

& Auteurs Media

1
2020

Revue trimestrielle
Octobre 2020

Driemaandelijks tijdschrift
Oktober 2020

Doctrine/
Rechtsleer

Droit des médias/
Mediarecht

Liberté d'expression –
Chronique de jurisprudence
de la Cour européenne des
droits de l'homme
Jacques Englebert

Les médias belges de service
public : quelle influence
du droit européen des aides
d'État ?
Elise Defreyne

Jurisprudence/
Rechtspraak

Droit d'auteur/
Auteursrecht

Grigny Wood c. Amo Promo
Jeunes

Droit des médias/
Mediarecht

E.S. t. Oostenrijk

Buivids

Fashion ID c.
Verbraucherzentrale

Bundesverband der
Verbraucherzentralen
und Verbraucherverbände
– Verbraucherzentrale
Bundesverband eV c.
Planet49

Moët Hennessy Champagne
Services

Liberté d'expression – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Analyse des arrêts rendus en formation de Grande Chambre de 2014 à décembre 2019⁽¹⁾

Jacques Englebert, avocat spécialisé en droit des médias, professeur à l'Université Libre de Bruxelles

1. *Auteurs & Media* m'a fait l'honneur et le plaisir de me demander de reprendre le flambeau de l'œuvre initiée par le professeur Dirk Voorhoof, longtemps en solitaire et, aux cours des dernières années, avec la collaboration de Chris Wiersma, qui consistait à fournir pour chaque livraison de la revue, avec la ponctualité du métronome, un aperçu général de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de la liberté d'expression pendant la période recensée, suivi d'une analyse plus détaillée des arrêts les plus saillants.

La dernière chronique de Dirk Voorhoof et Chris Wiersma couvrait les mois de janvier et février 2014⁽²⁾. L'analyse systématique des arrêts de la Cour européenne portant sur l'article 10 de la Convention, mais également ceux indirectement liés à la liberté d'expression (liberté d'association et de manifestation, respect de la vie privée), sera reprise pour les arrêts prononcés depuis le 1^{er} janvier 2020 et fera l'objet des prochaines chroniques qui seront, comme par le passé, régulièrement publiées.

2. En vue de réaliser la *soudure* entre la dernière chronique de Dirk Voorhoof et la première que je proposerai prochainement aux lecteurs, j'ai choisi de «passer en revue» tous les arrêts rendus par la Cour européenne en formation de Grande Chambre, entre 2014 et 2019, mettant en cause l'article 10 de la Convention européenne.

Il s'agit des onze arrêts suivants :

- *Morice c. France*, GC, 23 avril 2015 ;
- *Delfi AS c. Estonie*, GC, 16 juin 2015 ;
- *Perinçek c. Suisse*, GC, 15 octobre 2015 ;
- *Pentikäinen c. Finlande*, GC, 20 octobre 2015 ;
- *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, GC, 10 novembre 2015 ;
- *Bédat c. Suisse*, GC, 29 mars 2016 ;
- *Karácsony et autres c. Hongrie*, GC, 17 mai 2016 ;

- *Baka c. Hongrie*, GC, 23 juin 2016 ;
- *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, GC, 8 novembre 2016 ;
- *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, GC, 27 juin 2017 ;
- *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et autres c. Bosnie-Herzégovine*, GC, 27 juin 2017.

Plutôt qu'une analyse systématique et exhaustive, j'en retiens quelques morceaux choisis, assortis parfois de commentaires critiques.

I. L'affaire *Morice c. France*⁽³⁾

Arrêt de Chambre du 11 juin 2013 et arrêt de Grande Chambre du 23 avril 2015

Liberté d'expression de l'avocat – Dénonciation de dysfonctionnements du système judiciaire

(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-154264>)

A. Analyse de l'arrêt

3. Contrairement à l'arrêt prononcé par la 5^e section de la Cour, qui avait constaté une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, mais rejeté une violation de l'article 10, la Grande Chambre a, après avoir confirmé la violation de l'article 6, retenu à l'unanimité, la violation de la liberté d'expression de l'avocat parisien M^e Olivier Morice qui s'était exprimé dans la presse sur des dysfonctionnements constatés dans le comportement de deux juges d'instruction dans le cadre de l'affaire *Borrel*, du nom d'un magistrat français, Bernard Borrel, détaché auprès du ministère de la Justice de Djibouti en qualité de conseiller technique, assassiné à Djibouti en 1995.

(1) Tous les arrêts de la Cour européenne sont publiés dans la banque de donnée HUDOC de la Cour, à l'adresse suivante : <https://hudoc.echr.coe.int>. Pour la facilité du lecteur, j'ai mentionné sous chaque intitulé des arrêts analysés le lien permettant d'accéder directement à l'arrêt.

(2) *A&M*, 2014, pp. 249 à 260.

(3) Sur cette affaire, voy. M. CADELLI et J. ENGLEBERT, «Se taire, c'est mentir», *R.T.D.H.*, 2017, n° 109, pp. 169 à 200 et J.-P. BUYLE et P. HENRY, «Dans le prétoire, sur les marches du prétoire, hors du prétoire : la liberté d'expression de l'avocat», *R.C.J.B.*, 2017, pp. 5 et s.

4. La Cour rappelle dans un premier temps sa jurisprudence constante⁽⁴⁾ selon laquelle «le public a un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur les procédures en matière pénale» (§ 152)⁽⁵⁾ et que «le fonctionnement du pouvoir judiciaire» est un sujet d'intérêt général, «ce qui implique un niveau élevé de protection de la liberté d'expression allant de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte» (§ 153). Et ce nonobstant «une certaine hostilité» des propos tenus et «la gravité susceptible de les caractériser» (§ 125).

Par ailleurs, la Cour souligne que l'affaire avait connu, dès son commencement, un retentissement médiatique très important (l'information judiciaire diligentée à la suite du décès du Borrel), que la Justice elle-même avait contribué à l'information du public sur cette affaire (§ 151) et que la Cour avait déjà été saisie à deux reprises de griefs en lien avec l'affaire *Borrel* et le droit au respect de la liberté d'expression concernant précisément des propos tenus sur le déroulement de l'instruction⁽⁶⁾. À chaque fois, l'existence d'un débat public d'intérêt général avait été relevé.

La Cour rappelle également sa jurisprudence selon laquelle les magistrats, même s'ils ne s'exposent pas sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes comme les hommes politiques, doivent néanmoins tolérer que la critique admissible à leur encontre soit plus large, à l'image de celle imposée aux fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles, que pour les simples particuliers. Elle précise également que les critiques admissibles ne se limitent pas aux propos formulés de manière théorique et générale mais que des critiques personnelles sont admissibles également (§ 131).

M^c Morice ayant été poursuivi et condamné pénalement pour diffamation, la Cour observe encore que «même lorsque la sanction est la plus modérée

possible⁽⁷⁾, [...], elle n'en constitue pas moins une sanction pénale et [...], une atteinte à la liberté d'expression peut avoir un effet dissuasif quant à l'exercice de cette liberté, risque que le caractère relativement modéré des amendes ne saurait suffire à faire disparaître» (§ 176). En outre, estime la Cour, «s'il est légitime que les institutions de l'État soient protégées par les autorités compétentes en leur qualité de garantes de l'ordre public institutionnel, la position dominante que ces institutions occupent commande aux autorités de faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale» (§ 127).

B. Commentaires

5. La véritable importance de cet arrêt résulte de la double distinction qu'opère la Cour entre, d'une part, le droit à la liberté d'expression de l'avocat selon qu'il s'exprime dans et hors de l'enceinte judiciaire et, d'autre part, la différence des rôles qui sont assignés aux avocats et aux journalistes dans la dénonciation des dysfonctionnements de la Justice.

1. Quant à la distinction selon que l'avocat s'exprime dans et hors le prétoire

6. Dans le prétoire, l'avocat bénéficie d'une immunité qui est le corollaire du droit de son client à un procès équitable. Toutefois la Cour précise tenir compte, dans la reconnaissance de cette immunité, du fait que «les propos litigieux ne sortent pas de la salle d'audience» (§ 137), sans aucunement faire mention du fait que les audiences sont, sauf strictes exceptions, publiques et qu'elles peuvent faire l'objet de comptes rendus publics ou de retransmissions hors prétoire.

Concernant les propos tenus hors des prétoires, la Cour confirme une jurisprudence novatrice selon laquelle la «défense d'un client peut se poursuivre avec une apparition dans un journal télévisé ou une intervention dans la presse et, à cette occasion, avec une information du public sur des dysfonctionnements de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction» (§ 138)⁽⁸⁾. C'est l'ajout de ce droit d'information sur les dysfonctionnements de la justice, allant nécessairement au-delà de la stricte défense des intérêts de son client, qui constitue l'intérêt essentiel de l'arrêt.

(7) Ce qui était loin d'être le cas en l'espèce, comme le souligne la Cour : «le requérant n'a pas seulement été condamné au pénal : il a fait l'objet d'une sanction qui n'était pas "la plus modérée possible" mais au contraire importante, sa qualité d'avocat ayant même été retenue pour justifier une plus grande sévérité» (§ 176).

(8) Faisant référence à son arrêt *Mor c. France*, 15 décembre 2011, § 59.

(4) Dans le même sens, not. l'arrêt *July Sarl et Libération c. France*, 14 février 2008, § 66.

(5) Et ce, précise la Cour, «alors même que le procès ne serait pas terminé» (§ 125).

(6) La Cour fait référence à l'affaire *July et Sarl Libération c. France*, ayant donné lieu à son arrêt du 14 février 2008, et à l'affaire *Floquet et Esménard c. France*, ayant donné lieu à une décision d'irrecevabilité du 12 janvier 2012. N. Hervieu a souligné à juste titre dans son commentaire du premier arrêt *Morice*, du 12 juillet 2013, que bien que la Cour ait noté que l'affaire *Borrel* «avait des répercussions médiatiques et politiques importantes et qu'elle a connu depuis de nombreux rebondissements», «curieusement, cette circonstance est passée sous silence sur le terrain de l'article 10» («Droit au procès équitable et liberté d'expression (art. 6 et 10 CEDH) : une sévère incitation à la prudence extrajudiciaire pour les acteurs du procès», *Lettre «Actualité Droits-Libertés» du CREDOF*, 14 août 2013).

Selon la Cour, «un avocat doit pouvoir attirer l'attention du public sur d'éventuels dysfonctionnements judiciaires, l'autorité judiciaire pouvant tirer un bénéfice d'une critique constructive» (§ 167).

Il est heureux que la Cour confirme que le but légitime de garantir l'autorité du pouvoir judiciaire (l'un des buts visés par le second paragraphe de l'article 10 de la Convention pouvant justifier des restrictions à la liberté d'expression) n'emporte pas en soi, de manière automatique, l'impossibilité de critiquer les magistrats, même de manière personnelle. Mais, plus encore, qu'elle admette que cette critique puisse dépasser le cadre strict de la défense des intérêts du client. En l'espèce, les juges dont le comportement avait été critiqué par M^e Morice avaient précédemment été dessaisis de l'instruction du dossier en sorte que cette critique ne pouvait plus se prévaloir de la défense judiciaire de la cliente de M^e Morice.

