingen tussen gerecht en pers», *R.W.*, 1995-1996, pp. 273-308; *ibid.*, «Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse», *J.T.*, 1995, pp. 577-586 (1^{re} partie) et 593-609 (2^e partie). Voy. également Cour E.D.H., 10 février 1995, *Alenet de Ribemont*, vol. 308, §§ 38-41 et Cour E.D.H., 29 août 1997, *Worm*, §§ 53-59.

constituer une violation du droit à un procès équitable⁽²³⁾. L'interdiction préalable de publication ou de diffusion d'une information déterminée parce qu'elle pourrait «potentiellement» menacer les droits d'autrui ou le droit à un procès équitable est une mesure qui s'accorde difficilement avec l'article 10 de la Convention⁽²⁴⁾.

Il ne s'agit cependant pas du seul argument développé par la cour. L'arrêt trouve un argument supplémentaire dans le fait que les fuites qui émanent du dossier pénal peuvent nuire au droit à la vie privée et familiale des demandeurs «par la transcription textuelle superflue, exposée de façon détaillée et extensive, de l'agonie de leurs enfants et la mention de la commission préalable du délit prévu à l'article 378bis du Code pénal»⁽²⁵⁾. Ce besoin de protection de la vie privée est contraignant d'après l'arrêt, vu qu'il n'est pas exclu qu'une partie des débats se déroule à huis clos. C'est pourquoi la cour estime inacceptable de publier maintenant des faits qui enlèveraient leur raison d'être à de possibles limitations imposées dans le courant du procès aux comptes rendus judiciaires⁽²⁶⁾.

1.2.c. En ce qui concerne l'application de l'article 10 de la Convention

(23) Voir Comm. E.D.H., 15 octobre 1980, *G. Jespers c. Belgique*, Appl. 8403/78, *D&R*, 1986 (49), 86; Comm. E.D.H., 6 mars 1991, *M. Berns et J. Ewert c. Luxembourg*, Appl. 13251/87, *D&R*, 1991 (68), 137; Comm. E.D.H., 21 octobre 1993, *A. Baragiola c. Suisse*, Appl. 17265/90, *D&R*, 1993 (75), 76; Comm. E.D.H., 2 mars 1994, *U.R.P. c. Autriche*, Appl. 18640/91 et 19574/92, inédit; Comm. E.D.H., 5 avril 1995, *Trober c. Norvège*, Appl. 21863/93, inédit et Comm. E.D.H., 6 septembre 1995, *H. Simonian c. Allemagne*, Appl. 24274/94, inédit; Cour E.D.H., 10 février 1995, *Allenet de Ribemont*, vol. 308, §§ 38-41 et Cour E.D.H., 27 août 1997, *Worm*, §§ 53-59.

(24) Cour E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times* n° 1, vol. 30, §§ 58-68.

(25) Il s'agit de délits cités au chapitre V, titre VII du livre II du Code pénal, c'est-à-dire attentat à la pudeur et viol.

(26) Notez que d'un côté la protection de la vie privée et familiale des parties civiles est invoquée pour légitimer l'interdiction de publication de faits détaillés concernant l'agonie des

européenne des droits de l'homme, l'arrêt du 8 février 1999 est en porte-à-faux avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il ne rentre pas dans le cadre de cette note de dégager de façon extensive les lignes de force de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 10 de la C.E.D.H.⁽²⁷⁾. Il est surtout important de noter que la Cour européenne des droits de l'homme a des exigences particulièrement élevées quant à l'interdiction de diffusion d'un article, d'une revue ou d'un livre car une telle mesure doit être considérée comme une forme d'ingérence préventive de l'autorité, une forme de *prior restraint*, de «censure préalable». Bien que l'article 10 de la C.E.D.H. n'exclue pas la possibilité d'une intervention préventive de l'autorité, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que ces formes d'interventions préventives de l'autorité sont soumises à des exigences particulièrement strictes. C'est ainsi que la Cour a montré que «the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most carefully scrutiny on the part of the Court. This is especially the case as far as the press is concerned, for news as perishable commodity and to delay its

enfants, mais que d'un autre côté cette interdiction ne vaut que jusqu'à ce que l'instance à laquelle les parties Russo-Lejeune interviennent comme partie civile se termine. Il y a là une contradiction, car le besoin de protection de la vie privée ne cesse pas au moment où un jugement final intervient dans un procès. Voy. également Cour E.D.H., 25 février 1997, *Z.c. Finlande*, §§ 94-101.

