

## Note d'observations<sup>1</sup>

### Juge des référés et accès à l'antenne en période électorale

**1. Introduction.** Pendant la campagne électorale, les partis essaient de convaincre les électeurs de les soutenir en leur accordant leur suffrage. Ils utilisent à cette fin divers moyens de persuasion plus ou moins efficaces pour présenter leurs candidats et communiquer les points forts de leur programme politique. Même si Internet et les réseaux sociaux constituent aujourd'hui des canaux majeurs de toute campagne électorale, l'accès aux antennes des principales chaînes de télévision demeure un enjeu considérable<sup>2</sup>. C'est le cas notamment pour les petits ou nouveaux partis politiques qui cherchent à se faire connaître de l'électorat<sup>3</sup>, mais qui sont en pratique peu invités à participer aux émissions électorales diffusées à la télévision<sup>4</sup>.

Dans le présent article, on se propose de commenter une ordonnance prononcée le 7 mai 2019 par le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles en réponse à la demande d'un petit parti qui aspirait à bénéficier d'un meilleur accès aux antennes de la RTBF pendant la campagne qui a précédé les élections fédérales, régionales, communautaires et européennes de 2019. S'appuyant en particulier sur le célèbre arrêt *RTBF c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>5</sup>, le juge des référés s'est déclaré incompétent et, partant, n'a pas opéré de mise en balance entre le droit à la liberté d'expression de la RTBF – tel qu'il est exercé pour organiser les émissions électorales – et les prétentions du requérant, notamment articulées sur l'obligation d'assurer le pluralisme qui pèse sur le média public. La décision vient ainsi alimenter la controverse entre les tenants d'une vision moniste de la liberté d'expression et ceux qui privilégient une conception dualiste, distinction sur laquelle nous reviendrons *infra*.

Après un rappel des faits de l'affaire (n° 2), nous aborderons une série de questions dont l'examen permettra de contextualiser l'ordonnance commentée. On reviendra ainsi sur la compétence du juge des référés pour prendre des mesures préventives qui affectent la liberté d'expression (n° 3), sur l'influence qu'a eu l'arrêt *RTBF* précité sur cette question (n° 4) et sur la compétence éventuelle du juge des référés dans le cas particulier d'une demande d'accès à l'antenne en période électorale (n° 5). Nous pourrions alors présenter le raisonnement de

<sup>1</sup> Mathilde Franssen, Assistante à l'Université de Liège et Frédéric Bouhon, Professeur à l'Université de Liège.

<sup>2</sup> Pour une synthèse des règles juridiques applicables à l'accès aux divers médias pendant la campagne électorale, voy. not. Q. VAN ENIS, «L'accès aux médias (anciens et nouveaux) pendant la campagne électorale», in F. BOUHON et M. REUCHAMPS (dir.), *Les systèmes électoraux de la Belgique*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 279-312.

<sup>3</sup> Par l'expression «petits ou nouveaux partis», on vise essentiellement ceux qui ne bénéficient pas encore de siège dans les assemblées législatives fédérales, régionales ou communautaires ou qui n'en ont obtenu qu'un nombre très limité, qui ne leur permet en tous cas pas de former un groupe politique.

<sup>4</sup> Comme l'indique un auteur allemand, «[w]o Schwierigkeiten entstehen, betreffen sie fast immer kleine Gruppen am Rande des politischen Spektrum» (E. BENDA, «Rechtliche Perspektiven der Wahlwerbung in Rundfunk», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1994, pp. 521-527, ici p. 523). Traduction libre: «lorsque des difficultés apparaissent, elles concernent presque toujours des petits groupes à la marge du spectre politique».

<sup>5</sup> Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*.



## JURISPRUDENCE

la juridiction (n° 6) et nous livrer à une analyse critique de l'ordonnance qu'elle a prononcée (n° 7), avant de conclure par quelques réflexions sur le raisonnement qu'aurait pu développer un juge des référés qui se serait déclaré compétent (n° 8).

**2. Présentation des faits litigieux.** Le Parti Populaire, ancien parti politique belge francophone<sup>6</sup>, disposait, à la suite des élections de 2014, d'un député à la Chambre des représentants ainsi que d'un siège au Parlement régional wallon et, partant, au Parlement de la Communauté française<sup>7</sup>. Déçu de ne pas avoir été invité par la RTBF aux débats préélectorales qui devaient précéder le scrutin du 26 mai 2019 – débats auxquels étaient conviés les autres partis qui disposaient de sièges dans ces assemblées (à savoir le PS, le MR, le CDH, ECOLO, le PTB et Défi) – la Fondation Populaire a saisi le juge des référés du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles au mois d'avril, soit environ un mois avant les élections<sup>8</sup>. L'argument principal qui a convaincu la RTBF de ne pas offrir cet accès à l'antenne est repris comme suit dans l'ordonnance: «nonobstant le fait que la Fondation Populaire a obtenu un siège au parlement wallon aux élections régionales de 2014 et partant, au parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles, dès lors que celui-ci est actuellement occupé par un député ayant quitté entretemps les rangs du Parti

Populaire, celui-ci ne doit plus être considéré comme représenté au sein de cette assemblée et est dès lors écarté des antennes pour les émissions préélectorales de 2019».

Quant au demandeur, il prétendait que la RTBF violait l'obligation de pluralisme à laquelle elle est soumise tant sur la base de son statut<sup>9</sup> que du règlement du Conseil supérieur de l'audiovisuel<sup>10</sup>. Les diverses demandes adressées au juge des référés tendaient à assurer au parti un accès plus large à l'antenne de la RTBF en cette période électorale. Ainsi, à côté d'autres demandes plus ciblées, le juge était invité à condamner la RTBF, sous peine d'astreinte, à «assurer un équilibre de couverture au Parti Populaire de manière au moins égale à celui de Défi et du PTB», qui ne comptaient eux aussi que peu de représentants dans les assemblées parlementaires du Royaume.

**3. Juge des référés et mesures préventives dans l'exercice de la liberté d'expression des médias.** Le recours exercé par la Fondation Populaire amène à réfléchir à la compétence du juge des référés pour prononcer des mesures qui consistent à imposer des adaptations dans l'organisation des émissions d'un média audiovisuel. Une telle intervention du juge s'analyse comme une mesure préventive dans l'exercice de la liberté d'expression<sup>11</sup>.

Or, le libellé des articles 19 et 25 de la Constitution s'accommode mal de mesures de ce type. En particulier, l'article 19 prévoit que la liberté

<sup>6</sup> Le 19 juin 2019, la direction du Parti Populaire a voté la dissolution du Parti à l'unanimité des membres présents (*L'Écho*, 19 juin 2019, «Le Parti Populaire n'est plus»).

<sup>7</sup> Il ne comptait en revanche aucun élu au Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale ni au Parlement européen. Par ailleurs, au moment où l'ordonnance est prononcée, la personne qui avait été élue au Parlement wallon sur la liste du Parti Populaire – à savoir Monsieur André-Pierre Puget – a quitté le parti et ne siège plus en son nom au sein des assemblées régionale et communautaire. Le Parti Populaire ne dispose alors plus que d'un représentant au niveau fédéral.

<sup>8</sup> La Fondation Populaire est la personne morale qui intente l'action pour le Parti Populaire.

<sup>9</sup> Décret du 17 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF), *M.B.*, 28 août 1997.

<sup>10</sup> Règlement relatif aux programmes de radio et de télévision en période électorale, avis n° 001/2018, du 23 janvier 2018.

<sup>11</sup> Sur la compétence des juges des référés dans le contentieux des droits fondamentaux en général, voy. not. M. SALMON, «Les droits fondamentaux devant le juge des référés», in F. KRENC, F. BOUHON et C. DEPPEZ (dir.), *Contentieux des droits fondamentaux*, Liège, Anthemis, 2021, pp. 69-102.



de manifester ses opinions en toute matière est garantie «sauf la répression des délits» commis à l'occasion de l'usage de cette liberté. Quant à l'article 25, aliéna 1<sup>er</sup>, de la Constitution, il affirme que «[l]a presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs». Depuis la naissance de l'État belge, ces dispositions ont amené les cours et tribunaux à se montrer peu enclins à intervenir pour interdire ou limiter la diffusion d'une publication ou d'une émission. Confrontés à de telles demandes, ils se sont généralement déclarés incompétents sur la base du prescrit constitutionnel<sup>12</sup>.