7. Toutefois, certains éléments d'appréciation concrets soulevés par la Cour semblent circonscrire la portée du principe établi permettant aux avocats de s'exprimer hors prétoire et donc dans les médias. La Cour retient notamment le fait qu'en l'espèce ce n'était pas l'avocat Morice qui a porté les faits à la connaissance du journaliste dès lors que ce dernier avait déjà connaissance, «par ses propres sources», des dysfonctionnements dénoncés (§ 162), mais aussi que la volonté première de l'avocat avait été de régler la question par les voies de droit disponibles et que ce n'était qu'après l'exercice desdites voies de recours que le dysfonctionnement était apparu (§ 171).

La question de savoir si un avocat peut alerter la presse de dysfonctionnements ou donner une interview mettant en cause personnellement un magistrat, nonobstant les avancées précitées, semble encore appeler de la part de la Cour de grandes réserves. Celle-ci exige en effet des «circonstances très particulières» pour admettre qu'il soit dérogé à la règle selon laquelle «la défense d'un client par son avocat doit se dérouler non pas dans les médias, [mais] devant les tribunaux compétents, ce qui inclut l'exercice des voies de droit disponibles» (§ 171)⁽⁹⁾. La Cour observe également qu'en l'espèce, si un recours juridictionnel avait pu être introduit, cela «aurait éventuellement justifié de ne pas intervenir dans la presse» (§ 172).

2. Quant à la distinction entre l'avocat et le journaliste

8. La Cour estime que l'avocat ne saurait être assimilé au journaliste compte tenu essentiellement

de la différence de positionnement des deux protagonistes qui occupent des places et des missions intrinsèquement différentes dans le débat judiciaire.

Selon la Cour, «il incombe au journaliste de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général, y compris celles qui se rapportent à l'administration de la justice. Pour sa part, l'avocat agit en qualité d'acteur de la justice directement impliqué dans le fonctionnement de celle-ci et dans la défense d'une partie. Il ne saurait donc être assimilé à un témoin extérieur chargé d'informer le public» (§ 148).

L'avocat serait donc acteur partial et directement impliqué tandis que le journaliste serait un observateur indépendant et extérieur du système qu'il analyse.

9. Cette distinction contredit l'argument soutenu par le Conseil des Barreaux européens (CCBE) dans ses observations en qualité de tiers intervenant, selon lequel lorsque l'avocat, hors prétoire, n'a d'autre choix que de dénoncer publiquement les obstacles au bon déroulement de la procédure, sa liberté de parole devrait alors être équivalente à celle du journaliste (§ 116).

Si l'avocat n'est pas un journaliste en raison du positionnement différent qu'il occupe, il n'en demeure pas moins que lorsqu'il n'a pas d'autre choix que de dénoncer publiquement un dysfonctionnement de la Justice, il serait justifié de considérer qu'agissant précisément en qualité d'acteur de la justice, «directement impliqué dans le fonctionnement de celle-ci», il endosse, comme le journaliste, le rôle de «chien de garde de la démocratie»⁽¹⁰⁾.

II. L'affaire *Delfi AS c. Estonie*

Arrêt de Chambre du 10 octobre 2013 et arrêt de Grande Chambre du 16 juin 2015⁽¹¹⁾

Internet – Responsabilité d'un «portail d'informations» pour les commentaires des internautes

(<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155627>)

(9) Raisonnement en contradiction avec le constat par ailleurs fait qu'en l'espèce l'expression de M^e Morice ne visait plus à servir la défense de sa cliente dès lors que les magistrats critiqués n'étaient plus en charge du dossier.

(10) La Cour a en effet déjà admis, à plusieurs reprises, que la qualité de «chien de garde de la démocratie» n'était pas réservée aux seuls journalistes mais devait bénéficier à tous ceux qui s'expriment, dans l'espace public sur des sujets d'intérêt général, pour la défense d'intérêts légitimes. Voy. *infra*, les développements à propos de l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* [GC], n^{os} 58-61.

(11) L'arrêt a été publié en extraits dans la livraison 2015/5-6 de *A&M*, pp. 411 et s., avec une note d'observations de P.J. OMBELET et P. VALCKE, pp. 417 et s.

A. Analyse de l'arrêt

10. L'actionnaire unique de la société de ferries SLK avait été insulté et menacé par une série de messages postés par les internautes sous un article de presse publié sur la plateforme en ligne *Delfi* qui rapportait que l'entreprise avait brisé une «route de glace» (soit une route ouverte en hiver sur la mer gelée). Une vingtaine de ces commentaires étaient à l'évidence injurieux, certains antisémites ou relevant du discours de haine⁽¹²⁾. Saisies par la société SLK, les juridictions estoniennes ont reconnu que *Delfi* devait être considérée comme responsable de ces publications et l'ont condamnée à une somme de 320 €⁽¹³⁾ pour n'avoir pas empêché la publication de commentaires à l'évidence illicites et pour ne pas les avoir retirés de sa propre initiative (après qu'ils soient restés en ligne pendant six semaines).

Contestant toute responsabilité quant au contenu des commentaires postés par les internautes sur sa plateforme d'actualité en ligne et considérant que sa condamnation par les juridictions nationales revenait à instaurer une «censure privée», *Delfi* porta l'affaire devant la Cour européenne.

Comme le soulignent Th. Léonard et R. Hardouin, l'enjeu était de taille : «la société *Delfi* pouvait-elle être exclue de l'exonération de responsabilité spécifique aux intermédiaires de l'internet – règle harmonisée sur la base de la directive e-commerce du 8 juin 2000 – comme avaient décidé les juridictions estoniennes, pour répondre de sa responsabilité de droit commun, en tant qu'éditeur de contenu sur internet ? Derrière l'interrogation se pose la question du critère permettant la qualification d'intermédiaire aux nouveaux prestataires 2.0. de la société de l'information : fournisseurs de réseaux sociaux (Facebook, etc.), de sites de partage de contenu (YouTube, etc.), hébergeurs de blogs, etc. Ces prestataires sont-ils responsables des contenus publiés par les utilisateurs de leurs services ?»⁽¹⁴⁾.

11. Confirmant l'arrêt de Chambre, la Cour a décidé, à une large majorité (15 voix contre 2), que le fait de considérer qu'un portail d'actualité sur Internet⁽¹⁵⁾ était responsable des commentaires

publiés par les internautes sous un article de presse, ne violait pas le droit à la liberté d'expression de la société qui en assurait la gestion.

Il s'agit du premier arrêt prononcé par le Cour en formation de Grande Chambre sur les «devoirs et responsabilités» d'un portail d'actualités sur Internet, au regard de l'article 10 de la Convention.

12. La Cour précise toutefois expressément limiter la portée de son arrêt aux sites exploités à des fins «professionnelles» et «commerciales», «qui publient des articles sur l'actualité rédigés par des services et qui invitent les lecteurs à les commenter» (§ 115).

Selon la Cour, «la présente affaire ne concerne pas d'autres types de forums sur Internet susceptibles de publier des commentaires provenant d'internautes, par exemple des forums de discussion ou les sites de diffusion électronique, où les internautes peuvent exposer librement leurs idées sur n'importe quel sujet sans que la discussion ne soit canalisée par des interventions du responsable de forum, ou encore les plateformes de médias sociaux où le fournisseur de la plateforme ne produit aucun contenu et où le fournisseur de contenu peut être un particulier administrant un site ou un blog dans le cadre de ses loisirs» (§ 116).

Dans la continuité de cette volonté manifeste de circonscrire la portée de son arrêt, de manière tout à fait inhabituelle, la Cour entame son appréciation du cas par des remarques préliminaires destinées à en préciser la portée⁽¹⁶⁾ et rappelle différents éléments propres au cas d'espèce qui lui est soumis : le portail est l'un des plus grands médias sur Internet du pays ; la nature polémique des commentaires faisait l'objet de préoccupations exprimées publiquement⁽¹⁷⁾ ; les commentaires litigieux consistaient principalement en des discours de haine et en des appels à la violence sans qu'il faille avoir recours à une analyse approfondie pour établir leur caractère illicite.

13. Compte tenu de cette remarque préliminaire, la Cour a estimé ne pas devoir contredire l'appréciation opérée par les juridictions estoniennes

(12) Les messages litigieux sont reproduits au § 18 de l'arrêt.

(13) Alors que SLK réclamait environ 32.000 € en réparation de son préjudice (§ 18).

(14) Th. LÉONARD et R. HARDOUIN, «Arrêt DELFI : la liberté d'expression est-elle en danger ?», *Droit et technologies*, 1^{er} septembre 2015, www.droit-technologie.org/actualites/arret-delfi-la-liberte-dexpression-est-elle-en-danger/.

(15) En l'espèce, il s'agissait du portail d'actualités *Delfi*, un des plus grands d'Estonie, qui publiait jusqu'à 330 articles par jour. Ces articles suscitaient environ 10.000 commen-

taires par jour. Ils étaient pour la plupart postés sous pseudonyme. Trois systèmes de modération étaient mis en place : un système de retrait sur notification, un système de suppression automatique des commentaires contenant la racine de mots obscènes et un système d'avertissement direct et personnel à la société qui supprimait alors immédiatement le commentaire (§§ 11 et 12).

(16) §§ 110 à 117.

(17) Une sorte de consultation juridique avait été publiée dans un quotidien national par le procureur général afin de détailler les recours et actions possibles à l'encontre des commentaires à la suite d'une lettre ouverte contre les critiques méprisantes circulant sur les sites web publics en Estonie dont *Delfi*.

quant à la qualification du portail, excluant ainsi ce dernier de l'exonération européenne de responsabilité accordée aux intermédiaires qui ne font que transporter, héberger ou afficher des propos de tiers sans exercer sur lesdits propos un quelconque travail éditorial. La Cour a donc validé l'analyse des juridictions nationales selon laquelle le portail n'était pas un prestataire passif de services purement techniques dès lors qu'il encourageait la publication de commentaires, que lesdits commentaires représentaient un intérêt économique pour la société et qu'elle exerçait un contrôle sur eux.

Par ailleurs, la Cour insiste encore sur le fait que «les commentaires en cause en l'espèce consistaient principalement en un discours de haine et en des propos incitant directement à des actes de violence». En d'autres termes, l'illicéité apparaissait au premier coup d'œil⁽¹⁸⁾ et la constatation de leur caractère illicite ne nécessitait aucune analyse linguistique ou juridique de la part de Delfi.