(27) Voy. à ce sujet D. VOORHOOF, «De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van de E.C.R.M. en het E.H.R.M. betreffende artikel 10 E.V.R.M. (1958-1994)», *Mediaforum*, 1994/11-12, 116-124, et «Het Europese "First Amendment". De vrijheid van expressie en van informatie en de rechtspraak van het E.H.R.M. betreffende artikel 10 E.V.R.M. (1994-1995)», *Mediaforum* 1995/11-12, 128-137. Pour une analyse approfondie, voy. M. BULLINGER, «Freedom of expression and information: an essential element of democracy», *H.R.L.J.*, 1985, 339-384; A. LESTER, «Freedom of expression», in E. St. J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*,

publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest»⁽²⁸⁾.

La nécessité d'une interdiction (temporaire) de diffusion d'un livre concernant l'affaire Dutroux doit être jugée dans cette optique, compte tenu également du fait que cette affaire est un sujet d'intérêt public, et également un dossier qui a troublé et continue de troubler l'opinion publique et les autorités belges. Il est de jurisprudence constante de la Cour que «il est du devoir de la presse de diffuser des informations et des idées d'intérêt public. La presse a non seulement le devoir de diffuser de telles informations ou idées: le public a également le droit de les recevoir»⁽²⁹⁾. La Cour européenne des droits de l'homme insiste également de façon constante sur le fait que l'article 10 de la C.E.D.H. «est applicable non seulement aux informations et aux idées qui sont accueillies favorablement ou considérées avec indifférence, mais également à celles qui offensent, choquent ou perturbent». La Cour a également tenu compte du fait que la liberté journalistique «couvre également le recours possible à un certain degré d'exagération ou même à la provocation»⁽³⁰⁾. Ce principe est égale-

Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publ., 1994, 465-491; D. VOORHOOF, *Critical perspectives on the scope and interpretation of article 10 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Press, 1995; P. LAMBERT, «La liberté de la presse, la protection de la réputation d'autrui et la Convention européenne des droits de l'homme», in X., *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant/Paris, L.G.D.J., 1995, 271-278 et J. VELU, «Beschouwingen over de Europese regelgeving inzake betrekkingen tussen gerecht en pers», *R.W.*, 1995-1996, 273-308.

(28) Cour E.D.H., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian*, vol. 216, § 60, Cour E.D.H., 26 novembre 1991, *Sunday Times*, n° 2, vol. 217. Voy. aussi Cour E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times*, vol. 30.

(29) Cour E.D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels*, § 39.

(30) Ces principes généraux sont une nouvelle fois confirmés dans l'arrêt *Fressoz et Roire* du 21 janvier 1999, au § 45. Voy. aussi *A&M*, 1999/2, p. 235.

ment reconnu dans l'arrêt du 8 février 1999 de la cour d'appel d'Anvers, où il est constaté que dans le cadre de l'application de l'article 10, § 2 de la C.E.D.H., il faut tenir compte «du droit à l'information de la population sur des questions d'intérêt concernant lesquelles la presse peut occuper à juste titre une position privilégiée».

Pour juger de l'admissibilité de l'interdiction de diffusion du livre litigieux relatif à l'affaire Dutroux, il faut se demander si cette mesure restrictive émanant de l'autorité constituée *in concreto*, dans cette perspective, une mesure pertinente et proportionnelle. Dans différents arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'une interdiction de publication, une interdiction de diffusion, une saisie ou même une poursuite judiciaire pour publication d'informations secrètes, ne pouvait pas être considérée comme nécessaire dans une société démocratique. C'était le cas chaque fois que l'information n'était plus secrète ou qu'une certaine publicité avait déjà été donnée à l'information. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la saisie et l'empêchement de diffusion d'un magazine contenant des informations qualifiées de secrètes par la sécurité de l'État était contraire à l'article 10 de la C.E.D.H. La Cour a jugé que «l'information en question avait déjà été largement diffusée lorsque le journal avait été retiré de la circulation»⁽³¹⁾. D'après la Cour, il n'était pas nécessaire d'empêcher la diffusion de l'information secrète au moyen d'une saisie de la revue, étant donné que cette information était déjà publique et en conséquence n'était plus secrète ni confidentielle.