Dès la fin du 20<sup>e</sup> siècle, les juges des référés ont toutefois de plus en plus fréquemment été saisis de demandes tendant à faire obstacle à la diffusion d'informations par les médias<sup>13</sup>. Cette augmentation du contentieux s'est accompagnée de l'émergence d'une tendance à justifier des mesures de nature préventive, notamment par le souci de protéger la vie privée et les droits de la personnalité autrement que par des sanctions *a posteriori*, lorsque le mal est déjà fait<sup>14</sup>.

Face aux articles 19 et 25 de la Constitution, mais aussi à l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, la jurisprudence s'est développée de façon

«hésitante et chaotique»<sup>15</sup>, offrant un paysage jurisprudentiel des plus hétérogènes. En effet, devant une revendication qui vise à aménager le contenu d'une émission, voire à interdire ou à suspendre *a priori* une publication ou une émission, deux attitudes peuvent se concevoir, selon qu'on adopte la position de l'école moniste ou celle de l'école dualiste. Ces dernières correspondent à deux courants d'interprétation des dispositions pertinentes de la Constitution<sup>16</sup>.

Les tenants du courant moniste<sup>17</sup> n'appréhendent la réalité que du point de vue de la liberté d'expression des médias. Selon eux, aucune forme d'intervention préalable n'est envisageable. À l'appui de leur thèse, ils invoquent notamment une interprétation littérale du texte constitutionnel: il va de soi, selon eux, que le terme «censure» désigne toute intervention préalable quelle qu'elle soit<sup>18</sup>. Dans leur argumentaire, on trouve également la marque d'une interprétation téléologique de la Constitution. Ainsi, ils estiment que, si le Constituant de 1831 souhaitait protéger la presse de toute mesure préventive, il faut aujourd'hui la protéger de l'autorité qui, en pratique, est la plus susceptible d'enclaver encore une mesure préalable et donc exclure toute intervention judiciaire qui précède une

<sup>12</sup> M. HANOTIAU, «Le droit à l'information», *R.T.D.H.*, 1993 (numéro spécial «liberté d'expression»), p. 36; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, «Le contrôle judiciaire de la presse», *A&M*, 2002/6, pp. 485-486. Voy. par exemple, Gand, 9 mars 1935, *P.P.*, 1935, n° 106; Civ. Liège (réf.), 29 janvier 1979, *Jur. Liège*, 1979-1980, p. 187; Civ. Bruxelles (réf.), 17 novembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 374; Civ. Anvers (réf.), 10 septembre 1985, *R.W.*, 1986-1987, col. 809.

<sup>13</sup> J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, «Le contrôle judiciaire de la presse», *op. cit.*, p. 486.

<sup>14</sup> M. HANOTIAU, «Le droit à l'information», *op. cit.*, p. 36; voy. not. Civ. Anvers (réf.), 13 octobre 1983, *R.W.*, 1983-1984, p. 1991; Civ. Bruxelles (réf.), 25 octobre 1989, *Journ. proc.*, 1989, n° 159, p. 30.

<sup>15</sup> J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, «Le contrôle judiciaire de la presse», *op. cit.*, p. 486.

<sup>16</sup> À ce sujet voy. F. JONGEN, «Préventif, répressif ou curatif? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique», *A&M*, 2013/5, pp. 339-345.

<sup>17</sup> Voy. not. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse: presse écrite, presse audiovisuelle, presse électronique*, 3<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2012, pp. 633 et s.; M. HANOTIAU, «Le droit à l'information», *op. cit.*, pp. 23 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.; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, «Le contrôle judiciaire de la presse», *op. cit.*, pp. 502-503.

<sup>18</sup> S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse: presse écrite, presse audiovisuelle, presse électronique*, *op. cit.*, p. 635.



## JURISPRUDENCE

publication<sup>19</sup>. En s'appuyant également sur une interprétation téléologique de la portée de la liberté d'expression, les tenants du courant moniste tendent par ailleurs à mettre en avant la similarité des médias écrits et audiovisuels pour conclure que l'article 25 ne serait qu'un cas d'application particulier d'un principe général consacré à l'article 19 de la Constitution. Partant, ils estiment que l'interdiction de la censure doit profiter aussi bien à l'information écrite qu'à l'information audiovisuelle<sup>20</sup>.

Dans la jurisprudence, on rencontre une myriade de décisions qui s'inscrivent dans le courant moniste. Ainsi, par exemple, le juge des référés du tribunal de première instance d'Anvers a refusé de faire droit à une demande d'interdiction d'une publication au motif que «les termes généraux de l'article 25 de la Constitution excluent en principe toute mesure préventive, de telle sorte qu'il n'est pas possible pour le juge des référés d'intervenir de manière préventive, même en cas d'abus éventuel de la presse écrite»<sup>21</sup>. En ce qui concerne la presse audiovisuelle, le juge des référés du tribunal de première instance de Bruxelles a déclaré irrecevable une demande d'interdiction de diffusion d'un reportage. Une interprétation téléologique de l'article 25 de la Constitution lui a permis d'estimer que la mesure sollicitée par les demandeurs tombait sous le coup de cette disposition et de conclure que «le juge

des référés ne pourrait prononcer une telle mesure, qui n'est réclamée que dans le but de protéger des intérêts particuliers et non en vue de la sauvegarde de l'ordre public»<sup>22</sup>.

Contrairement à ce premier courant, l'école dualiste d'interprétation de l'interdiction de la censure relativise la portée des dispositions constitutionnelles en cause pour admettre un certain contrôle judiciaire préventif de l'exercice de la liberté d'expression<sup>23</sup>. Elle privilégie une interprétation historique de la Constitution et perçoit l'interdiction constitutionnelle de la censure comme ne visant que celle qui se concevait sous l'Ancien régime et que les membres du Congrès national voulaient rejeter: une institution étatique à laquelle sont soumis de façon systématique les contenus avant leur publication ou diffusion. Partant, ceux qui adhèrent à ce courant estiment que les articles 19 et 25 de la Constitution ne font pas obstacle à une intervention ponctuelle et motivée d'un juge des référés pour trancher un conflit entre des personnes revendiquant l'une et l'autre des droits subjectifs consacrés par la Constitution ou la Convention européenne des droits de l'homme. Ce courant est qualifié de «dualiste» puisqu'il tient compte non seulement de la liberté d'expression, mais aussi des autres droits avec lesquels elle pourrait entrer en conflit. Dans cette perspective, les conflits entre la liberté de la presse et d'autres droits doivent se régler au moyen d'une mise en

<sup>19</sup> E. BREWAYS et D. VOORHOOF, «Het rechterlijk uitzensverbod van (een deel van) een TV-programma en de pers- en expressie-vrijheid», *R.G.D.C.*, 1991, p. 217; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, «Le contrôle judiciaire de la presse», *op. cit.*, p. 491.

<sup>20</sup> Voy. par exemple D. VOORHOOF et C. WIERSMA, obs. sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *R.T.B.F. c. Belgique*, *A&M*, 2011, p. 375; Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 331; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1179; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1222; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 267.

<sup>21</sup> Nous traduisons; Civ. Anvers (réf.), 17 décembre 2009, *A&M*, 2010/3, p. 299.

<sup>22</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 4 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004/18, p. 790. Voy. aussi Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 88; Civ. Liège (réf.), 29 janvier 1979, *Jur. Liège*, p. 187.

<sup>23</sup> Voy. not. F. TULKENS et A. STROWEL, «Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias», in F. TULKENS et A. STROWEL (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 69-91; F. JONGEN, «Préventif, répressif ou curatif? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique», *op. cit.*, pp. 332-347.



balance des intérêts en jeu dans les circonstances particulières du litige<sup>24</sup>.