Quant au reproche fait aux juridictions nationales d'avoir instauré une «censure privée», la Cour répond qu'«eu égard au fait que tout un chacun dispose de multiples possibilités pour faire entendre sa voix sur Internet, [...] l'obligation pour un grand portail d'actualités de prendre des mesures efficaces pour limiter la propagation de propos relevant du discours de haine ou appelant à la violence [...] ne peut en aucun cas être assimilée à de la "censure privée"» (§ 157).

Tout en reconnaissant que «les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information», la Cour répète qu'elle est aussi consciente de ce que les communications en ligne et leur contenu risquent de porter préjudice à autrui (§ 157). Or, la Cour «attache du poids à la considération qu'il est plus difficile pour une victime potentielle de propos constitutifs d'un discours de haine de surveiller continuellement l'Internet que pour un grand portail d'actualités commercial en ligne d'empêcher la publication de pareils propos ou de retirer rapidement ceux déjà publiés» (§ 158)⁽¹⁹⁾.

Enfin, la société Delfi invoquait la circonstance qu'elle avait mis en place un système de retrait sur notification, accompagné de procédures efficaces permettant une réaction rapide, pour justifier qu'elle avait mis en place un outil approprié de mise en balance des droits et des intérêts de tous les intéressés. En réponse, la Cour estime que si ce système peut «constituer dans bien des cas» une protection efficace, dans des cas «où les commentaires déposés par des tiers se présentent sous la forme d'un discours de haine et de menaces directes à l'intégrité physique d'une personne», la Cour considère «que pour protéger les droits et intérêts des individus et de la société dans son ensemble, les États contractants peuvent être fondés à juger des portails d'actualités sur Internet responsables sans que cela n'emporte violation de l'article 10 de la Convention, si ces portails ne prennent pas de mesures pour retirer les commentaires clairement illicites sans délai après leur publication, et ce même en l'absence de notification par la victime alléguée ou par des tiers» (§ 159).

B. Commentaires

14. Invitée à apprécier la responsabilité d'un «intermédiaire de l'internet» dans la diffusion et la modération de messages publiés sur des forums mis à la disposition des internautes par ces intermédiaires, la Cour a d'emblée souligné que la possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression (§ 110). À l'évidence, la Grande Chambre n'a pas entendu ici dégager des principes généraux ayant vocation à s'appliquer à toutes les expressions sur des sites ou forums en ligne mais a, au contraire, clairement lié ses développements au contexte, selon elle particulier, des faits qui lui étaient soumis.

Le grand intérêt que suscitait l'affaire se déduit du nombre des tierces parties autorisées à intervenir dans la procédure écrite devant la Grande Chambre. Certaines, attachées à la défense de la liberté d'expression: la *Fondation Helsinki pour les droits de l'homme*, l'ONG *Article 19, Access, Media Legal Defence Initiative* et les vingt-huit organisations qui lui sont associées. D'autres, directement liées aux intérêts de plateformes en ligne: la *European Digital Media Association*, la *Computer & Communications Industry Association* et *EuroISPA*, un groupement paneuropéen d'associations de prestataires de services Internet

(18) D. VOORHOOF, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2015/7/article1.fr.html>.

(19) À l'inverse des juges Sajó et Tsotsoria qui, comme le soulignent P.J. Ombelot et P. Valcke, expriment dans leur opinion dissidente «*bun vrees voor "censure collatérale". Volgens hen dreigen nieuwsplatformen simpel- weg de mogelijkheid tot reacties onder hun nieuwsberichten te gaan schrappen om problemen te vermijden, en wordt de impact van de uitspraak van de Grote Kamer danig onderschat. Om verregaande censuur te vermijden, ijveren ze voor het voortbestaan van reactiemogelijkheden voor burgers, daarbij*

benadrukkend dat de mogelijkheid tot het reageren op nieuwsberichten op het internet een cruciaal onderdeel is van de nieuwe wijze waarop burgers onderling ideeën uitwisselen. Sterker nog, ze besluiten dat de Grote Kamer gefaald is in het exact bepalen of de inmenging door de Estse rechtsinstanties daadwerkelijk gebaseerd was op goede en geloofwaardige gronden» (op. cit., p. 420).

européens. Toutes ces interventions promouvaient la liberté d'expression des internautes, la nécessité de ne pas décourager l'expression en ligne et de ne pas imposer aux plateformes d'obligations trop strictes de contrôle des commentaires des internautes.

On pourrait, *a priori*, penser qu'elles n'ont pas été entendues par la Cour.

15. En réalité, l'arrêt *Delfi* est un nouvel exemple des effets négatifs du principe de subsidiarité (§ 127) sur l'étendue du contrôle qu'opère la Cour. «Il n'appartient pas à la Cour de se substituer aux juridictions internes. C'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, qu'il appartient d'interpréter et d'appliquer le droit interne en vigueur. La Cour n'intervient que marginalement non pas en permettant un ultime recours sur le fond – ce qui supposerait qu'elle prenne position sur la règle interne applicable – mais pour contrôler si la décision prise dans un État membre est compatible avec les valeurs protégées par la Convention. Elle le fait en ne sanctionnant que l'atteinte “disproportionnée” laissant ainsi nécessairement aux États membres une marge de manœuvre dans leurs décisions et jugements»⁽²⁰⁾. C'est l'application par la Cour de cette règle de la subsidiarité qui explique, en l'espèce, l'apparente «incohérence» qui semble ressortir de la distinction que la Cour opère entre un site comme *Delfi* «alors que le modèle est proche voire identique de celui des forums de discussion» évoqués par la Cour «où les internautes peuvent exposer librement leurs idées sur n'importe quel sujet» (§ 116)⁽²¹⁾.

III. L'affaire *Perinçek c. Suisse*⁽²²⁾

Arrêt de Chambre du 12 novembre 2013 et arrêt de Grande Chambre du 15 octobre 2015

Discours de haine – Négationnisme – Art. 17 de la Convention au regard de la liberté d'expression
(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-158216>)

(20) Th. LÉONARD et R. HARDOUIN, «Arrêt DELFI: la liberté d'expression est-elle en danger?», *op. cit.*

(21) R. HARDOUIN, «Faut-il sauver le soldat “liberté d'expression”?», *I2D – Information, données & documents*, 2015/4 (vol. 53), p. 27, www.cairn.info/revue-i2d-information-donnees-et-documents-2015-4-page-27.htm#.

(22) Sur cette affaire, voy. Th. HOCHMANN, «Négationnisme du génocide arménien: défauts et qualités de l'arrêt *Perinçek contre Suisse*», *R.D.L.F.*, 2015, chron. n° 27, www.revuedlf.com/cedh/negationnisme-du-genocide-armenien-defauts-et-qualites-de-larret-perincek-contre-suisse/ et G. VAN DOOSELAERE, «État des lieux de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme», *A&M*, 2016, pp. 415 et s.

16. Dans cet arrêt, la Grande Chambre de la Cour a tracé méthodiquement les critères à prendre en considération face au discours négationniste. C'est la grande qualité que la doctrine lui reconnaît⁽²³⁾. L'arrêt n'a par contre nullement mis un terme aux divergences de positions entre ce qui relève ou non du «discours de haine». Le sujet, portant sur la négation du génocide arménien, était des plus délicats. Il explique les précautions avec lesquelles la Cour cherche à délimiter l'objet précis du litige dont elle était saisie (§§ 100 à 102), le nombre impressionnant de parties autorisées à intervenir⁽²⁴⁾, et les développements circonstanciés que la Cour consacre à chaque question litigieuse. Il n'en reste pas moins que ce n'est que par une faible majorité que l'arrêt a été adopté (10 voix contre 7, sur la violation de l'article 10).

17. À l'origine de l'affaire, Dogu Perinçek, docteur en droit et président général du Parti des travailleurs de Turquie, a été condamné par les tribunaux suisses en raison des propos tenus lors de trois conférences au cours desquelles il nia publiquement l'existence de tout génocide perpétré par l'Empire ottoman contre le peuple arménien en 1915. Il qualifia de «mensonge international» l'idée d'un génocide arménien. Sur plainte de l'association Suisse-Arménie, M. Perinçek a été reconnu coupable de discrimination raciale au sens de l'article 261bis, alinéa 4, du Code pénal suisse dès lors que les mobiles poursuivis étaient de nature raciste et ne relevaient pas du débat historique.

18. L'éventualité d'un rejet de la requête sur la base de l'article 17 de la Convention a été soulevée d'office par la Cour, dans le cadre de la première procédure⁽²⁵⁾. La Grande Chambre observe à cet égard

(23) C. BIGOT, «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de liberté d'expression, Août 2015-Juillet 2016», *Légipresse*, n° 341, 2016, p. 12; Commentaire de humanrights.ch, <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/cas-credh/cas-suisse-expliques/arret-grande-chambre-credh-perincek>, 16 octobre 2015.

(24) À savoir le gouvernement turc, qui a exercé son droit d'intervention, les gouvernements arménien et français, qui ont été autorisés à intervenir, ainsi que les organisations non gouvernementales et personnes suivantes: l'Association Suisse-Arménie; la Fédération des associations turques de Suisse romande; le Conseil de coordination des organisations arméniennes de France; l'Association turque des droits de l'homme, le Centre Vérité Justice Mémoire et l'Institut international pour l'étude du génocide et des droits de l'homme; la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH); la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (Licra); le Centre de la protection internationale, et un groupe d'universitaires français et belges.

(25) Pour une analyse détaillée du recours à l'article 17 de la Convention dans les affaires de négationnisme, voy. G. VAN DOOSELAERE, «État des lieux...», *op. cit.*

qu'«ayant jugé que les propos du requérant ne s'analysaient pas en une incitation à la haine à l'encontre du peuple arménien, qu'il n'avait pas exprimé de mépris à l'égard des victimes des événements survenus en 1915 et les années suivantes et qu'il n'avait pas été poursuivi pour avoir cherché à justifier un génocide, la chambre a conclu qu'il n'avait pas exercé sa liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. Il n'y avait donc pas lieu [...] de conclure à un tel rejet» (§ 104). Devant la Grande Chambre, étrangement, seules les parties intervenantes ont expressément soulevé cette question dans leurs observations. Le Gouvernement français, suivi en cela par l'*association Suisse-Arménie* et par la *Licra*, estimait que la «négarion d'un génocide constitue en elle-même une incitation à la haine et au racisme» et que «le débat historique, pour bénéficier de la protection de l'article 10 de la Convention, devrait s'inscrire dans une recherche de la vérité et non servir à l'affirmation d'un projet idéologique. Des opinions qui traduiraient un manque de critique interne et la volonté d'écarter les témoignages de certains acteurs des événements, et ainsi ne se conformeraient pas aux règles de la méthode historique, n'appelleraient pas cette protection: leurs auteurs n'auraient pas le souci du débat d'opinions et de la recherche de la vérité historique. De tels propos relatifs à un génocide seraient offensants pour la mémoire et l'honneur des victimes et relèveraient de l'article 17 de la Convention» (§ 108). Sans surprise, le Gouvernement turc et la *fédération des associations turques de Suisse*, contestant l'existence d'un génocide arménien, ont signifié qu'ils ne partageaient pas cette analyse (§§ 106, 107 et 110).