C'est précisément cet aspect qui pose question dans l'arrêt du 8 février 1999. Il est en effet acquis que le livre litigieux a connu une large diffusion en Belgique entre le 15 octobre et le 6 novembre 1998, que certains extraits de procès-verbaux ont été diffusés à la télévision, et que des passages impor-

tants du chapitre litigieux ont été publiés dans l'hebdomadaire *Humo*. Il est également établi que la plupart des données contenues dans le chapitre litigieux avaient déjà été révélées dans d'autres publications⁽³²⁾. L'arrêt confirme en outre le fait que le livre et l'information contenue dans le chapitre litigieux ont déjà fait l'objet d'une large diffusion quand il affirme qu'«une interdiction de diffusion après que la publication ait déjà fait l'objet d'une réelle diffusion – ce qui, comme mentionné ci-dessus, est le cas – n'est pas une mesure préventive interdite mais une mesure répressive conforme au droit». D'autre part, l'arrêt est nuancé par l'affirmation que «bien que certains faits rendus publics soient vraisemblablement déjà connus, il s'agit dans le cas d'espèce de documents jamais publiés qui (...) sont présentés pour la première fois comme un tout consistant avec la perception particulière et l'impact que cela entraîne». C'est un point de vue ambigu que défend l'arrêt du 8 février 1999: d'une part l'interdiction de diffusion est présentée comme n'étant pas une mesure préventive parce que le livre a déjà connu une large diffusion, tandis que d'autre part la cour met l'accent sur le fait qu'il s'agit bel et bien de prévenir la publication de données contenues dans les procès-verbaux et qu'il s'agit là de «données jamais publiées».

En cela, l'argumentation de l'arrêt n'est pas tout à fait cohérente, si bien qu'on peut continuer à se demander si, dans la perspective de l'article 10 de la C.E.D.H., il existe bien des raisons suffisantes pour interdire la diffusion du livre «vu l'intérêt qu'a une société démocratique à assurer et à préserver la liberté de presse»⁽³³⁾.

La cour ne se pose pas non plus la question de savoir si la mesure proposée est proportionnelle. L'interdiction de diffusion et plus précisément l'ordonnance de l'omission intégrale du chapitre litigieux (pp. 125-146) est peut-être trop large. En effet, l'interdiction semble trouver sa source uni-

quement dans certains passages qui tombent sous le secret de l'instruction judiciaire et/ou la protection de la vie privée. L'ordonnance de l'omission du reste du contenu du chapitre litigieux, basé sur des données émanant du rapport public de la commission d'enquête, peut difficilement être justifiée et est donc en violation avec l'article 10 de la C.E.D.H.

2. La règle de la responsabilité en cascade et la responsabilité exclusive de l'éditeur et du distributeur.

2.1. Une caractéristique particulière de cette affaire est que les demandeurs ont attaqué uniquement l'éditeur et le distributeur du livre et non l'auteur ou le journaliste qui a écrit le livre. Les défenseurs ont invoqué la règle de la responsabilité en cascade contenue à l'article 25, § 2 de la Constitution, mais ce moyen a été rejeté par la cour. L'article 25, § 2 de la Constitution stipule que quand l'auteur est connu et a son domicile en Belgique⁽³⁴⁾, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis. Depuis l'arrêt de cassation du 31 mai 1996 il est clair que cette disposition trouve également à s'appliquer en matière civile⁽³⁵⁾. La cour estimant que l'article 25 de la Constitution ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce, les faits ne pouvant pas être qualifiés de «délit de presse» (cf. *supra*), l'éditeur et le distributeur ne peuvent faire appel à la règle de la responsabilité en cascade.