La thèse dualiste s'est développée dans la jurisprudence au cours du dernier quart du 20<sup>e</sup> siècle<sup>25</sup>. En prenant en compte les droits qui entrent en conflit avec la liberté d'expression, beaucoup d'ordonnances ont depuis lors prononcé des interdictions de publication ou de diffusion. En matière de presse écrite, le tribunal de première instance de Gand a par exemple considéré que «la liberté d'expression (...) est limitée par l'obligation de respect de la vie familiale et personnelle d'autrui» et que «ces droits fondamentaux doivent être mis en balance». Après avoir recherché un équilibre entre d'une part l'atteinte à l'honneur et à la réputation des demandeurs et d'autre part la limitation de la liberté d'expression des défenseurs, le juge a interdit la publication d'un ouvrage et ordonné son retrait du marché<sup>26</sup>. Dans l'audiovisuel également, on trouve des décisions qui admettent une intervention préalable du juge des référés<sup>27</sup>. La cour d'appel de Bruxelles a par exemple estimé 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»<sup>28</sup>.

**4. Influence de l'arrêt *RTBF c. Belgique* sur la compétence du juge des référés.** Selon une jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'homme ne considère pas les ingérences préventives dans la liberté d'expression comme étant incompatibles, en soi, avec l'article 10 de la Convention<sup>29</sup>. Toutefois, ces mesures «appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux»<sup>30</sup> et «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»<sup>31</sup>.

Le 29 mars 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un important arrêt au sujet de l'intervention des juges des référés belges dans l'exercice de la liberté d'expression par les médias audiovisuels<sup>32</sup>. À l'origine de l'arrêt *RTBF* se trouve une décision du juge des référés de Bruxelles. À la demande d'un neurochirurgien, le juge avait ordonné une interdiction provisoire de diffusion par la RTBF d'un reportage faisant notamment état de plaintes dirigées à l'encontre du demandeur par certains de ses patients<sup>33</sup>. L'ordonnance avait été confirmée en

<sup>24</sup> F. TULKENS, note sous Civ. Bruxelles (réf.), 24 octobre 2001, *Journ. procès*, 2001, n° 423, p. 25; F. JONGEN, «De la balance des intérêts à la proportionnalité», note sous Bruxelles, 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 774; P. LAMBERT, «La liberté de la presse, la protection de la réputation d'autrui et la Convention européenne des droits de l'homme», in *Liber amicorum à M.A. Eissen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 273.

<sup>25</sup> Cela n'est pas un hasard si ce moment correspond également à l'apparition des nouvelles technologies comme la radio et la télévision. Voy. Bruxelles, 30 juin 1975, *Pas.*, 1976, II, p. 94.

<sup>26</sup> Civ. Gand (réf.), 27 octobre 1998, *A&M*, 1999/1, p. 100.

<sup>27</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 29 février 2008, *A&M*, 2008/4, p. 327.

<sup>28</sup> Bruxelles, 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611. Voy. aussi Bruxelles (réf.), 21 décembre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 181.

<sup>29</sup> Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, § 47; Cour eur. D.H., 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, § 56; Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), 26 novembre 1991, § 51; Cour eur. D.H., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, § 60.

<sup>30</sup> Cour eur. D.H., 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, § 56.

<sup>31</sup> Cour eur. D.H., 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, § 58.

<sup>32</sup> Pour un commentaire exhaustif de la décision, voy. Q. VAN ENIS, «Ingérences préventives et presse audiovisuelle : la Belgique condamnée, au nom de la 'loi'», obs. sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, *J.L.M.B.*, 2011/26, pp. 1257-1270.

<sup>33</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 24 octobre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 177.



## JURISPRUDENCE

appel<sup>34</sup> et le pourvoi entrepris par la RTBF avait été rejeté<sup>35</sup>.

Rendu à l'unanimité, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 10 de la Convention par la Belgique. Cette conclusion résulte de ce que la mesure prise par le juge belge ne repose pas sur une base légale suffisamment prévisible<sup>36</sup>. En effet, la Cour juge 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 même 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 »<sup>37</sup>. La Cour constate en outre qu'« il n'existe pas en droit belge une jurisprudence nette et constante qui aurait permis à la requérante de prévoir à un degré raisonnable, les conséquences pouvant résulter de la diffusion de l'émission litigieuse »<sup>38</sup>. Autrement dit,

selon les juges de Strasbourg, on ne peut pas non plus considérer la mesure comme étant prévisible du point de vue du cadre légal *sensu lato*. Par conséquent, la combinaison des cadres législatif et jurisprudentiel ne répond pas à la condition 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 »<sup>39</sup>. Dès lors, la Cour conclut à la violation de l'article 10 de la Convention sous le prisme de la légalité<sup>40</sup>. Elle n'examine donc pas – ce qui arrive rarement dans sa jurisprudence<sup>41</sup> – la mesure du point de vue de sa nécessité dans une société démocratique ; en particulier, aucune mise en balance des droits en jeu n'est opérée.

Puisque nous nous intéressons à la compétence des juges des référés pour intervenir dans l'exercice de la liberté d'expression des médias audiovisuels, il est indispensable de s'interroger sur l'effet qu'a eu l'arrêt *RTBF* de la Cour européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence belge. Il est intéressant de constater que les deux courants évoqués ci-dessus ont continué d'exister en doctrine après l'arrêt du 29 mars 2011. En effet, ceux qui adhèrent au courant moniste ont trouvé

<sup>34</sup> Bruxelles, 22 mars 2002, *A&M*, 2002/5, p. 443, note F. JONGEN.

<sup>35</sup> F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin ? », obs. sous Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006/32, p. 1402.

<sup>36</sup> La juridiction strasbourgeoise rappelle le droit belge applicable en matière de liberté d'expression : « 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).

<sup>37</sup> § 108.

<sup>38</sup> § 113.

<sup>39</sup> § 114.

<sup>40</sup> § 116.

<sup>41</sup> Les arrêts dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de la Convention sur la base d'un défaut de base légale, ou d'une base légale qui ne présente pas les qualités requises, sont peu nombreux.



dans cette décision la confirmation de l'incompétence du juge des référés pour prononcer des restrictions préventives à la liberté d'expression. Ainsi, Stéphane Hoebeke et Bernard Mouffe estiment que, depuis l'arrêt *RTBF*, la jurisprudence dualiste est « à mettre à l'imparfait et ne peut plus être soutenue »<sup>42</sup>. Dans le même sens, Koen Lemmens écrit qu'« il est clair que l'intervention préventive du juge des référés en matière audiovisuelle ne peut plus être tolérée, car elle se fait en violation de la Convention »<sup>43</sup>. De leur côté, les tenants du dualisme semblent relativiser la portée de l'arrêt *RTBF* pour maintenir la compétence du juge des référés. François Jongen considère par exemple que l'intention de la Cour n'était pas de privilégier une vision moniste de la liberté d'expression. Simplement, « 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 »<sup>44</sup>. Quant à la jurisprudence, elle s'est construite

de manière cacophonique après l'arrêt *RTBF* et laisse apparaître des influences provenant des deux écoles qui s'opposent. Dans une ordonnance du 7 septembre 2011, le juge des référés du tribunal de première instance de Bruxelles a décidé que « même en l'absence de cadre légal suffisant, il ne peut être dénié *a priori* aux cours et tribunaux de statuer, en vertu des articles 584 du Code judiciaire, 144 et 145 de la Constitution, sur des demandes introduites par des particuliers, fondées sur la protection de droits subjectifs ». Ce juge a néanmoins déclaré la demande de restriction préventive à la liberté d'expression non fondée « compte tenu des restrictions imposées en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme »<sup>45</sup>. Dans une ordonnance du 9 décembre 2015, il peut être lu que « [*g*] *ezien de aanzienlijke schade die geschreven pers of internetmedia kunnen veroorzaken, blijft een preventieve controle door de burgerlijke rechter mogelijk, met inbegrip van de overwegingen van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 29 maart 2011 in het geval RTBF t. België* ». Pourtant, dans un second temps, le juge a conclu que « *het verzoek tot het verbod op het gebruik van een fictieve naam in verband met een televisie-uitzending omdat de naam verwarring scheidt met een bestaand persoon is een preventief verzoek. De tussenkomst van een overheid, met inbegrip van de rechterlijke macht, in een documentaire om aan te geven wat er wel of niet meegedeeld kan worden,*

<sup>42</sup> S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse : presse écrite, presse audiovisuelle, presse électronique*, op. cit., p. 643. Voy. aussi B. FRYDMAN et C. BRICTEUX, « L'arrêt *RTBF c. Belgique* : un coup d'arrêt au contrôle judiciaire préventif de la presse et des médias », *R.T.D.H.*, 2013/94, pp. 331-350; D. VOORHOOF et C. WIERSMA, « Arrêts récents de la C.E.D.H. se rapportant à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (liberté d'expression et d'information) », obs. sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *R.T.B.F. c. Belgique*, *A&M*, 2011, p. 376.