La FIDH estimait raisonnablement «que, compte tenu de ses lourdes conséquences et des risques de subjectivité, l'article 17 de la Convention doit être appliqué avec la plus grande précaution. La jurisprudence de la Cour sur le point de savoir si des propos tombent sous le coup de cette disposition manquerait de cohérence et donnerait lieu à d'intenses débats. Aussi vaudrait-il mieux examiner cette question sur le terrain de l'article 10, § 2, de la Convention, à l'aune du critère de proportionnalité» (§ 111).

C'est en ce sens que s'est prononcée la Grande chambre, estimant que «l'article 17 ne s'applique qu'à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes» et que «dans les affaires relatives à l'article 10 de la Convention, il ne doit être employé que s'il est tout à fait clair que les propos incriminés visaient à faire dévier cette disposition de sa finalité réelle par un usage du droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires aux valeurs de la Convention» (§ 114). En conséquence, la Cour a décidé de joindre la question de l'application de l'article 17 au fond du grief soulevé par le requérant. Il lui restait dès lors à vérifier si l'ingérence dans

la liberté d'expression du requérant répondait à un besoin social impérieux dans une société démocratique (§ 115).

19. Sur le fond, dans son premier arrêt, la Cour avait estimé que la preuve de la réalité d'un génocide n'était pas suffisamment établie, dès lors qu'elle ne résultait que d'un «consensus général» et non d'une condamnation émanant d'une juridiction internationale compétente. En conséquence, les motifs avancés par les juridictions nationales suisses apparaissaient insuffisants pour justifier la condamnation du requérant.

Dans le second arrêt, la Grande Chambre a estimé ne pas avoir à arbitrer des débats d'ordre historique. En conséquence, l'appréciation de la nécessité de l'ingérence dans l'expression de propos concernant des événements historiques doit s'opérer «au cas par cas» et «est fonction des effets combinés de la nature et des répercussions potentielles des propos ainsi que du contexte dans lequel ils ont été tenus» (§ 220).

En l'espèce, tout se joue sur l'interprétation donnée aux propos incriminés. Ceux-ci, selon la Grande Chambre, ne relevaient que du «négarionisme simple»⁽²⁶⁾ en ce sens que Perinçek se contentait de nier le génocide arménien mais ne portait aucune accusation contre les Arméniens eux-mêmes. Il ne s'agit dès lors pas d'«une forme d'incitation à la haine ou à l'intolérance. Le requérant n'a pas fait preuve de mépris ou de haine à l'égard des victimes des événements survenus en 1915 et les années suivantes [...]. Il n'a pas traité les Arméniens de menteurs, usé de termes injurieux à leur égard ni cherché à les caricaturer» (§ 233). Au contraire, selon la Cour, de l'holocauste juif, dont la «négarion, même habillée en recherche historique impartiale, traduit invariablement une idéologie antidémocratique et antisémite» (§ 243). La Cour estime en conséquence que «les propos du requérant, appréciés comme un tout ainsi que dans leur contexte immédiat et plus général, ne peuvent pas être assimilés à des appels à la haine, à la violence ou à l'intolérance envers les Arméniens» (§ 239). À cela, s'ajoute un nouveau critère d'appréciation: «le contexte historique, géographique et temporel des faits niés et de l'ingérence. [...]. Partant, les États où l'incrimination de

(26) Comme le précise Th. Hochmann, «l'usage établi qualifie de "négarionisme qualifié" une expression qui nie un crime contre l'humanité et attaque simultanément un groupe de personnes. Le négarionisme qualifié est donc un type de discours de haine. Lorsque le second élément fait défaut et que l'expression "se contente" de contester l'existence du crime, on parle de "négarionisme simple"» («Négarionisme du génocide arménien...», *op. cit.*).

la négation de la Shoah a été jugé compatible avec la Convention sont ceux “qui ont connu les horreurs nazies et dont on peut estimer qu’ils ont une responsabilité particulière: se distancier des atrocités de masse commises par eux ou avec leur complicité”. En revanche, la grande chambre constate qu’il n’existe “aucun lien de responsabilité de cette nature entre la Suisse et les événements survenus en 1915 et les années suivantes dans l’Empire ottoman”. En outre, elle affirme que le décalage dans le temps entre les événements tragiques en question et la résurgence d’un débat polémique atténue les conséquences des propos litigieux⁽²⁷⁾.

Fort de ce constat, G. Van Dooselaere estime «que ce critère du contexte historique, géographique et temporel constitue la nouvelle condition objective requise par la Cour pour juger conforme à la C.E.D.H. l’incrimination du négationnisme et, en conséquence, y appliquer l’article 17. Ce critère est tout à fait fondamental puisque c’est à l’aune de celui-ci que la Cour détermine dorénavant les événements historiques dont le négationnisme conditionné peut être sanctionné conformément à la C.E.D.H. et, partant, privé de la protection de l’article 10 de la C.E.D.H. en vertu de son article 17»⁽²⁸⁾.

20. C’est sur la base d’une toute autre interprétation des propos litigieux que les juges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis et Kūris ont développé leur opinion dissidente commune. À leur estime, les propos litigieux «constituent [...] une dénaturation des faits historiques qui va bien au-delà d’une simple négation du génocide arménien [...]. Ils contiennent l’animus d’insulter un peuple. Il s’agit d’un véritable détournement qui vise les Arméniens en tant que groupe, tente de justifier les agissements des autorités ottomanes en les présentant presque comme défensifs et revêt une connotation raciste dénigrant la mémoire des victimes [...]. Dans la mesure où il tente de discréditer l’“évidence”, le discours en question [...] peut même être assimilé à un appel sinon à la haine et à la violence, du moins à l’intolérance envers les Arméniens. Loin d’être de nature à la fois historique, juridique et politique, il présente les Arméniens comme les agresseurs du peuple turc. Il qualifie de “mensonge international” l’emploi du terme “génocide” pour désigner les atrocités commises contre les Arméniens».

(27) G. VAN DOOSELAERE, «État des lieux...», *op. cit.*, p. 424.

(28) *Ibidem*, pp. 424 et 425. Pour la critique de ce nouveau critère, *ibidem*, pp. 426 et s.

IV. L’affaire *Pentikäinen c. Finlande*

Arrêt de Chambre du 4 février 2014 et arrêt de Grande Chambre du 20 octobre 2015

Entraves à l’exercice par un journaliste de sa profession – Arrestation au cours d’une manifestation – Refus d’obéir à l’ordre de l’autorité – Condamnation sans peine – Nécessité et proportionnalité de l’ingérence

(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-158283>)

A. Analyse de l’arrêt

21. Markus V. Pentikäinen, photographe de presse pour l’hebdomadaire finlandais *Suomen Kuvalehti*, se disait victime d’une ingérence dans l’exercice de son droit à la liberté d’expression, alléguant que la police, après lui avoir enjoint de quitter les lieux où se déroulait une manifestation qu’il couvrait pour son journal, l’avait arrêté et maintenu en garde à vue pendant plus de dix-sept heures, sans pouvoir communiquer les informations dont il disposait et qu’il avait ensuite été accusé et déclaré coupable du délit d’atteinte à l’autorité de la police. Aucune peine ne lui fut infligée au-delà du constat de culpabilité. Le requérant soutenait que son arrestation et sa condamnation avaient eu un effet dissuasif sur l’exercice de ses activités professionnelles de journaliste.

22. La première question posée a été celle de savoir si l’arrestation d’un journaliste refusant d’obtempérer aux ordres de dispersion de la police, au cours d’une manifestation, doit s’analyser comme une ingérence dans la liberté d’expression du journaliste. Selon la Chambre initialement saisie de l’affaire, l’arrestation par la police d’un journaliste, dans l’exercice de ses fonctions et dans le contexte d’une manifestation, laisse présumer une ingérence dans la liberté d’expression de ce dernier⁽²⁹⁾. La position adoptée par la Grande Chambre est plus nuancée: «Bien que les mesures litigieuses n’aient pas spécifiquement visé le requérant en sa qualité de journaliste et qu’elles aient résulté du refus de celui-ci d’obtempérer aux ordres de dispersion lancés par la police à toutes les personnes présentes dans le secteur bouclé par le cordon policier, l’exercice par l’intéressé de ses activités de journaliste en a pâti, car celui-ci s’était rendu sur les lieux pour couvrir les événements en qualité de photographe de presse» (§ 83).

23. La Grande Chambre va ensuite vérifier si l’arrestation, le maintien en garde à vue pendant plus de 17 heures et ensuite la condamnation du requé-

(29) Arrêt CEDH, 4 février 2014, *Pentikäinen c. Finlande*, § 35.

rant répondaient à un besoin social et si ces mesures étaient proportionnées au but poursuivi.

Elle commence par «souligner que les médias jouent un rôle crucial en matière d'information du public sur la manière dont les autorités gèrent les manifestations publiques et maintiennent l'ordre. En pareilles circonstances, le rôle de "chien de garde" assumé par les médias revêt une importance particulière en ce que leur présence garantit que les autorités pourront être amenées à répondre du comportement dont elles font preuve à l'égard des manifestants et du public en général lorsqu'elles veillent au maintien de l'ordre dans les grands rassemblements, notamment des méthodes employées pour contrôler ou disperser les manifestants ou maintenir l'ordre public. En conséquence, toute tentative d'éloigner des journalistes des lieux d'une manifestation doit être soumise à un contrôle strict» (§ 89).

À la lecture de la suite de l'arrêt, on ne peut s'empêcher de voir dans cette observation préalable, une tentative précautionneuse d'échapper à la critique. Il apparaît toutefois, comme le soulignera le juge R. Spano, dans son opinion dissidente⁽³⁰⁾, que la Cour oubliera ensuite de tenir précisément compte de ce «rôle crucial».

24. Pour apprécier la nécessité des mesures prises par les autorités finlandaises contre le requérant, il convient en effet de mettre en balance les intérêts contradictoires mais légitimes suivants : celui de la police à maintenir l'ordre public dans le contexte d'une manifestation violente et celui du public à recevoir des informations sur une question d'intérêt général.

La Cour va considérer que la manifestation présentait à l'évidence des risques de dérapages violents en sorte que la présence policière renforcée était légitime, de même que l'ordre donné en début de soirée aux manifestants d'évacuer la place occupée.

Le débat va se focaliser sur les questions de savoir si cet ordre d'évacuation s'adressait également au photographe de presse qui ne manifestait pas (aucun comportement déplacé ni violent ne lui est reproché) mais qui couvrirait l'événement, s'il avait pris les mesures nécessaires pour pouvoir être aisément identifié comme un journaliste et non comme un manifestant et si son comportement face à l'ordre d'évacuation était approprié.