La cour développe comme argument supplémentaire que même en cas d'application du principe de la responsabilité en cascade, celui-ci ne vaut que pour autant que l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur «n'aient apporté que leur contribution matérielle et ne vaut en aucun cas lorsqu'il existe la moindre forme de corréité ou de complicité, tel que le fait de donner la tâche de publication ou d'accorder consciemment une aide indispensable à l'auteur». La cour estime

(31) Cour E.D.H., 9 février 1995, *Bluf!*, vol. 306, §§ 43-44. Voy. aussi Cour E.D.H., 22 mai 1995, *Weber*, vol. 177, § 49; Cour E.D.H., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian*, vol. 216, §§ 66-70 et Cour E.D.H., 26 novembre 1991, *Sunday Times*, n° 2, vol. 217, §§ 52-56. Pour une application récente, voy. Cour

E.D.H., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire*, §§ 50-56.

(32) Voy. par ex. M. BOUFFIOUX, *Ce n'est pas fini! Un combat pour Julie et Mélissa*, Epo, 1998 et A. GRAAF, *Witte Stippen - De zaak Dutroux: een reconstructie*, éd. Scoop, 1998.

(33) Cour E.D.H., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire*, § 56.

(34) Ce qui est le cas en l'espèce.

(35) Voy. à ce sujet D. VOORHOOF, «De regel van de getrapte verantwoordelijkheid: van de 19de naar de 21ste eeuw?», *Rec. cass.*, 1996, 385-389.

que tant dans le «mot de remerciement» de l'auteur que dans la «préface de l'éditeur», il existe suffisamment d'éléments qui indiquent que l'éditeur a réellement contribué dès le début à la réalisation du manuscrit et que l'éditeur est également responsable de l'adaptation rédactionnelle du manuscrit brut. Par conséquent, la (co)responsabilité de l'éditeur est établie. La cour fait ainsi une correcte application de la règle de la responsabilité en cascade contenue à l'article 25, § 2 de la Constitution⁽³⁶⁾.

Il semble cependant difficile de mettre également en cause la (co)responsabilité du distributeur. L'arrêt se contente de renvoyer à l'accord entre l'éditeur et le distributeur et à l'exécution de cet accord commun, ce qui amène la cour à conclure que la responsabilité du distributeur est totalement en cause. Il n'est cependant pas si évident que l'accord entre l'éditeur et le distributeur implique que le distributeur soit aussi impliqué effectivement dans la préparation rédactionnelle ou dans l'adaptation du manuscrit et doit donc être considéré comme coéditeur et coauteur. Par le présent arrêt, la cour semble franchir un pas supplémentaire par rapport à la jurisprudence et à la doctrine établies.

Il faut en conclure que la règle de la responsabilité en cascade a perdu beaucoup de sa signification en raison du champ d'application limité que la jurisprudence attribue à ce système. Elle n'applique en effet cette règle qu'en cas de poursuite pénale ou civile de délits de presse, et pour autant que l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne soient pas impliqués d'une manière ou d'une autre dans la préparation du contenu ou dans la rédaction (définitive) du texte publié.

2.2. Une conséquence remarquable du fait que l'auteur/journaliste ne soit pas impliqué dans cette affaire est que ce faisant, l'interdiction de diffusion est uniquement dirigée contre l'éditeur néerlandais BZZTÔH et le distributeur belge «De Standaard Boekhandel». Il n'est par conséquent pas fait interdiction à l'auteur/journa-

liste de publier par exemple des extraits du chapitre litigieux dans des journaux ou des périodiques ou de les diffuser via Internet⁽³⁷⁾. Ceci entraîne également comme conséquence que l'effectivité de la mesure concernée doit être relativisée. Ceci a des implications sur la nécessité de l'interdiction de diffusion du livre dans le cadre de l'article 10 de la C.E.D.H. D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une ingérence de l'autorité ne peut en effet être considérée comme nécessaire dans une société démocratique si une interdiction ne peut pas empêcher que l'information litigieuse soit diffusée via d'autres moyens ou canaux. C'est ainsi par exemple que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans l'affaire *Spycatcher* que l'interdiction judiciaire qui avait été faite à la presse de diffuser des passages du livre de Peter Wright n'était pas légitime à partir du moment où le livre était déjà publié et disponible dans le commerce⁽³⁸⁾. À ce point de vue, il est permis de se demander si la cour avait le droit de faire interdiction de diffuser à l'éditeur et au distributeur sans interdire également au journaliste de diffuser l'information via d'autres canaux.