<sup>43</sup> K. LEMMENS, « La censure préventive en matière de presse audiovisuelle : contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. D. H. (2<sup>e</sup> sect.), 29 mars 2011, *R.T.B.F. c. Belgique*, *J.T.*, 2012/12, pp. 245-248, ici p. 247. L'auteur estime néanmoins que cette situation n'est pas souhaitable et appelle le Constituant à intervenir afin d'intégrer la possibilité – finement délimitée – des interventions préventives dans la Constitution (*Idem*, p. 248).

<sup>44</sup> F. JONGEN, « Préventif, répressif ou curatif? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », op. cit., p. 346.

<sup>45</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 7 septembre 2011, *A&M*, 2013/5, p. 408. Dans le même sens, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 6 juin 2012, *A&M*, 2013/6, p. 476. À propos de cette formule dont le sens est pour nous énigmatique, François Jongen écrit que c'est « 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, se résignait la mort dans l'âme à constater que le cadre légal pour exercer de tels pouvoir fait défaut » (F. JONGEN, « Préventif, répressif ou curatif? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », op. cit., p. 345).



*leidt onvermijdelijk tot willekeur zolang er geen duidelijk wettelijk kader bestaat*»<sup>46</sup>. En résumé, il apparaît que la jurisprudence ne déclare pas systématiquement irrecevables les demandes d'intervention préventive du juge des référés même lorsqu'elles sont susceptibles d'affecter la liberté d'expression, mais qu'un examen strict des bases légales disponibles est à tout le moins opéré, ce qui, en pratique, conduit les juges à refuser d'adresser une injonction à un média.

**5. Compétence du juge des référés en matière d'accès à l'antenne des partis politiques.** Nous avons jusqu'à présent abordé la question générale de la compétence des juges des référés pour imposer des mesures qui restreignent préventivement l'exercice par les médias de leur liberté d'expression. Il convient à présent de resserrer le débat sur l'objet spécifique de l'ordonnance commentée et de s'intéresser à la prérogative du juge des référés face à une demande qui vise à réorganiser l'accès d'un parti politique en radio et en télévision pendant une campagne électorale. On doit cependant constater que mise à part la décision qui fait l'objet de notre commentaire, on ne dénombre que peu d'ordonnances qui concernent cette question particulière.

Avant l'arrêt *RTBF* du 29 mars 2011, les juges des référés se sont déclarés compétents à plusieurs reprises pour connaître des demandes de partis politiques visant à élargir leur accès aux émissions télévisées<sup>47</sup>. Il est par ailleurs arrivé que des juges fassent droit à certaines demandes.

Le président du tribunal de première instance de Mons a ainsi condamné la télévision locale Mons-Borinage à diffuser les messages électoraux enregistrés par les demandeurs, têtes de liste du parti Ecolo pour les élections communales du 9 octobre 1994, et à leur offrir ainsi un accès à la tribune télévisée. Le juge a estimé que les critères retenus par la télévision pour limiter l'accès à la tribune électorale violaient l'article 18 de la loi du 16 juillet 1973, dite «loi du Pacte culturel». Un premier critère – appartenir au conseil communal sortant – est apparu comme un critère d'exclusion des tendances minoritaires empêchant l'apparition de nouvelles idées sur la sphère politique. Un second critère – la capacité de présenter une liste complète – a été jugé purement arbitraire<sup>48</sup>.

Après l'arrêt *RTBF*, les deux courants de pensées, moniste et dualiste, sont représentés dans la jurisprudence relative à l'accès des partis politiques à l'antenne. Néanmoins, le nombre réduit de décisions rendues par les juges des référés quant à cette problématique postérieurement à l'affaire *RTBF* ne permet pas de dégager de tendance claire en faveur de l'un ou de l'autre de ces courants. Parmi les trois ordonnances que nous avons identifiées, on relève que la première – prononcée le 24 septembre 2012 – s'inscrit dans le courant dualiste, tandis que les deux autres – qui sont datées du 7 mai 2019 et parmi lesquelles figure l'ordonnance commentée – sont inspirées du courant moniste.

La première décision rendue quant à cette problématique après l'arrêt *RTBF* est une ordonnance du 24 septembre 2012, rendue par le juge des référés du tribunal de première instance de Bruxelles. Le juge y condamne la RTBF pour non-respect de son obligation de

<sup>46</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 9 décembre 2015, *A&M*, 2015/5-6, pp. 423-429.

<sup>47</sup> Civ. Nivelles (réf.), 4 octobre 2006, *A&M*, 2007/5, p. 509; Civ. Liège (réf.), 29 septembre 2006, p. 507; Civ. Bruxelles (réf.), 4 juin 1999, *A&M*, 1999, p. 466; Civ. Verviers, (réf.), 26 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 84; Civ. Bruxelles (réf.), 17 mai 1995, *Journ. Procès*, 1995, p. 28; Bruxelles, 8 juin 1994, *J.T.*, 1994, p. 742; Civ. Mons (réf.), 30 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 92.

<sup>48</sup> Civ. Mons (réf.), 30 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 92.



pluralisme<sup>49</sup>, telle qu'inscrite à l'article 3 du décret du 14 juillet 1997<sup>50</sup>. Quelques semaines avant les élections communales d'octobre 2012, la Fondation Populaire avait assigné la RTBF en référé en se plaignant de ce que l'entreprise publique ne l'avait pas suffisamment invité à son antenne. Le juge s'est contenté d'enjoindre au radiodiffuseur de la Communauté française de respecter son obligation de pluralisme et n'a pas prononcé de mesures provisoires. Après avoir opéré une mise en balance des intérêts de chaque partie – exercice qui ne se conçoit qu'en privilégiant une approche dualiste, qui implique que la liberté d'expression du média concerné ne l'emporte pas nécessairement –, le juge a estimé que l'avantage procuré à la partie demanderesse par une invitation forcée à des émissions politiques était moindre que l'inconvénient supporté par la partie défenderesse, à savoir l'entrave dans sa liberté d'expression. Cette décision a par ailleurs été réformée par la cour d'appel qui a constaté que les conditions de l'urgence et du provisoire n'étaient pas rencontrées<sup>51</sup>.

L'ordonnance rendue par le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles le 7 mai 2019, que nous allons plus amplement commenter dans les lignes qui suivent, s'inscrit à l'inverse dans une tendance clairement moniste.

**6. Raisonnement du juge des référés dans l'ordonnance commentée.** Le tribunal saisi en référé était appelé à trancher la demande

introduite par la Fondation Populaire dans le contexte présenté ci-dessus<sup>52</sup>. On se borne à rappeler ici que le demandeur estimait que la RTBF ne respectait pas son obligation de pluralisme à l'occasion de l'organisation de ses émissions préélectorales. Comme en 2012 – dans l'ordonnance du 24 septembre évoquée ci-avant –, ce parti espérait que le juge des référés ordonne à la RTBF d'élargir son accès à l'antenne. Au terme d'un raisonnement en trois temps, le président du tribunal se déclara incompetent pour connaître de la demande en référé.

Premièrement, le juge assimile la demande qui vise à élargir l'accès à l'antenne du Parti Populaire à une mesure de restriction préventive à la liberté d'expression de la RTBF. En effet, il estime que cette liberté serait restreinte par la mesure considérée puisque « l'information diffusée au cours desdites émissions verrait son contenu modifié de par la présence du Parti Populaire ».