La Cour va d'abord observer que le comportement du requérant n'était pas vierge de toute critique. En effet, la Cour relève qu'il «a été appréhendé à l'intérieur de la zone bouclée par le cordon policier, où il se trouvait avec le noyau dur des manifestants

qui se tenaient par les bras». Il ressort par ailleurs des enregistrements vidéo que le requérant «était vêtu de couleurs sombres qui correspondaient au "code vestimentaire" recommandé aux manifestants, et que, contrairement à certains de ses confrères qui avaient revêtu un gilet ou une veste jaune, il ne portait aucun vêtement ou insigne propre à indiquer qu'il était journaliste. Il n'y avait semble-t-il aucune indication, par exemple sur [son appareil photo], qu'il travaillait pour *Suomen Kuvalehti*». Enfin, il n'apparaît ni des enregistrements vidéos ni des photos versées au dossier, où il figure, qu'il portait sur lui, de façon visible, sa carte de presse. En conséquence, il semble à la Cour «que son apparence ne le distinguait pas clairement des manifestants. Il est donc probable que le requérant [...] n'était pas facilement identifiable comme journaliste avant son interpellation» (§ 98).

Par ailleurs, la Cour constate qu'il subsiste un doute sur le fait et la façon dont le requérant aurait informé la police qu'il était journaliste : «la Cour estime que si le requérant avait voulu que la police sût qu'il était journaliste, il aurait dû s'efforcer de se faire connaître de manière suffisamment claire comme tel en mettant des vêtements distinctifs ou en portant en permanence sa carte de presse de manière visible ou par tout autre moyen approprié. Or il ne l'a pas fait» (§ 99).

La Cour pointe aussi le comportement du requérant face à l'ordre d'évacuation, estimant qu'il n'est pas crédible lorsqu'il prétend qu'il n'a pas eu connaissance de cet ordre ou qu'il pensait qu'il ne s'adressait pas à lui. Au contraire, pour la Cour, c'est sciemment et en parfaite connaissance de cet ordre que le requérant a décidé de rester : «Dès lors que le requérant savait manifestement ce qu'il faisait, la Cour ne peut admettre qu'il n'était pas au courant des ordres de la police. En outre, en tant que journaliste rendant compte du comportement de la police, l'intéressé ne pouvait ignorer les conséquences juridiques éventuelles d'un refus d'obtempérer à un ordre de la police. Par conséquent, force est à la Cour de conclure qu'en refusant de se conformer aux sommations des forces de l'ordre le requérant a pris sciemment le risque de se faire interpellé pour atteinte à l'autorité de la police» (§ 100).

Enfin, la Cour observe que tous les autres journalistes présents sur place (une cinquantaine) ont obtempéré aux ordres de la police, qu'ils ont pu couvrir la manifestation jusqu'à quelques minutes avant l'arrestation du requérant, et qu'aucune mesure ne fut prise contre eux. La Cour estime dès lors que «le requérant aurait lui aussi pu quitter les lieux n'importe quand et franchir le cordon policier sans être inquiété pendant toute la période où le site de la manifestation a été bouclé» et qu'il «ne ressort aucunement du dossier que, s'il avait obtempéré à l'ordre de la police de quitter la zone bouclée, le requérant

(30) À laquelle se sont ralliés les juges D. Spielman, P. Lemmens et D. Dedov.

n'aurait pas pu continuer à accomplir sa mission professionnelle, même à proximité immédiate de cette zone où, par la suite, la police a dispersé la foule et appréhendé les contestataires» (§ 101).

25. Dès lors que les policiers étaient en droit d'appréhender et d'incarcérer les manifestants réfractaires, «la qualité de journaliste du requérant ne lui conférait pas de droit à un traitement préférentiel ou différent par rapport aux autres personnes présentes sur les lieux de la manifestation» (§ 109).

La Cour relèvera encore qu'après son arrestation, le requérant a été une des premières personnes libérées et qu'il a pu récupérer l'intégralité de son matériel photographique en ce compris toutes ses photos. Et qu'ensuite, s'il a été poursuivi et condamné pour atteinte à l'autorité de la police, aucune peine n'a été prononcée à son encontre dès lors que le tribunal finlandais a considéré que l'acte qui lui était reproché était «excusable» au motif qu'en sa qualité de journaliste, le requérant «avait été confronté à des obligations contradictoires découlant des injonctions de la police, d'une part, et des exigences de son employeur, d'autre part» (§ 112).

La Grande Chambre en tire la conclusion générale suivante: «il ressort clairement du dossier [...] que les autorités n'ont pas délibérément empêché les médias de couvrir la manifestation ou entravé leur travail pour essayer de dissimuler au public l'attitude de la police vis-à-vis de la manifestation en général ou des manifestants en particulier». En conséquence, «au regard des circonstances particulières de l'espèce et en tenant dûment compte de la nécessité d'éviter toute atteinte au rôle de “chien de garde” des médias», la Cour conclut que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression pouvait passer pour «nécessaire dans une société démocratique» (§ 114).

B. Commentaires

26. Au § 107 de l'arrêt, la Cour observe «que, parmi la cinquantaine de journalistes qui s'étaient rendus sur le site de la manifestation, le requérant est le seul à s'être plaint d'une violation de sa liberté d'expression dans le cadre de cet événement».

C'est là que se situe le problème.

Si le requérant est le seul à pouvoir se plaindre d'une entrave à sa liberté d'informer, c'est parce qu'il est le seul journaliste à avoir décidé de rester sur place pour couvrir l'évacuation par la police du dernier «noyau dur des manifestants qui se tenaient par les bras»⁽³¹⁾ (§ 98). Or, comme l'observe très

justement le juge R. Spano dans son opinion dissidente, c'est «à ce moment précis qu'il était essentiel pour les journalistes, au regard de l'article 10 de la Convention, de pouvoir observer les choix opérationnels effectués par la police s'agissant de l'interpellation et de la dispersion des derniers manifestants pour garantir la transparence de l'action de la police et l'obliger à rendre des comptes, le cas échéant». Ajoutant qu'il «va sans dire que les méthodes employées par la police pour faire face à une telle situation méritaient d'être observées de très près par les journalistes».

Cette couverture ne pouvait se réaliser qu'au cœur de l'action, le requérant ayant clairement exposé à la Cour «que la vue de ce qui se passait à l'intérieur du cordon depuis l'extérieur était obstruée par la densité du cordon, [...] composé de plusieurs rangées de policiers, et par la présence de fourgonnettes et de fourgons cellulaires» (§ 69). En conséquence, s'il voulait faire son travail de chien de garde de la démocratie jusqu'au bout, et plus encore, jusqu'au moment où les risques de dérapages étaient les plus élevés, il s'imposait de rester sur place, nonobstant l'ordre d'évacuer émis par la police.

27. Si le journaliste ne peut pas légitimement, sur le fondement de l'article 10 de la Convention, résister à un tel ordre, les autorités pourront toujours, sous le couvert de la garantie de l'ordre public et de la sécurité du journaliste lui-même, empêcher toute présence de tiers témoins, ces journalistes «investigateur[s] et combatif[s]» pour reprendre l'expression du juge R. Spano, pouvant rendre compte de la façon dont l'évacuation finale d'une manifestation s'est opérée.

Face à la multiplication, depuis quelques années, des violences policières dans toute l'Europe à l'encontre de citoyens qui manifestent démocratiquement leurs opinions, l'aveuglement de la Grande Chambre est très inquiétant.

En estimant que la qualité de journaliste ne conférait pas au requérant «de droit à un traitement préférentiel ou différent par rapport aux autres personnes présentes sur les lieux de la manifestation» (§ 109), la Cour interdit *de facto* à la presse de remplir sa mission, notamment en rendant compte de la mise en œuvre de la force policière pour mettre fin à des manifestations considérées comme violentes.

Il apparaît ainsi que même si la qualité de journaliste du requérant avait été visiblement mise en avant, cela n'aurait absolument rien changé à l'attitude de la police à son égard puisque cette qualité ne lui permettait pas d'espérer pouvoir continuer à remplir sa mission d'information.

28. Comme le souligne D. Voorhoof, cet arrêt «aura sans aucun doute une incidence sur les futures demandes relatives au droit des journalistes de recueillir des informations dans les zones de conflit, de manifestation ou de tumulte violent où interviennent les

(31) Attitude qui, par ailleurs, ne témoigne pas d'une extrême violence dans le chef de ce «noyau dur».

forces armées ou de police»⁽³²⁾. Même sans condamnation à la clé, l'effet dissuasif sur la liberté d'informer que peut produire l'arrestation des journalistes qui couvrent une manifestation, et leur garde à vue de nombreuses heures, peut difficilement être nié.

Comment ne pas voir en outre que, dès lors que l'ordre d'évacuer provient d'une des parties dont les faits et gestes sont précisément placés sous l'œil et partant le contrôle de la presse, la police pourrait être tentée d'abuser de ce pouvoir pour interdire à la presse de remplir sa mission d'information et empêcher que d'éventuels débordements puissent être révélés publiquement. On a bien vu, depuis les manifestations des gilets jaunes en France, que le témoignage *a posteriori* d'un manifestant maltraité a évidemment nettement moins de poids (médias) que les images des violences policières prises en direct et diffusées sur les réseaux sociaux.

29. Bien que cela nous éloigne quelque peu du cadre de la présente chronique et que les circonstances de la cause ne présentent pas de similitudes avec celles de l'affaire *Pentikäinen*, il s'impose d'évoquer ici l'arrêt *Buivids* de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 février 2019⁽³³⁾ qui s'est prononcé sur la double question de savoir si l'enregistrement vidéo de policiers dans l'exercice de leurs fonctions, dans un commissariat et la diffusion de ces images sur Internet relevaient du champ d'application de la directive sur les données personnelles (en l'espèce, la directive en cause était l'ancienne directive 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) et, dans l'affirmative, si l'exception du traitement de telles données «aux seules fins de journalisme» pouvait être invoquée⁽³⁴⁾.

À la première question, la CJUE répond que l'image d'une personne enregistrée par une caméra constitue bien «une donnée à caractère personnel» et que la diffusion de cette vidéo sur YouTube doit être considérée comme un «traitement» de ces données : «dans la mesure où M. Buivids a publié, sans restriction d'accès, la vidéo en cause sur un site Internet

de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder et partager celles-ci, rendant ainsi accessibles des données à caractère personnel à un nombre indéfini de personnes, le traitement de données à caractère personnel en cause au principal ne s'inscrit pas dans le cadre de l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques» (point 43). À l'argument selon lequel les policiers avaient été filmés dans l'exercice de leurs fonctions, la Cour répond que «le fait de procéder à un enregistrement vidéo de membres de la police dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions n'est pas de nature à exclure un tel type de traitement de données à caractère personnel du champ d'application de la directive 95/46. En effet, [...], cette directive ne prévoit aucune exception qui exclurait [de son] champ d'application [...] les traitements de données à caractère personnel concernant des fonctionnaires. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la circonstance qu'une information s'inscrit dans le contexte d'une activité professionnelle n'est pas de nature à lui ôter sa qualification de «donnée à caractère personnel»» (points 44 à 46).