3. *La violation du secret professionnel et du secret de l'enquête judiciaire comme fondement d'une interdiction de diffusion d'un livre?*

La question de la responsabilité du journaliste et/ou de l'éditeur pour violation du secret professionnel (art. 458, C. pén.) ou du secret de l'instruction (art. 57, § 1^{er} C. proc. pén.) est controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence. Il n'est en effet pas évident que le journaliste ou l'éditeur soit assigné en justice ou poursuivi pour violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction, là où la loi ne rend punissables que tous ceux qui sont les dépositaires de ce secret, à savoir les magistrats et les employés et collaborateurs de la justice, de la police et de la gendarmerie. En vertu de l'article 57, § 1^{er}, du Code de procédure

pénale, seuls ceux qui collaborent à titre professionnel à l'instruction sont tenus au secret et seuls ceux qui violent ce secret (professionnel) peuvent être poursuivis et punis sur la base de l'article 458 du Code pénal. Le nouvel article 460^{ter} du Code pénal limite de son côté l'incrimination de l'emploi d'informations provenant d'un dossier judiciaire «qui a comme but et comme conséquence de gêner le déroulement de l'instruction judiciaire, de porter atteinte à la vie privée, l'intégrité physique ou morale ou aux biens d'une des personnes nommées dans le dossier» aux seuls prévenus et parties civiles qui en vertu de la loi Franchimont ont accès au dossier pénal. Les journalistes et les éditeurs ne tombent pas sous le coup de ces dispositions pénales⁽³⁹⁾. De plus, la violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction est un délit instantané: ce délit s'accomplit au moment où l'employé ou le collaborateur de la police ou de la justice délivre l'information secrète à un tiers ou à un journaliste. Une fois le délit accompli, une participation punissable n'est plus possible⁽⁴⁰⁾.

L'arrêt du 8 février 1999 ne voit là aucun problème et dispose que «il n'est en aucun cas nécessaire de rechercher si l'auteur/journaliste est concerné d'une quelconque manière par ces délits; il suffit en effet de constater qu'il a commis en publiant ces procès-verbaux (...) une faute civile au sens des articles 1382 et 1384 du Code civil». D'après l'arrêt, il ne fait aucun doute que la manière dont le journaliste et l'éditeur ont incorporé dans le livre le contenu de procès-verbaux d'une affaire judiciaire en cours ne correspond en aucun cas au comportement qu'on est en droit d'attendre d'un journaliste prudent et diligent. La cour trouve ici une raison suffisante pour prononcer l'interdiction de diffusion demandée. L'arrêt du 8 février 1999 s'inscrit également dans la ligne de l'ordonnance du 9 janvier 1997 dans laquelle il fut fait interdiction de diffuser le numéro de *Ciné Télé Revue* dans lequel des parties des notes de la juge d'instruction Doutrève avaient

(36) Voy. également J. VELAERS, *De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake de vrijheid van de media*, op. cit., 103-109.

(37) Sauf la responsabilité civile ou pénale *a posteriori* du journaliste.

(38) Cour E.D.H., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian*, vol. 216, §§ 68-69, et Cour E.D.H., 26 novembre 1991, *Sunday Times*, n° 2, vol. 217, § 55.

(39) Sauf éventuellement en application des articles 66 et 67 du Code pénal (complicité et corréité).

(40) C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Anvers, Maklu, 1998, 321.

été publiées, notes qui d'après le juge étaient du domaine du secret de l'instruction de la commission d'enquête parlementaire⁽⁴¹⁾.