Dans un deuxième temps, le juge rappelle les principaux considérants de l'arrêt *RTBF* que nous avons évoqués plus haut pour démontrer que, selon son interprétation de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, « toute ingérence préventive des juridictions, notamment fondée sur l'article 584 du Code judiciaire constitue une violation de l'article 10 de la Convention »<sup>53</sup>. De cette façon, le juge veut convaincre que l'injonction de faire, comme c'est le cas notamment de l'obligation d'inviter un parti dans un débat télévisé, doit aussi être considérée comme échappant à la compétence des juges belges siégeant en référé. Le juge conforte sa position à l'aide de deux décisions. Étonnamment, il cite d'abord une ordonnance du 6 juin 2012 dans laquelle

<sup>49</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 24 septembre 2012, *A&M*, 2013/1, p. 27, note de E. WAUTERS; à ce sujet voy. aussi E. CRUYSMANS, « L'accès du Parti Populaire aux médias: la RTBF condamnée pour violation de son obligation de pluralisme », publié sur <https://www.justice-en-ligne.be>, le 8 octobre 2012.

<sup>50</sup> Décret du 17 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF), *M.B.*, 28 août 1997.

<sup>51</sup> Bruxelles (1<sup>re</sup> ch.), 11 juin 2013, *A&M*, 2014/3-4, p. 260.

<sup>52</sup> Voy. *supra* n° 2.

<sup>53</sup> Nous soulignons ce terme employé par le président du tribunal.



le juge, après s'être déclaré compétent, refuse d'ordonner l'interdiction d'une émission au motif qu'«à défaut de cadre légal, la demande sera déclarée non fondée». La seconde décision sur laquelle le juge des référés bruxellois prend appui est une ordonnance de son homologue namurois du 1<sup>er</sup> décembre 2015. Il s'agissait d'une demande d'interdiction de la publication d'un article pour laquelle le juge ne s'est pas déclaré compétent afin de se conformer à la jurisprudence strasbourgeoise. On remarque que, dans les deux cas, il s'agissait de demander au juge d'interdire la diffusion d'un contenu.

Troisièmement, le juge fait état des divergences doctrinales et jurisprudentielles, polarisées par les courants dualistes et monistes, sur la question de la compétence des juges siégeant en référé pour intervenir préventivement dans la liberté d'expression. Prenant position en faveur de la thèse moniste, le juge estime qu'«il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de pallier une éventuelle inertie du pouvoir législatif à tracer le cadre légal nécessaire selon la Cour européenne des droits de l'homme pour permettre, en particulier en référé, d'octroyer des mesures préventives de limitation de la liberté d'expression de la presse, audiovisuelle notamment, ceci relevant de la responsabilité de l'État belge au travers de son pouvoir législatif».

Pour les raisons qui précèdent, le juge décline sa compétence pour statuer sur la demande de mesures préventives formulée par la Fondation Populaire.

Le même jour, une seconde ordonnance est rendue par le même juge. Le litige oppose la Fondation Populaire, une fois encore, aux s.a. RTL Belgium et INADI ainsi qu'à la s.c.s. de droit luxembourgeois RTL Benelux s.a. & Cie. Comme on peut s'y attendre, cette décision conclut également à l'incompétence du juge pour connaître en urgence de la demande de la Fondation Populaire en suite d'un raisonne-

ment identique à celui de l'ordonnance qui fait l'objet de notre commentaire<sup>54</sup>.

**7. Analyse critique de l'ordonnance commentée.** Nous avons vu que la question de savoir si un juge peut prononcer une mesure préventive qui affecte la liberté d'expression afin de protéger d'autres droits et libertés qui entreraient en concurrence avec cette dernière est encore aujourd'hui controversée dans la jurisprudence et la doctrine belge. En particulier, la portée qu'il convient de donner à l'arrêt *RTBF c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme – pilier du raisonnement du juge dans l'affaire commentée – est discutée entre les tenants d'une lecture moniste de la liberté d'expression, d'une part, et ceux qui adoptent une vision dualiste, d'autre part<sup>55</sup>.

L'ordonnance commentée s'inscrit manifestement dans le courant moniste: d'après le président du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, le juge des référés est sans compétence pour prononcer une mesure préventive susceptible d'affecter la liberté d'expression de la défenderesse depuis l'arrêt *RTBF*. Pour justifier son incompétence, il affirme que condamner la RTBF à l'obligation de donner un accès à l'antenne au Parti Populaire reviendrait à prendre une mesure préventive incompatible avec l'article 10 de la Convention compris à la lumière de l'arrêt *RTBF*. Toutefois, en considérant que la condamnation en référé d'un média à aménager son programme d'émissions électorales emporterait une violation de l'article 10 de la Convention, le juge opère une lecture de l'arrêt *RTBF* qui ne va pas de soi et qui soulève d'ailleurs certaines questions au regard de la jurisprudence européenne. Il n'est en effet pas évident que la Cour de Strasbourg ait souhaité donner à l'arrêt *RTBF* la portée que le juge a

<sup>54</sup> Note sous Trib. entr. Bruxelles (réf.), 7 mai 2019, *A&M*, 2018-2019/3, p. 416.

<sup>55</sup> *Voy. supra*, n° 4.



retenue dans l'ordonnance commentée, car elle a uniquement sanctionné l'absence d'une *base légale* suffisamment précise pour encadrer l'action du juge des référés qui entend faire droit à une demande d'injonction de ne *pas faire* (en l'espèce, ne pas diffuser une émission) ce qui constitue une ingérence particulièrement marquée dans la liberté d'expression d'un média.

Il nous semble au contraire qu'il ne peut être déduit de l'arrêt *RTBF* que la Cour aurait une préférence pour la vision moniste de la liberté d'expression: ayant constaté l'absence de base légale suffisante, elle n'a logiquement pas pu se prononcer sur la proportionnalité de la mesure et n'a donc pas pu mettre en balance les droits fondamentaux en conflit<sup>56</sup>. Par-delà l'arrêt *RTBF*, la jurisprudence de la Cour enseigne que la liberté d'expression n'est pas garantie de façon absolue et que les mesures préventives peuvent être compatibles avec la liberté d'expression<sup>57</sup>. Cela laisse penser qu'une vision dualiste de la liberté d'expression est privilégiée par la haute juridiction dont on ne compte plus les décisions à l'occasion desquelles elle a opéré une mise en balance entre la liberté d'expression et une autre liberté. Il semble dès lors douteux de s'appuyer sur la jurisprudence strasbourgeoise pour donner une portée absolue à l'article 10 de la Convention au sein de l'ordre juridique belge, serait-ce sur une question particulière. Or, c'est ce que fait le juge des référés dans l'ordonnance commentée: en affirmant qu'il

ne peut juger de la demande d'un parti qui s'est vu refuser l'accès à l'antenne de la RTBF, il tend à faire de la liberté d'expression un droit absolu. Il s'abstient alors purement et simplement de prendre en considération les droits du parti concerné, y compris son propre droit à la liberté d'expression, d'une façon qui paraît difficilement compatible avec la Convention européenne elle-même. Cette interprétation paraît correspondre davantage à celle qui a cours aux États-Unis, où le Premier amendement de la Constitution fonde une conception de la liberté d'expression qui n'autorise en principe pas sa mise en balance avec d'autres droits fondamentaux<sup>58</sup>. Cette approche nous paraît d'autant plus discutable que, même si la RTBF est titulaire du droit à la liberté d'expression en tant que média, elle est aussi débitrice des droits et libertés fondamentaux en tant qu'émanation de la Communauté française, et donc de l'État belge<sup>59</sup>.

Vu le flou qui caractérise la jurisprudence pertinente, le fait qu'un juge adhère au courant moniste plutôt qu'au courant dualiste n'est pas, en soi, l'aspect le plus étonnant. Ce qui surprend davantage à la lecture de la décision commentée, c'est la transposition par le juge de l'enseignement de l'arrêt *RTBF* dans

<sup>56</sup> Dans le même sens, voy. F. JONGEN, « Préventif, répressif ou curatif? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », *op. cit.*, p. 346.