Avant de répondre à la seconde question, quant à «l'exception de journalisme», la Cour prend soin de rappeler que «les dispositions d'une directive doivent être interprétées au regard de l'objectif qu'elle poursuit et du système qu'elle institue» (point 49). Ainsi, si la directive «tend à ce que les États membres, tout en permettant la libre circulation des données à caractère personnel, assurent la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement desdites données», la Cour souligne immédiatement que «cet objectif ne saurait, cependant, être poursuivi sans tenir compte du fait que lesdits droits fondamentaux sont à concilier, dans une certaine mesure, avec le droit fondamental de la liberté d'expression» (point 50). Or, rappelle la Cour, «afin de tenir compte de l'importance que détient la liberté d'expression dans toute société démocratique, il convient d'interpréter les notions y afférentes, dont celle de journalisme, de manière large» (point 51).

Ces prémices étant posées, la Cour rappelle avoir déjà décidé que l'«exception de journalisme» n'est pas réservée aux seuls journalistes professionnels mais s'applique «également à toute personne exerçant des activités de journalisme», c'est-à-dire toutes activités «qui ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit» (points 52 et 53)⁽³⁵⁾.

(35) La Cour renvoie à ce qu'elle a déjà décidé dans son arrêt *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, C-73/07, du

(32) D. VOORHOOF, «Liberté de la presse en matière de collecte d'informations, d'accès à l'information et de protection des lanceurs d'alerte en vertu de l'article 10 de la CEDH et des normes du Conseil de l'Europe», in O. ANDREOTTI (dir.), *Le journalisme à l'épreuve – Menaces, enjeux et perspectives*, éd. Conseil de l'Europe, 2016, p. 127.

(33) CJUE, arrêt C-345/17, affaire *Sargejs Buivids*, sur question préjudicielle de la Cour suprême de Lettonie.

(34) Cette question se reposera lors de l'analyse de l'arrêt CEDH, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* [GC], *infra*, n°s 56 et s.

Les conséquences en coulent de source : « la circonstance que M. Buivids ne soit pas un journaliste de profession n'apparaît pas de nature à exclure que l'enregistrement de la vidéo en cause ainsi que la publication de celle-ci sur un site Internet de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder et partager celles-ci puissent relever de cette disposition. En particulier, le fait, pour M. Buivids, d'avoir mis en ligne cet enregistrement sur un tel site Internet, [...] ⁽³⁶⁾, ne saurait, en soi, ôter à ce traitement de données à caractère personnel la qualité d'avoir été effectué "aux seules fins de journalisme", [...]. En effet, il y a lieu de tenir compte de l'évolution et de la multiplication des moyens de communication et de diffusion d'informations. Ainsi, la Cour a déjà jugé que le support au moyen duquel les données traitées sont transmises, classique tel que le papier ou les ondes hertziennes, ou électronique tel que l'Internet, n'est pas déterminant pour apprécier s'il s'agit d'une activité "aux seules fins de journalisme" » (points 55 à 57).

La Cour réserve aux juridictions nationales saisies de l'affaire le soin de déterminer si, *in casu*, le traitement des données personnelles litigieuses relève ou non de l'exception de journalisme. Elle donne toutefois deux indications importantes. D'une part, précise-t-elle, « la juridiction de renvoi pourra notamment prendre en considération le fait que, selon M. Buivids, la vidéo en cause a été publiée sur un site Internet afin d'attirer l'attention de la société sur les pratiques prétendument irrégulières de la police qui se seraient déroulées lors de sa prise de déposition », tout en soulignant « que la constatation de telles pratiques irrégulières ne constitue pas une condition pour l'applicabilité » de l'exception (points 60 et 61). Ensuite, la Cour de justice invite les juges nationaux à « coller aussi fortement que possible à la jurisprudence de la CEDH » ⁽³⁷⁾ aux fins d'effectuer la mise en balance entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression, renvoyant expressément aux critères mobilisés par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* [GC], du 27 juin 2017 ⁽³⁸⁾.

V. L'affaire *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*

Arrêt de Chambre du 13 mai 2014 et arrêt de Grande Chambre du 10 novembre 2015 ⁽³⁹⁾

Informations contribuant à un débat d'intérêt général – Vie privée des personnalités publiques

(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-158855>)

30. Un litige a opposé Albert II de Monaco à *Paris-Match*, en raison de la publication d'une interview d'une hôtesse de l'air d'origine togolaise, M^{me} Coste, exposant être l'ex-compagne du Prince et révélant être la mère de son enfant ⁽⁴⁰⁾, détaillant l'origine de leur rencontre, de leur relation et de l'attitude du prince à la suite de la naissance de son fils, le tout accompagné d'une série de photographies illustrant l'intimité du couple avec l'enfant. *Paris-Match* fut condamné, par les juridictions françaises, à payer 50.000 € au Prince outre la publication d'un communiqué, sur un tiers de couverture, informant ses lecteurs que le magazine avait été condamné pour avoir porté atteinte à la vie privée et au droit à l'image de Albert II de Monaco (§ 28).

31. *Paris-Match* estimant que cette condamnation constituait une ingérence dans sa liberté d'information contraire à l'article 10 de la Convention en a dès lors saisi la Cour européenne. Ce recours a donné l'occasion à la Grande Chambre de passer en revue et de mettre en œuvre tous les principes traditionnellement convoqués lorsque s'opposent « l'espérance légitime » de protection et de respect de la sphère privée d'une personnalité publique (§§ 117 et s.) et l'intérêt, tout aussi légitime, que peut nourrir le public, dans certaines circonstances, pour les « détails » de la vie privée de telles personnalités.

L'arrêt analyse ainsi dans le détail, tant en théorie qu'*in concreto*, notamment :

- la notion de débat d'intérêt général et d'informations pouvant légitimement contribuer à un tel débat, soulignant qu'une interprétation trop restrictive – comme celle préconisée par les gouvernements français et monégasque – la réduirait à une coquille vide (§ 66) ;

16 décembre 2008, points 58 et 61. Cette même affaire donnera lieu, en 2017 à l'arrêt CEDH, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* [GC], analysé *infra*, n°s 56 et s.

(36) En l'occurrence, le site www.youtube.com.

(37) E. WERY, « Filmer la police ? La CJUE est plutôt favorable », *Droit & Technologies*, 18 février 2019 (www.droit-technologie.org/actualites/filmer-la-police-la-cjue-nest-pas-contre/).

(38) Voy. *infra*, n°s 56 et s.

(39) Un résumé de l'arrêt a été publié dans la livraison 2016/3 de *A&M*, pp. 276 et 277, avec une note d'observations de D. VOORHOOF, « Grand Chamber rules in pivotal *privacy* case and challenges male-orientated view on keeping silence over mistress and lovechild », pp. 277 et s.

(40) L'existence de cette filiation n'avait jamais été révélée. Le Prince Albert II n'a reconnu publiquement être le père de l'enfant que par un communiqué de presse du 6 juillet 2005, soit postérieurement à la publication litigieuse.

- les contours de la vie privée des personnalités publiques, l'absence de cloisonnement étanche entre leurs sphères privées et publiques, et la différence à faire entre l'intérêt général et la curiosité d'un public indiscret sur la vie des personnalités⁽⁴¹⁾ (§§ 100 à 102);
 - la nature à la fois privée et publique de l'information essentielle révélée⁽⁴²⁾ et la nécessité de prendre en compte l'ensemble de la publication pour en déterminer le sujet avec justesse, et non examiner les propos touchant à la vie privée de la personnalité mise en cause hors de leur contexte (§ 115);
 - le fait qu'un conflit pouvait exister entre l'intérêt de la personnalité mise en cause à conserver secrète l'information et l'intérêt évident de son ex-compagne, pour elle-même et pour l'enfant, de révéler cette descendance. Outre que le comportement du Prince pouvait être révélateur de sa personnalité «notamment quant à sa manière d'aborder et d'assumer ses responsabilités» (§ 111).
- La Cour reproche aux juridictions nationales de n'avoir pas pris en compte ce mélange des éléments relevant de la vie privée de M^{me} Coste et de celle du Prince Albert (§ 129);
- le fait que l'ex-compagne du Prince ait spontanément pris contact avec les journalistes et leur a livré l'interview – dont le contenu n'est pas contesté – et les photographies l'illustrant, sans contrepartie⁽⁴³⁾. Soulignant encore la crédibilité que les photographies apportaient aux informations et le lien qu'elles présentaient avec l'article qui n'était ni ténu, ni artificiel ou arbitraire (§ 148), sans présenter aucun «caractère diffamatoire, péjoratif ou dénigrant pour l'image du prince» (§ 149);
 - la liberté qui revient aux médias de choisir «la manière de traiter un sujet» (§ 139), tout en observant en l'espèce que «le ton de cet entretien était posé et dénué de sensationnalisme», que

«les propos de M^{me} Coste [étaient] reconnaissables en tant que citations» et que «ses motivations [étaient] en outre clairement exposées aux lecteurs» qui pouvaient aisément distinguer ce qui relevait des faits et ce qui relevait de la perception qu'en avait l'interviewée, de ses opinions ou de ses sentiments personnels (§ 141). Tout en rappelant que «la mise en récit [d'un] entretien [peut] s'accompagner d'effets (...), destinés à attirer l'attention du lecteur et à émouvoir» (§ 144);

- le fait que l'information révélée avait déjà été rendue publique quelques jours avant la parution de l'article dans *Paris-Match*, en Angleterre par le *Daily Mail* et en Allemagne par *Bunte*, ce que les juridictions nationales auraient dû prendre en considération lorsqu'elles ont retenu à charge du média les répercussions «irréparables» pour le Prince qu'avait eues, selon elles, l'article du *Match* (§ 150).

32. La Grande Chambre en conclut, à l'unanimité, que les arguments retenus par les juridictions nationales françaises, quoique pertinents, n'étaient pas suffisants pour justifier l'ingérence dans la liberté d'expression du média. Outrepasant leur marge d'appréciation, elles n'ont «pas tenu compte dans une juste mesure, [...] des principes et critères de mise en balance entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression définis par la jurisprudence de la Cour».

VI. L'affaire *Bédat c. Suisse*

Arrêt de Chambre *A.B. c. Suisse* du 1^{er} juillet 2014 et arrêt de Grande Chambre du 29 mars 2016

Information du public au sujet d'une procédure pénale en cours, mettant en cause un particulier – Question d'intérêt général – Secret de l'instruction – Présomption d'innocence (<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-161899>)

33. La Grande Chambre de la Cour s'est saisie de l'affaire *Bédat* pour revoir la façon d'aborder la mise en balance de l'intérêt des médias à rendre compte des procès en cours, face, d'une part, à la protection de la vie privée d'un particulier faisant l'objet de poursuites pénales et, d'autre part, au regard de l'autorité et de l'impartialité de la justice. Elle a clairement privilégié ces derniers intérêts au détriment de la liberté de l'information.