Une autre partie de la jurisprudence estimera qu'une violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction peut seulement donner lieu à des mesures ou à des poursuites entre ceux qui sont porteurs du secret professionnel. Les journalistes ne peuvent pas être empêchés de porter certaines affaires ou certains faits sur la place publique, bien qu'ils puissent par après être jugés civilement responsables. L'ordonnance déjà mentionnée dans le livre *Appelez-moi Elvira* dispose ce qui suit: «Que le secret de l'instruction ne vaut qu'à l'égard de ceux qui, en vertu de leurs fonctions en sont les détenteurs. Que le fait qu'un dossier soit "couvert" par le secret de l'instruction ne constitue pas, pour le journaliste, un obstacle juridique à sa révélation; qu'en effet, les journalistes ne sont pas, eux, les destinataires du secret et on ne peut dès lors leur interdire de donner des informations au sujet d'une affaire en cours au nom du secret de l'instruction. Qu'ils n'échappent cependant pas de ce fait à toute forme de responsabilité et de réparation»⁽⁴²⁾.

Une autre argumentation a été développée dans une ordonnance du président du tribunal de première instance de Bruxelles du 9 janvier 1997. Cette ordonnance a rejeté une demande qui visait à interdire la publication d'informations concernant une instruction en cours, dans laquelle une astreinte était exigée «par fuite» ou «par publication de cette fuite». L'ordonnance a rejeté cette partie de la demande par une motivation laconique mais explicite: «Overeenkomstig artikel 25 van de Grondwet kan de censuur van de drukpers niet worden ingevoerd. Deze vordering komt voor

als ongegrond» («Conformément à l'article 25 de la Constitution, la censure de la presse écrite ne peut être rétablie. La demande est donc non fondée»)⁽⁴³⁾.

De façon générale, on peut remarquer que la façon de voir qui est développée dans l'arrêt du 9 février 1999 laisse particulièrement peu (en réalité aucun) d'espace pour un reportage dans la presse concernant des faits qui tombent sous le coup du secret de l'instruction. Toute publication dans les médias de faits qui font partie d'un dossier pénal et qui ne tombent pas sous le régime d'exception des articles 57, §§ 3⁽⁴⁴⁾ et 4⁽⁴⁵⁾ du Code de procédure pénale, est, suivant ce raisonnement, toujours punissable ou illégale et peut faire l'objet d'une interdiction de diffusion⁽⁴⁶⁾. L'arrêt oublie là une nouvelle fois d'appliquer correctement l'article 10 de la C.E.D.H. à cette affaire. Il ressort en effet clairement de plusieurs arrêts de la Cour européenne qu'il ne suffit pas qu'une règle de loi soit violée. Il faut en effet chaque fois estimer, *in concreto*, en prenant en compte le contexte général de la société, si l'ingérence de l'autorité est nécessaire. Par conséquent, même si une violation d'une norme pénale fondamentale (*in casu* la violation du secret de l'instruction) est constatée, cela ne suffit pas en soi à légitimer une ingérence (conséquence) de l'autorité tendant à interdire la diffusion de cette information. Interdire à la presse de publier toute information en rapport avec une instruction en cours – excepté celle qui est diffusée officiellement par le parquet – est une mesure incompatible avec l'article 10 de la C.E.D.H.

4. Le droit à l'image: pas une règle de droit absolue

Alors que l'arrêt du 8 février 1999 confirme en grande partie l'ordonnance

a quo du 6 novembre 1998, il faut constater qu'elle s'en écarte radicalement sur un point: le fait que la demande soit fondée sur le droit à l'image. L'arrêt du 8 février 1999 nuance correctement les conséquences juridiques qui peuvent découler du droit à l'image.