<sup>57</sup> Cour eur. D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times* (n° 1); Cour eur. D.H., 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*; Cour eur. D.H., 20 novembre 1989, *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*; Cour eur. D.H., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*; Cour eur. D. H., 26 novembre 1991, *Sunday Times* (n° 2).

<sup>58</sup> Alors que le texte de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme admet expressément des restrictions à la liberté d'expression, la formulation du Premier Amendement ne prévoit aucune exception à l'exercice de cette liberté. Par conséquent, la mise en balance de cette liberté avec d'autres intérêts est l'objet d'une grande méfiance outre-Atlantique (F. SCHAUER, « Freedom of expression adjudication in Europe and the United States: a case study in comparative constitutional architecture », in *European and US Constitutionalism*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2005, p. 64).

<sup>59</sup> Selon l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF), la RTBF est une entreprise publique autonome à caractère culturel. L'article 2 du même décret ajoute que « [l']entreprise assure le service public de radio et de télévision de la Communauté française de Belgique ».



## JURISPRUDENCE

le contexte de l'accès d'un parti politique à l'antenne. En appliquant la décision de la Cour de Strasbourg à cette situation, le juge a assimilé une demande d'injonction positive – aménager la programmation des émissions électorales afin de respecter l'obligation de pluralisme – à l'interdiction de diffuser une émission programmée. Or, ces deux types d'injonctions ont des effets bien différents en ce qui concerne l'exercice de la liberté d'expression. Dans le premier cas, on n'affecte que de façon limitée la liberté d'expression du média concerné en forçant un aménagement de certaines de ses émissions. À cet égard, il est arrivé que certains juges considèrent qu'une demande de participation à une tribune électorale télévisée « ne tend nullement à contrôler préalablement, limiter ou restreindre la liberté d'expression, mais au contraire à en assurer l'exercice »<sup>60</sup>. Le second type d'injonctions, celui qui est critiqué par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *RTBF*, paraît limiter plus radicalement la liberté d'expression du média concerné en l'empêchant de livrer au public l'émission qu'il avait choisie de diffuser. Au vu de cette différence, il n'est pas évident que la Cour européenne des droits de l'homme critiquerait la légalité de l'action d'un juge des référés appelé à enjoindre à un média d'aménager son programme de façon à garantir un temps d'antenne à un parti en période électorale. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, dans le contexte de l'affaire *RTBF*, que « les articles 19 et 25 de la Constitu-

tion [interdisent] qu'un contrôle préalable soit effectué sur l'usage de la liberté d'expression et sur la liberté de la presse », mais c'est précisément en s'appuyant sur la jurisprudence belge qui concerne des demandes d'interdiction de diffusion<sup>61</sup>. On doit aussi rappeler que la sévérité avec laquelle la Cour évalue la prévisibilité du cadre légal sur lequel repose une ingérence dépend notamment de la nature de celle-ci<sup>62</sup>. Et même si la Cour de Strasbourg n'envisageait pas de se livrer à un examen moins strict du cadre légal dans le cas de l'accès à l'antenne en période électorale, on pourrait encore considérer que les normes applicables forment une constellation qui donne au juge des référés un fondement légal plus précis que lorsqu'on lui demande d'interdire la diffusion d'une émission susceptible de porter préjudice à la réputation d'un tiers. En effet, outre l'article 584 du Code judiciaire qui prévoit la compétence générale des juges des référés, l'article 3 du décret du 14 juillet 1997 portant statut de la RTBF prévoit une obligation de pluralisme idéologique dans le chef de ce média (base légale *sensu stricto*) laquelle est complétée par d'autres dispositifs normatifs et interprétée par la jurisprudence du Conseil d'État (base légale *sensu lato*)<sup>63</sup>. Dès lors, en privilégiant une approche dualiste de la liberté d'expression ainsi qu'une interprétation davantage contextualisée de l'arrêt *RTBF*, le juge aurait pu envisager de se déclarer compétent.

**8. Et si le juge des référés s'était déclaré compétent?** Si, dans l'affaire commentée, le juge des référés avait admis sa compétence – *quod non* –, ce dernier aurait alors dû se positionner quant au fondement de la demande de la Fondation Populaire. Ceci nous amène à poursuivre l'exploration des bases légales sur

<sup>60</sup> Civ. Verviers (réf.), 26 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 84. Voy. aussi Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 8 juin 1994, *J.T.*, p. 742: « Comme le premier juge l'a à nouveau très exactement relevé, la question n'est dès lors pas de savoir si le juge des référés est ou non compétent pour imposer des restrictions en matière de liberté d'expression, sur la base de l'article 10 CEDH, mais bien de vérifier si l'acte accompli par l'appelante a lésé fautivement un droit subjectif des intimés ou s'il y a tout le moins une apparence sérieuse qu'il en soit ainsi ».

<sup>61</sup> § 110 de l'arrêt précité.

<sup>62</sup> Voy., par exemple, Cour eur. D.H., 26 avril 2016, *Cumhuriyet Halk Partisi c. Turquie*, § 88.

<sup>63</sup> Voy. *infra*, n° 8.



lesquelles un petit parti peut s'appuyer pour espérer se voir accorder un temps d'antenne par la RTBF, média audiovisuel public, en période électorale<sup>64</sup>.

Il est vrai qu'aucune disposition de droit positif ne confère aux partis politiques, ni à aucune autre formation, un droit subjectif à accéder à l'antenne. Les articles 19 et 25 de la Constitution consacrent respectivement la liberté d'expression de façon générale et la liberté de la presse en particulier. Ces articles se limitent à consacrer des libertés et n'assurent aucun droit subjectif permettant d'exiger d'un tiers – en l'occurrence, un média – un comportement déterminé<sup>65</sup>. L'article 10 de la Convention n'offre pas davantage aux partis politiques le droit d'exiger en toute circonstance qu'un accès à l'antenne leur soit octroyé<sup>66</sup>. La Cour permet en effet aux États de chercher à canaliser les courants de pensée pour favoriser la formation d'une volonté politique d'une cohérence et d'une clarté suffisante. Pour cette raison, sa jurisprudence admet largement que les candidats et les partis soient traités différemment en fonction, notamment, de leur représentativité<sup>67</sup>. Cependant, la Cour juge qu'un problème de conformité à la Convention se pose si, en période d'élections, un parti politique se voit refuser toute espèce de possibilité d'émissions alors que d'autres bénéficient d'un

certain temps d'antenne<sup>68</sup>. Ainsi, de l'important arrêt *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, la doctrine a déduit que les États membres du Conseil de l'Europe ont «une obligation positive de garantir en période électorale, en principe, à tout parti politique, mais pas nécessairement dans les mêmes conditions, de pouvoir s'exprimer au travers des médias audiovisuels»<sup>69</sup>.

Face à cette exigence strasbourgeoise, de quelle manière le législateur belge réglemente-t-il l'accès des partis politiques aux médias<sup>70</sup>? Pour répondre à cette interrogation, nous nous limitons au paysage audiovisuel francophone et plus précisément aux normes applicables à la RTBF, puisque cette personne morale de droit public est la défenderesse dans l'affaire qui fait l'objet du présent commentaire. Aussi, nous nous focalisons sur les règles applicables pendant la période électorale puisque, selon la jurisprudence du Conseil d'État, c'est uniquement pendant cette période particulière qu'une ouverture plus large de son antenne est imposée à la RTBF<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> À ce sujet voy. Q. VAN ENIS, «L'accès aux médias (anciens et nouveaux) pendant la campagne électorale», *op. cit.*, pp. 279-312, ici pp. 298-303. Voy. aussi E. CRUYSMANS et M. LYS, «Quel accès aux médias de service public pour les partis politiques liberticides et les 'petits' partis?», *J.T.*, 2014/19, pp. 345-349.