Il s'agit incontestablement d'un arrêt qui incite à interroger l'évolution de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté d'expression, qui pourrait paraître de moins en moins généreuse à l'égard de la presse. Sans doute peut-on trouver dans les circonstances propres à la cause, la justification de certaines prises de positions de la Grande Chambre. Il n'en

(41) Selon les termes retenus par le jugement du TGI de Nanterre du 29 juin 2005, repris au § 21 de l'arrêt.

(42) Si une naissance «est un fait de nature intime» encore doit-on admettre que ce fait «ne relève pas de la seule sphère privée des personnes concernées mais a également une dimension publique, puisqu'il s'accompagne en principe d'une déclaration publique (acte juridique de la vie civile) et de l'établissement d'une filiation». On ne peut dès lors pas considérer qu'une telle révélation n'aurait d'autre objectif que «de satisfaire la curiosité du public» (§ 107).

(43) La Cour souligne «un choix qui apparaît personnel, volontaire et éclairé» (§ 133) et observe que les photographies n'ont pas été prises à l'insu du prince.

reste pas moins que l'arrêt *Bédar* témoigne d'une évolution de la jurisprudence de la Cour décevante pour la liberté de l'information⁽⁴⁴⁾.

A. Analyse de l'arrêt

34. Le journaliste A. Bédar avait publié un article rendant compte d'une procédure pénale en cours d'instruction, dirigée contre M.B., un automobiliste qui avait foncé sur des piétons sur le Grand-Pont de Lausanne, faisant trois morts et huit blessés graves, avant de se jeter du pont. L'article décrivait les faits puis présentait un résumé des questions posées par les policiers et le juge d'instruction ainsi que les réponses de M.B. Il mentionnait que M.B. était inculpé d'assassinat, subsidiairement de meurtre, de lésions corporelles graves, de mise en danger de la vie d'autrui et de violation grave des règles de circulation et que M.B. ne paraissait avoir aucun remord. L'article était accompagné de photographies de lettres que M.B. avaient adressées au juge d'instruction ainsi qu'un résumé titré «Il a perdu la boule». L'article reproduisait par ailleurs des déclarations de l'épouse de M.B. et de son médecin traitant (§§ 9 et 10).

Une des particularités de cette affaire est que M.B. n'a lui-même introduit aucune action contre le journaliste. Celui-ci fit l'objet de poursuites pénales d'office pour avoir publié des documents secrets. Une autre donnée inhabituelle est la gravité de la sanction prononcée contre le journaliste par les autorités judiciaires suisses. Dans un premier temps, le journaliste fut condamné à un mois de prison avec sursis. Peine commuée, sur opposition du journaliste, à une amende pénale de 4.000 francs suisses (soit, en 2004 l'équivalent d'environ 2.600 €) (§§ 13 et 14).

Si le premier arrêt rendu par la 2^e section de la Cour avait conclu – à la plus faible majorité de 4 voix contre 3 – à la violation de l'article 10 par les autorités judiciaires suisses, la Grande Chambre a estimé au contraire, par 15 voix contre 2, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10.

35. Dès le traditionnel rappel des «principes généraux» permettant d'apprécier la nécessité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, le lecteur peut observer une approche inhabituelle à l'égard de la liberté d'expression.

La Cour réaffirme d'abord, classiquement, que les propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire relèvent d'un sujet d'intérêt général et ce alors même que la procédure judiciaire dont il est question ne serait pas terminée ou que le ton emprunté serait hostile et grave. La Cour en déduit donc qu'un niveau élevé de protection «sera normalement accordé» à la liberté d'expression, allant de pair avec une marge d'appréciation des autorités nationales particulièrement restreinte (§ 49).

La Cour rappelle ensuite qu'il convient «de tenir compte du droit de chacun de bénéficier d'un procès équitable tel que garanti à l'article 6, § 1, de la Convention, ce qui, en matière pénale, comprend le droit à un tribunal impartial et le droit d'être présumé innocent. En conséquence, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur un conflit entre deux droits également protégés par la Convention, la Cour doit effectuer une mise en balance des intérêts en jeu. Comme elle a déjà eu l'occasion de le dire à propos de l'article 8⁽⁴⁵⁾, la Cour va préciser à cet égard que «l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle», sous l'angle de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, ou, sous l'angle de l'article 10. «En effet, ces droits méritent *a priori* un égal respect» (§§ 52 et 53).

Cet enseignement classique se poursuit une nouvelle fois par un rappel insistant du principe de subsidiarité. Ce principe prend ici une dimension inédite en ce qu'il remet expressément en question la marge restreinte d'appréciation laissée aux juridictions nationales, qui avait pourtant été rappelée quelques paragraphes plus haut. Ainsi, dans l'équilibre à ménager entre les différents intérêts en jeu, la Cour estime que «grâce à leurs contacts directs et constants avec les réalités du pays, les cours et tribunaux d'un État se trouvent souvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager. C'est pourquoi, sur le terrain de l'article 10 de la Convention, les États contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression protégée par cette disposition, en particulier lorsqu'il s'agit de mettre en balance des intérêts privés en conflit» (§ 54). Dans ces conditions, si «la mise en balance effectuée par les autorités nationales

(44) Voy. toutefois, F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – (1^{er} janvier – 30 juin 2016)», *J.T.*, 2016, p. 766, qui estiment, au contraire, que cet arrêt «apporte des réponses de première importance aux sempiternelles questions que suscite la couverture médiatique dont peuvent faire l'objet certaines affaires. S'il peut étonner dans la mesure où il semble rompre avec une jurisprudence qui, jusqu'alors, avait plutôt tendance à valoriser la liberté de la presse, cet arrêt *Bédar* traduit une volonté manifeste de la grande chambre de recadrer celle-ci au regard des exigences concurrentes et équipollentes des articles 6 et 8 de la Convention».

(45) Not. arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* [GC], 10 novembre 2015, § 91 (voy. *supra*, n^{os} 30 et 31).

a respecté les critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes» (§ 54).

On est loin de la «marge d'appréciation circonscrite»⁽⁴⁶⁾ traditionnellement laissée aux juridictions nationales lorsque la presse traite d'un sujet d'intérêt général.

36. Appliquant les principes ainsi dégagés au cas d'espèce, la Cour va encore estimer nécessaire «de préciser les critères devant guider les autorités nationales des États parties à la Convention dans la mise en balance de ces intérêts et donc dans l'appréciation du caractère “nécessaire” de l'ingérence s'agissant des affaires de violation du secret de l'instruction par un journaliste» (§ 55), à savoir :

- la manière dont le requérant est entré en possession des informations litigieuses ;
- la teneur de l'article litigieux ;
- la contribution de l'article litigieux à un débat d'intérêt général ;
- l'influence de l'article litigieux sur la conduite de la procédure pénale ;
- l'atteinte à la vie privée du prévenu ;
- la proportionnalité de la sanction prononcée.

Chacun de ces critères donnera à la Cour l'occasion de montrer ses réticences à l'égard de l'information mise en cause.

37. Ainsi, s'il n'est pas allégué que le journaliste se serait procuré les informations de façon illícite, cette circonstance n'est néanmoins pas nécessairement déterminante dans l'appréciation du respect de ses devoirs et responsabilité dès lors qu'il ne pouvait ignorer, en tant que journaliste professionnel le caractère confidentiel des informations qu'il s'appropriait à publier (§ 57). Un tel raisonnement revient à imposer le secret de l'instruction aux journalistes dont il était pourtant traditionnellement admis qu'ils n'en étaient pas les débiteurs.

38. La Cour ne voit par ailleurs pas de raison de remettre en cause la décision du Tribunal fédéral suisse, qui a estimé que «la mise en situation des extraits des procès-verbaux des auditions et la reproduction de lettres du prévenu au juge étaient révélatrices des mobiles qui avaient animé l'auteur des lignes litigieuses, qui s'était borné à faire dans le sensationnel, ne cherchant par son opération qu'à

satisfaire la curiosité relativement malsaine que tout un chacun ressent pour ce genre d'affaires» (§ 59). Mais en ne remettant pas en cause cette décision, la Cour approuve inévitablement la conclusion à laquelle ce raisonnement conduit le Tribunal fédéral, à savoir que la partialité de l'article ne pouvait que conduire les lecteurs à préjuger «sans aucune objectivité de la suite qui serait donnée par la justice à cette affaire, sans le moindre respect pour la présomption d'innocence» (§ 59). Faisant ainsi de la presse une débitrice directe du respect – par ses lecteurs – de la présomption d'innocence. Alors que l'article 6 de la Convention impose à la presse de veiller à ce que la personne mise en cause puisse continuer à bénéficier d'un procès équitable, non de l'opinion publique, mais du juge judiciaire⁽⁴⁷⁾.

39. Sur l'influence que l'article risquait d'avoir sur le traitement judiciaire de l'affaire, la Cour estime encore que «bien que l'article litigieux ne privilégiât pas ouvertement la thèse d'un acte intentionnel, il était néanmoins orienté de manière à tracer du prévenu un portrait très négatif, mettant en exergue certains aspects troublants de sa personnalité et concluant que celui-ci “faisait tout pour se rendre indéfendable”» (§ 69).

Comme le souligne le juge L. Guerra dans son opinion dissidente, il est intenable de soutenir qu'un article publié quelques semaines après les faits et plusieurs années avant le jugement de l'affaire, par un journal à faible tirage, puisse avoir une quelconque influence sur le traitement judiciaire de cette affaire de surcroît par des juges professionnels⁽⁴⁸⁾.

La Grande Chambre devait en être consciente dès lors qu'elle précise, pour écarter la critique, «qu'on ne saurait attendre d'un gouvernement qu'il apporte la preuve, *a posteriori*, que ce type de publication a eu une influence réelle sur les suites de la procédure. Le risque d'influence sur la procédure justifie en soi que des mesures dissuasives, telles qu'une interdiction de divulgation d'informations secrètes, soient adoptées par les autorités nationales» (§ 70). Si le seul «risque d'influence» peut justifier une ingérence dans la liberté d'informer sur une procédure judiciaire en cours, c'est cette liberté elle-même qui est fondamentalement remise en cause⁽⁴⁹⁾.

(46) Dans son arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], du 20 mai 1999, la Cour avait estimé que «dans des affaires comme celle-ci, la marge d'appréciation des autorités nationales se trouve circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de “chien de garde” en fournissant des informations sur des questions sérieuses d'intérêt général» (§ 59).