Dans l'ordonnance *a quo*, des conséquences trop lourdes sont en effet attachées au droit à l'image. Dans l'ordonnance du 6 novembre 1998, le juge s'était contenté de constater qu'aucune autorisation préalable n'avait été demandée avant la publication des photos de Julie Lejeune et Mélissa Russo, ce qui constituait clairement une violation des articles 10 de la L.D.A. (droit de la personne représentée, droit à l'image) et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie privée). Sur la base d'une même application stricte du droit à l'image, le président du tribunal de première instance de Bruxelles avait également fait interdiction au Vlaams Blok de continuer à distribuer une brochure contenant plusieurs photos sur lesquelles les familles Russo et Lejeune, entre autres pendant l'enterrement de Julie et Mélissa et pendant la «marche blanche», étaient reconnaissables. Le fait qu'aucune autorisation n'ait été donnée pour la publication de ces photos a fourni au juge une raison suffisante pour interdire au Vlaams Blok de continuer à distribuer ou à utiliser ces photos ainsi que la brochure litigieuse intitulée *Droit à la sécurité*. L'ordonnance affirme sans nuance: «Een afbeelding of een foto van een persoon mag door een derde onder geen enkele voorwaarde gebruikt en/of verspreid worden zonder de uitdrukkelijke toestemming van deze persoon. Verweerder heeft bij het opstellen van de litigieuse brochure geen rekening gehouden met deze rechtsregel» («Une

(41) Civ. Bruxelles (réf.), 5 février 1997, *A&M* 1997/2, 200.

(42) Civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994, *J.T.*, 1995, 30 et *Journ. proc.*, 1994, n° 272, 25. Voy. aussi Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 1990, *Cab. dr. jud.*, 1991/6, 176 et Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, inédit.

(43) Civ. Bruxelles, (réf.), 9 janvier 1997, *A&M*, 1997/2, p. 197.

(44) Il s'agit de l'information communiquée à la presse par le procureur du Roi, avec l'accord du juge d'instruction, pour autant que l'intérêt public l'exige et moyennant prise en considération e la présomption d'innocence, des droits de la défense du prévenu, de la victime et des tiers, de la vie privée et de la dignité des personnes.

(45) Il s'agit de l'information communiquée à la presse par l'avocat pour autant que l'intérêt de son client

l'exige et moyennant prise en considération de la présomption d'innocence, des droits de la défense du prévenu, de la victime et des tiers, de la vie privée et de la dignité des personnes et les règles de la profession.

(46) L'attention doit cependant être attirée sur la possibilité que l'information soit délivrée par le prévenu ou la partie civile (voy. également art. 460ter, C. pén.).

image ou une photo d'une personne ne peut en aucun cas être employée ou diffusée par un tiers sans l'autorisation expresse de cette personne. Le défendeur n'a pas tenu compte de cette règle de droit dans la réalisation de cette brochure»⁽⁴⁷⁾.

Dans le prolongement de cette jurisprudence établie, l'arrêt du 8 février 1999 nuance et corrige ce point de vue. La cour formule comme règle de droit que «la publication de l'image d'une personne publique ainsi que de particuliers qui sont concernés par l'actualité ne constitue pas une faute et est admissible à la double condition que cette publication tende à l'information et ne soit pas liée à une violation du droit à la vie privée»⁽⁴⁸⁾. Le droit à l'image n'est donc pas une règle de droit absolue, mais connaît des exceptions dans certains cas notamment dans le cadre de comptes rendus d'actualité. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de Bruges du 27 juin 1994 avait déjà estimé que les personnes publiques ne peuvent s'opposer à la publication de leur photo. Le jugement dispose: «Algemeen wordt aangenomen dat «publieke personen», zoals politici, kunstenaars en sportlui, stilzwijgend toestemming geven om hun afbeelding te publiceren, omdat het praktisch gewoon uitgesloten is dat de pers, wanneer zij het voornemen heeft een afbeelding van een dergelijke persoon te publiceren, telkenmale verplicht zou zijn vooraf aan de betrokkene uitdrukkelijk diens toestemming te vragen» («Il est généralement accepté que "les personnes publiques", telles que les politiciens, les artistes et les sportifs, donnent tacitement l'autorisation de publier leur image, car il est pratiquement exclu que la presse, quand elle a l'intention de publier l'image d'une telle personne, soit chaque fois contrainte de

demander l'autorisation expresse de la personne visée»⁽⁴⁹⁾.