<sup>65</sup> Ainsi, selon un arrêt déjà ancien du Conseil d'État, la liberté d'expression est garantie à chacun, «mais uniquement par ses propres moyens» (C.E., 6 avril 1966, *Moulin et De Coninck*, n° 11.749, *J.T.*, 1967, ici p. 405). Voy. aussi Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 8 juin 1994, *J.T.*, 1995, p. 745, obs. de A. LEFEBVRE.

<sup>66</sup> Cour eur. D. H., 13 février 2003, *Refah Partisi c. Turquie*, § 87.

<sup>67</sup> Voy., par exemple, Cour eur. D.H., 29 mars 2001, *Antonopoulos c. Grèce*.

<sup>68</sup> Voy., par exemple, Cour eur. D.H., 29 novembre 2007, *Partija Jaunie Demokrāti et Partija Mūsu Zeme c. Lettonie*; Cour eur. D. H., 11 décembre 2008, *TV Vest AS & Rogaland c. Norvège*, § 73.

<sup>69</sup> Voy. A. VANDEBURIE, «L'égalité des armes entre candidats aux élections, sésame d'un droit d'accès des (petits) partis politiques aux médias audiovisuels en période électorale. CEDH, *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, 11 décembre 2008», *R.T.D.H.*, 2010/81, pp. 163-178, ici p. 164; F. BOUHON, «Feu vert à la publicité politique payante en radio et télévision», obs. sous C. const., n° 161/2010, *J.L.M.B.*, 2011/20, pp. 932-941, ici p. 933.

<sup>70</sup> À ce sujet, voy. Q. VAN ENIS, «L'accès aux médias (anciens et nouveaux) pendant la campagne électorale», *op. cit.*, pp. 298-303.

<sup>71</sup> En effet, alors qu'en dehors de la période électorale, l'article 18 de la loi du Pacte culturel a pour effet que les émissions de la RTBF ne sont en principe accessibles qu'aux formations politiques qui disposent d'au moins un siège au sein du Parlement de la Communauté française, pour la durée de la période électorale, le droit assure un plus large accès aux antennes



## JURISPRUDENCE

Le décret du 14 juillet 1997 portant statut de la radiotélévision belge de la Communauté française ne contient pas de disposition spécifique relative à la période électorale<sup>72</sup>. De manière générale, l'article 3, alinéa 3, du décret impose à la RTBF une obligation de pluralisme. Afin de respecter cette dernière, la RTBF doit s'assurer, en tout temps, que ses émissions reflètent «les différents courants d'idées de la société, sans discrimination, notamment culturelle, raciale, sexuelle, idéologique, philosophique ou religieuse et sans ségrégation sociale».

À l'approche des échéances électorales, le Collège d'avis du CSA<sup>73</sup> adopte un règlement qui organise les modalités d'accès aux ondes pour tous les éditeurs de services de médias audiovisuels qui relèvent de la Communauté

française<sup>74</sup>. Le 23 janvier 2018, il a adopté un «règlement relatif aux programmes de radio et télévision en période électorale»<sup>75</sup>. Ce règlement prévoit notamment qu'en principe, «les débats rassemblent l'ensemble des listes démocratiques candidates à l'élection»<sup>76</sup>, même si une limitation est envisageable «sur la base de critères objectifs, raisonnables et proportionnés au but poursuivi de donner la parole à un maximum de tendances démocratiques»<sup>77</sup>. Cependant, le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA a récemment précisé que «quel que soit le critère utilisé pour exclure des listes d'un débat, cette exclusion n'est pas acceptable si elle n'est pas nécessaire au vu des "raisons pratiques d'organisation des débats"»<sup>78</sup>. Par ailleurs, une attention particulière est donnée aux petites formations politiques puisque le règlement invite les éditeurs à «assurer la visibilité, selon des modalités dont ils ont l'appréciation: des listes qui se présentent pour la première fois, des listes qui n'avaient pas d'élus à la suite des élections précédentes et des listes qui, sur la base des critères objectifs, raisonnables et proportionnés définis par l'éditeur, n'auraient pas accès aux débats»<sup>79</sup>. Le règlement semble s'inscrire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle-même

publiques. Le Conseil d'État a affirmé que l'article 18 du Pacte culturel ne s'applique pas en période électorale sans quoi les principes d'égalité et de non-discrimination seraient violés (C.E., 24 avril 1990, *Dubrule et Versteyleen*, n° 34. 803, *A.P.M.*, p. 67; C.E., 16 mai 1995, *Dumont*, n° 53.249, *Journ. Proc.*, 1995, p. 24). Voy. aussi H. DUMONT et F. TULKENS, «Débats électoraux, service public de télévision et groupements liberticides: un pas de plus vers des règles claires», *J.T.*, 2000, pp. 577-579, ici p. 577; A. VANDENBURIE, «L'égal accès des partis démocratiques aux antennes publiques. Reflet du pluralisme belge?», *J.L.M.B.*, 2007/21, pp. 887-900, ici p. 899; F. BOUHON, *Droit électoral et principe d'égalité. L'élection des assemblées législatives nationales en droits allemand, belge et britannique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 693. La cour d'appel de Bruxelles a ajouté que d'autres partis – qui ne sont pas représentés au Parlement de la Communauté française, mais qui représentent un courant d'idées de la société – ont droit à ce que leur position soit reflétée par la RTBF, mais ne peuvent pas prétendre à un accès direct à l'antenne pour exprimer cette position (Bruxelles (21° ch.), 1<sup>er</sup> février 2007, *J.L.M.B.*, 2007/21, pp. 881-887).

<sup>72</sup> *M.B.*, 28 août 1997.

<sup>73</sup> Pour un examen complet des compétences des différents organes qui composent le Conseil supérieur de l'audiovisuel, voy. A. MAYENCE et L. RIGAUX, «Le contrôle de l'accès aux médias audiovisuels durant la campagne électorale en Communauté française», *A.P.T.*, 2020/1, pp. 47-66.

<sup>74</sup> Article 135, § 1<sup>er</sup>, 5°, du décret unique de la Communauté française sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 24 juillet 2009.

<sup>75</sup> Ce règlement a acquis force obligatoire par le biais d'un arrêté du gouvernement de la Communauté française du 31 janvier 2018 portant approbation du règlement du collège d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel relatif aux programmes de radio et de télévision en période électorale, *M.B.*, 23 février 2018.

<sup>76</sup> Article 12, alinéa 2, du règlement.

<sup>77</sup> Article 12, alinéa 3, du règlement.

<sup>78</sup> Collège d'autorisation et de contrôle, décision RTBF, 4 juillet 2019, point 60. À ce sujet, voy. aussi A. MAYENCE et L. RIGAUX, «Le contrôle de l'accès aux médias audiovisuels durant la campagne électorale en Communauté française», *A.P.T.*, 2020/1, p. 56.

<sup>79</sup> Article 13 du règlement.



prise en considération par le Conseil d'État qui a déjà jugé qu'«il peut être question d'une atteinte à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, le cas échéant en combinaison avec l'article 3 du Premier Protocole ou l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsque par exemple en périodes préélectorales, à la différence d'autres partis politiques, certains ne reçoivent aucun temps de parole à la radio et à la télévision. La même chose prévaut lorsque, de manière discriminatoire, certains partis politiques sont exclus de toute participation à des débats électoraux»<sup>80</sup>. Il est vrai que la visibilité garantie aux petits partis par le règlement ne s'entend pas nécessairement comme un accès direct des candidats de ces formations à l'antenne, mais comme une obligation de leur donner un certain écho dans le traitement médiatique de la campagne électorale<sup>81</sup> : si elle oblige la RTBF à être plus inclusive en période électorale, la jurisprudence du Conseil d'État admet des différences de traitement significatives au détriment des formations politiques qui sont moins bien représentées au sein des assemblées sortantes<sup>82</sup>.