Il est à noter que l'arrêt du 8 février 1999 ne s'écarte pas d'une «présomption réfutable d'autorisation» dans le chef des personnes publiques, mais base cette exception au droit à l'image sur «le droit à l'information du public». Ce droit à l'information naît «quand l'actualité dépasse le domaine privé et devient une question d'intérêt général, ce qui a pour effet que le droit à l'image de la personnalité cesse en un certain sens d'appartenir à son titulaire originaire pour devenir l'objet du droit à l'information de la population». Le fait que les familles Russo et Lejeune aient déjà depuis un certain temps, via un communiqué de presse, annoncé qu'elles n'accordaient plus leur autorisation que soient publiées des représentations de Julie et Mélissa ne constitue donc pas un obstacle à ce que les photos concernant l'affaire soient publiées dans le cadre du «droit à l'information du public», d'autant plus que la présente représentation «est devenue un symbole et un document historique pour la population». En plus des deux conditions explicitées dans l'arrêt, deux conditions supplémentaires sont ajoutées. L'arrêt tient compte en effet d'une part du fait que la représentation dans le livre «n'est aucunement liée à une représentation négative ou déshonorante» et d'autre part qu'il n'est pas question de la moindre «récupération politique»⁽⁵⁰⁾. L'arrêt du 8 février 1999 concilie donc le droit à l'image en tant que droit de la personnalité avec le droit à l'information et le compte rendu journalistique concernant les faits et les personnes dans des questions d'intérêt générale⁽⁵¹⁾.

Dirk Voorhoof

Bruxelles (9^e ch.) (réf.),
28 janvier 1999

Siège: MM. Collin et Rycken,
M^{me} Velu

(I) s.a. CANAL + BELGIQUE
(M^{es} P. Van Ommeslaghe,
G. De Foestraets et
P.M. Louis) c. a.s.b.l. WOLU
TV (M^e J. Englebert)
et s.a. RADIO PUBLIC
(M^e M. Demeur)

(II) s.a. CANAL + BELGIQUE
(M^{es} P. Van Ommeslaghe,
G. De Foestraets et
P.M. Louis) c. s.a. CODITEL
BRABANT (M^{es} A. Braun
et E. Cornu)

Radio-télévision – Télédistri-
bution – Article 3 de la
L.P.C.E. – Abus de position
dominante – Loi du 30 mars
1995 – Arrêté ministériel du
2 février 1998 – *Must carry*

La mesure consistant à imposer à un télédistributeur, moyennant le paiement d'une rémunération provisionnelle raisonnable, de mettre un canal à disposition d'un organisme de radiodiffusion ne constitue que l'aménagement d'une situation provisoire dans l'attente d'une décision au fond: elle n'est en rien susceptible de porter définitivement et irréversiblement atteinte aux droits de ce télédistributeur.

Pour apprécier si un télédistributeur jouit d'une position dominante, il y

(47) Civ. Bruxelles (réf.), 23 octobre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, 352 et *J.L.M.B.*, 1998, p. 1748. Voy. également Civ. Liège (réf.), 12 janvier 1999, *A&M*, 1999/2, p. 287.

(48) Voy. également Civ. Bruxelles, 16 décembre 1997, *Journ. proc.*, 1998, n° 341, 24 et Bruxelles, 5 février 1999, *A&M*, 1999/2, p. 274.

(49) Civ. Bruges, 27 juin 1994, *R.W.*, 1994-1995, 473. Voy. également

D. VOORHOOF, «Het recht op afbeelding op de tocht?», note sous Anvers, 19 décembre 1995, *A&M*, 1996/3, pp. 361-362.

(50) Comp. Civ. Anvers, 24 juin 1985, *R.W.*, 1985-1986, 264 et Civ. Anvers, 12 mai 1989, *R.W.*, 1989-1990, 654. Dans la jurisprudence, l'emploi de photos de personnages publics à des fins commerciales est également déclaré illégal: Bruxelles, 4 octobre 1989, *R.W.*, 1984-1985, 62.

(51) Pour une analyse fouillée, voir également M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, 160 p. et D. VOORHOOF, «Boekbespreking J.C.S. Pinckaers - From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona», *Informatierecht/A.M.I.*, 1998/1, 10-14.