Le contrat de gestion de la RTBF contient aussi quelques dispositions qui concernent spécifiquement la campagne électorale<sup>83</sup>. Ainsi, son article 23, a), énumère les «objectifs en matière de programmes d'information durant les périodes électorales». Il prévoit notamment, en cas d'élection, la diffusion de débats, d'interviews et autres programmes permettant aux

citoyens de «saisir les enjeux des élections». La même disposition oblige la RTBF à établir, à chaque échéance électorale, un «dispositif électoral»<sup>84</sup>. Élaboré par le conseil d'administration de la RTBF, ce dispositif est le document qui fixe les conditions auxquelles les formations politiques doivent satisfaire pour bénéficier d'un temps d'antenne ou d'un traitement médiatique au cours de la période électorale. Il doit bien entendu respecter l'ensemble des règles précitées. Le dernier document pertinent adopté par l'entreprise publique est le «dispositif électoral de la RTBF en vue des élections régionales, fédérales et européennes du dimanche 26 mai 2019»<sup>85</sup>. On y distingue trois catégories de partis, chacune soumise à des règles d'accès distinctes : (1) les partis démocratiques représentés simultanément dans les assemblées européenne, fédérale, régionale et communautaire sont invités à de nombreuses émissions et débats aux heures de grande écoute, et ce, tant en radio qu'en télévision. Les mêmes partis bénéficient par ailleurs de plusieurs tribunes politiques que la RTBF diffuse à des horaires avantageux (avant ou après les journaux parlés ou télévisés de début de soirée)<sup>86</sup>; (2) les partis démocratiques qui ne remplissent pas ces conditions cumulatives, appelés «listes démocratiques non représentées» sont soumis à des conditions nettement moins favorables en ce que leur invitation dans certaines émissions est laissée à la discrétion de la rédaction de la RTBF. Ils se voient tout au plus assurés de faire l'objet de billets d'information et de tribunes électorales en radio et en télévision à des conditions strictes<sup>87</sup>; (3) les

<sup>80</sup> Voy. C.E., 25 juin 2009, *Vlaamse radio en televisieomroep*, n° 194.650.

<sup>81</sup> En ce sens, voy. not. A. VANDENBURIE, «L'accès aux médias pendant la campagne électorale», in F. BOUJON et M. REUCHAMPS (dir.), *Les systèmes électoraux de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 259-273, ici p. 267.

<sup>82</sup> Voy. not. C.E., 11 mai 2007, *Robert c. RTBF*, n° 171.094; C.E., 1<sup>er</sup> avril 2003, *Van de Cauter c. RTBF*, n° 117.851.

<sup>83</sup> Cinquième contrat de gestion de la RTBF du 12 décembre 2018, *M.B.*, 15 janvier 2019.

<sup>84</sup> Voy. aussi le point 7 du règlement du CSA précité.

<sup>85</sup> Le document est accessible au format PDF sur le site Internet de la RTBF.

<sup>86</sup> Article 3 du dispositif.

<sup>87</sup> Il s'agit de présenter des listes complètes et définitives au sens du code électoral, de candidats effectifs et suppléants soit aux élections européennes dans le collège électoral français, soit aux élections fédérales, dans au moins la moitié des circonscriptions



partis non démocratiques sont quant à eux exclus de la répartition du temps d'antenne<sup>88</sup>.

Les normes qui viennent d'être évoquées démontrent que la liberté d'expression de la RTBF n'est pas absolue, même si une marge d'appréciation significative lui est laissée. Pendant la période électorale, bien qu'aucune disposition n'oblige la RTBF à assurer un accès direct à un petit parti à l'antenne, elle doit cependant lui assurer une certaine visibilité. Aussi, elle est obligée d'assurer un traitement égal aux partis qui se trouvent dans les mêmes conditions objectives, sur la base des critères fixés dans un dispositif électoral. À défaut d'offrir à un petit parti un certain écho sur ses ondes ou un traitement égal par rapport aux autres petits partis, la RTBF viole son obligation de pluralisme consacrée à l'article 3 du statut sur la RTBF et précisée dans un ensemble de normes disparates abordées ci-dessus.

Ce qui précède renforce notre conviction qu'il existe un contexte législatif, réglementaire et jurisprudentiel qui aurait pu permettre au juge des référés non seulement de se déclarer compétent, mais aussi d'opérer une mise en balance entre la liberté d'expression de la RTBF et les droits et intérêts du Parti Populaire. Il nous semble que cette approche se serait mieux conciliée à la jurisprudence nuancée de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 10 de la Convention. Si elle avait été mise en œuvre, le tribunal aurait aussi pu se demander si le fait que le siège obtenu par le Parti Populaire au Parlement wallon et au Parlement de la Communauté française en 2014 n'était plus occupé par un

membre de ce parti à la fin de la législature devait avoir – comme l'a soutenu la RTBF – une influence négative sur l'accès à l'antenne du parti concerné à l'occasion des élections suivantes.

**9. Réflexions finales.** Le rôle des petits partis est essentiel en démocratie. Ils sont « nécessaires à la vitalité du débat démocratique car ils structurent les demandes des citoyens de façon nouvelle, apportent des idées originales au débat public et obligent les partis traditionnels à en tenir compte »<sup>89</sup>. En période électorale, les juges des référés belges sont parmi les seuls garants de la liberté d'expression des petits partis. En se déclarant incompétents, ils admettent qu'un média public puisse potentiellement discriminer voire boycotter certains petits partis à l'approche des élections et ainsi empêcher de nouvelles formations politiques de se faire connaître du grand public. Nous avons tenté de démontrer qu'une autre interprétation de l'arrêt *RTBF c. Belgique*, à nos yeux plus respectueuse de la Convention européenne des droits de l'homme, peut être soutenue. À suivre cette dernière, l'arrêt *RTBF* n'empêche pas les juges des référés de s'assurer qu'un parti n'est pas discriminé ou exclu de l'antenne d'une façon incompatible avec l'obligation d'un média public d'assurer le pluralisme politique sur ses ondes. Le fait que l'accès à l'antenne en période électorale dépende largement de critères liés aux résultats obtenus aux élections précédentes est en soi déjà l'objet de critiques<sup>90</sup>; ces dernières paraissent d'autant plus justifiées si les possibi-

wallonnes et bruxelloises soit aux élections régionales wallonnes, dans au moins la moitié des circonscriptions du Parlement wallon, soit aux élections régionales bruxelloises, dans la circonscription de la Région de Bruxelles-Capitale (articles 4 et 6 du dispositif).

<sup>88</sup> Article 5 du dispositif.

<sup>89</sup> A. DESTHEXE, A. ERALY et E. GILLET, *Démocratie ou participation?*, Bruxelles, Labor, 2003, p. 144.

<sup>90</sup> Voy. not. F. BOUHON, *Droit électoral et principe d'égalité. L'élection des assemblées législatives nationales en droits allemand, belge et britannique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, not. pp. 759-760 et 932-934; A. MAYENCE et L. RIGAUX, « Le contrôle de l'accès aux médias audiovisuels durant la campagne électorale en Communauté française », *A.P.T.*, 2020/1, pp. 59-62.



lités de faire contrôler la mise en œuvre de ces critères manquent en pratique.

Malgré l'analyse que nous venons de proposer, nous ne prétendons pas que la position des magistrats appelés à répondre dans l'urgence aux prétentions des partis politiques qui aspirent à accéder à l'antenne serait confortable. Nous reconnaissons volontiers que l'état du droit belge continue à susciter d'importantes controverses quand il s'agit de définir les mesures que le juge des référés peut éventuellement adopter lorsque celles-ci s'analysent comme des mesures préventives à l'exercice de la liberté d'expression. Pour cette raison, nous encourageons, avec d'autres auteurs<sup>91</sup>,

à une mise à jour du droit constitutionnel de la presse et spécialement à une réflexion sur la détermination des prérogatives du pouvoir judiciaire d'interférer préventivement avec la liberté éditoriale des médias lorsque des droits et intérêts concurrents sont en jeu.

Mathilde FRANSSSEN et Frédéric BOUHON

<sup>91</sup> Q. VAN ENIS, «Ingérences préventives et presse audiovisuelle: la Belgique condamnée, au nom de la 'loi'», *op. cit.*, p. 1270; K. LEMMENS, «La censure préventive en matière de presse audiovisuelle: contraire à la Convention européenne des droits de l'homme», obs. sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *R.T.B.F. c. Belgique, J.T.*, 2012/12, pp. 245-248, ici p. 248.