(47) Sur cette confusion entre le jugement de l'opinion publique et celui des cours et tribunaux, voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Anthemis, 2013, pp. 121 à 134.

(48) Opinion dissidente du juge L. Guerra, § 10, p. 33.

(49) Jusqu'à présent, si la Cour européenne avait déjà retenu le critère du «risque d'influence» («risque d'affecter l'issue de la procédure judiciaire», arrêt CEDH, 24 avril 2008, *Campos Dâmaso c. Portugal*, § 35), il résultait de sa jurisprudence –

40. Comme le souligne à nouveau le juge L. Guerra dans son opinion dissidente, l'affaire *Bédât* semble viciée dès lors que le prévenu ne s'est lui-même jamais plaint d'aucune atteinte à ses droits, que ce soit sa vie privée ou le respect de sa présomption d'innocence. Il n'y a jamais eu de conflit entre le droit à la liberté d'expression et les droits du prévenu. Ce sont au contraire, «les autorités publiques qui ont utilisé cette affaire pour appliquer l'interdiction faite par le Code pénal suisse de publier des informations concernant une procédure secrète»⁽⁵⁰⁾.

Cette circonstance particulière permet de sensiblement relativiser la portée de l'arrêt sur ce point. En effet, si on ne peut pas attendre une telle preuve *a posteriori* d'un gouvernement, lorsque des poursuites pénales ont été diligentées par les autorités

judiciaires nationales pour violation du secret de l'instruction, au moment où cette violation se produit, rien ne s'oppose au contraire à ce qu'il soit imposé à un justiciable qui poursuit un journaliste en justice, dans le cadre d'une action en responsabilité civile, en réparation du préjudice subi pour une prétendue atteinte fautive à sa présomption d'innocence, d'apporter la preuve de la réalisation, *in concreto*, de cette faute et du dommage qui en a résulté. En effet, dans le cadre d'une action civile en responsabilité, le juge national ne pourrait se satisfaire de la «simple existence d'un risque d'influence de la procédure», dont on ignore s'il s'est avéré, pour justifier la condamnation d'un journaliste à indemniser le dommage que le prévenu mis en cause prétendrait avoir subi en lien causal avec *ce risque d'influence* de la procédure pénale qu'il a dû subir.

41. La même circonstance particulière d'absence de toute action personnelle de la personne mise en cause par l'article litigieux laisse l'observateur circonspect devant les développements de la Grande Chambre consacrés aux obligations positives qui s'imposaient à la Suisse en application de l'article 8 de la Convention. Ainsi, la Cour considère «que la procédure pénale diligentée contre le requérant par les autorités cantonales de poursuite s'inscrivait bien dans le cadre de l'obligation positive de protéger la vie privée du prévenu qui incombait à la Suisse en vertu de l'article 8 de la Convention» (§ 76). Ainsi, toutes violations du secret de l'instruction par la presse pourraient justifier l'introduction de procédures pénales par les États alors même que les individus mis en cause n'invoqueraient eux-mêmes aucune atteinte aux droits que leur consacre l'article 8 de la Convention. Si les obligations positives de l'État, dans ce domaine, l'obligent à s'abstenir de porter lui-même atteinte à la vie privée ou à la présomption d'innocence des individus qu'il poursuit pénalement, mais aussi à mettre à leur disposition des procédures leur permettant de faire valoir le respect de leurs droits, notamment à l'égard de la presse, doivent-elles en outre comprendre le droit – voire l'obligation – pour l'État de veiller lui-même au respect de la vie privée d'un prévenu qui n'a émis aucune plainte à cet égard ?

Il faut lire la critique acerbe, motivée et convaincante de la juge G. Yudkivska sur cet aspect de l'arrêt⁽⁵¹⁾.

42. Quant au caractère d'intérêt général du sujet traité, si la Cour ne reprend heureusement pas à son compte l'avis du Tribunal fédéral suisse qu'il ne s'agissait en définitive que d'un accident de la cir-

excepté l'arrêt *Worm* – (not. arrêts *Claes et autres c. Belgique*, 2 juin 2005, § 47; *Falter Zeitschriften c. Autriche*, 22 février 2007, § 25; *Pinto Coelho c. Portugal*, 26 juin 2011, § 37) qu'en pratique ce n'est bien qu'en cas d'influence négative, effective et concrète, sur la procédure pénale subie par le prévenu, que celui-ci pourra, le cas échéant, se plaindre d'une mauvaise prise en compte par le journaliste de sa présomption d'innocence en raison d'une intervention abusive de la presse. Ce qui pouvait s'expliquer par le fait qu'au moment où la Cour européenne connaît de ces causes, l'issue des procédures internes est connue. Elle peut en conséquence négliger l'aspect «risque» potentiel, qui ne se pose plus, pour se concentrer sur l'absence de preuve d'une influence néfaste effective et concrète. C'est à cette même conclusion qu'arrivent K. Lemmens et S. Van Drooghenbroeck («La présomption d'innocence face à la médiatisation des procès», in *Médias et droit*, Anthemis, 2008, p. 161): «Lorsqu'est en cause le comportement d'un média privé, la simple existence d'une «déclaration de culpabilité anticipée» ne suffit pas, à elle seule, à consommer l'existence d'une violation de la présomption d'innocence; encore faudra-t-il évaluer [...] l'influence concrète que cette déclaration anticipée de culpabilité a effectivement exercée [...] sur l'issue du procès. Cette «étude d'impact» – avec toutes les difficultés probatoires qui la caractérisent – est également caractéristique de l'abondante jurisprudence strasbourgeoise relative à la compatibilité des campagnes de lynchage médiatique avec l'exigence d'indépendance et d'impartialité des tribunaux». Ces auteurs insistent encore (*ibidem*, p. 162, note 118): «que dans les affaires initiées par les victimes de lynchage médiatique, la Cour européenne des droits de l'homme admet systématiquement que des campagnes de presse particulièrement virulentes peuvent éventuellement compromettre l'équité du procès et l'indépendance des juridictions chargées de statuer sur les poursuites pénales. Il en va surtout ainsi, selon la Cour, s'agissant des juridictions siégeant avec jury [...]. Toutefois, et de manière tout aussi systématique, la Cour n'a jamais estimé, *in concreto*, que la preuve suffisante d'une influence négative avait été rapportée».

(50) Opinion dissidente du juge L. Guerra, § 11, p. 33.

(51) Opinion dissidente de la juge G. Yudkivska, pp. 38 et 39.

culation⁽⁵²⁾, elle va par contre estimer que les informations diffusées par l'article litigieux, quoiqu'en rapport avec un incident «tout à fait exceptionnel» qui «avait suscité une très grande émotion au sein de la population», n'étaient pas de nature à nourrir le débat d'intérêt général mais ne servaient, comme l'ont estimé les juridictions nationales, qu'à satisfaire une curiosité malsaine (§ 65).

43. Enfin, la Grande Chambre estime encore que «le prévenu n'était pas connu du public» antérieurement aux faits pour lesquels il était poursuivi, et que «le simple fait qu'il se trouvait au centre d'une enquête pénale, certes pour des faits très graves, n'impliquait pas qu'on l'assimile à un personnage public qui se met volontairement sur le devant de la scène» (§ 76).

Cette appréciation surprend. Si à l'inverse du «personnage public», le simple citoyen ne se met en principe pas volontairement sur le devant de la scène, il n'en reste pas moins qu'il quitte sa sphère privée pour entrer dans la sphère publique, dans le cadre et dans les limites des poursuites pénales dont il est l'objet, lorsqu'il commet un acte – tel que celui reproché au prévenu – qui, nécessairement, le place au centre d'une question d'actualité d'intérêt général.

Sans doute, en l'espèce, la circonstance admise par la Cour que le prévenu «souffrait vraisemblablement de troubles psychiques» (§ 78) permet de douter du caractère volontaire de ses actes (foncer en voiture sur un groupe de piétons) et pourrait justifier qu'il soit admis qu'il ne s'est pas volontairement mis sur le devant de la scène médiatique. Mais, outre qu'il soit discutable que ce caractère involontaire de l'accident puisse écarter l'intérêt pour le public que la presse en rende compte, c'est la généralité des termes utilisés par la Grande Chambre, dans l'extrait précité du § 76 de l'arrêt, qui inquiète⁽⁵³⁾. En ce qu'ils démentent le caractère public des débats

judiciaires et l'intérêt général pour la société que la presse rende compte dans le détail des affaires judiciaires en cours.

44. Même sur la proportionnalité de la sanction, l'arrêt *Bédat* surprend. La Cour considère que le recours à la voie pénale ainsi que la sanction infligée à M. Bédat (un mois d'emprisonnement en instance, remplacé par 4.000 FCH en appel) n'ont pas constitué une ingérence disproportionnée dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression au motif que la sanction punissait la violation du secret d'une instruction pénale et visait à protéger le bon fonctionnement de la Justice ainsi que les droits du prévenu à un procès équitable et au respect de sa vie privée. «Cette affirmation est surprenante car, en général, la Cour se fait un devoir de proclamer que la plus petite sanction pénale infligée à un journaliste, serait-elle seulement d'«un euro symbolique» est une sanction disproportionnée car elle peut avoir un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression»⁽⁵⁴⁾ et alors que «toute condamnation pénale à inévitablement un effet dissuasif»⁽⁵⁵⁾.

B. Commentaires

45. Lorsqu'on est attaché à la protection particulière que la Cour européenne accorde à la liberté de l'information, on peut chercher à se rassurer en limitant la portée de l'arrêt *Bédat* par les circonstances particulières de la cause.

Dès lors que la Cour estime que les informations révélées par l'article litigieux ne contribuaient à aucun débat d'intérêt général et que la personne mise en cause était un simple particulier non assimilable à une «personnalité publique», on peut comprendre qu'elle ait reconnu aux juridictions nationales une large marge d'appréciation, incompatible avec le contrôle d'une ingérence dans la liberté de l'information lorsque la presse traite d'un sujet d'intérêt général.

Comme je l'ai déjà souligné, la circonstance que les poursuites contre le journaliste aient été engagées, alors que la procédure évoquée par l'article litigieux venait d'être entamée, par l'État lui-même et non pas par le prévenu mis en cause, peut expliquer certaines considérations inhabituelles de la Cour lorsque qu'elle a à connaître d'un conflit entre la

(52) On ne peut à cet égard que partager les doutes qu'exprime la juge G. Yudkivska dans son opinion dissidente: «On a peine à comprendre les motifs pour lesquels le tribunal suisse a dit qu'«on ne pouvait à cet égard parler de traumatisme collectif de la population lausannoise, qui aurait justifié qu'elle soit rassurée et renseignée séance tenante sur l'état de l'enquête»» (p. 36).

(53) Il est vrai que la Cour a déjà admis que le compte rendu d'affaires pénales pouvait être considéré comme n'ayant qu'un intérêt public limité et que l'auteur d'une infraction très grave n'est pas de ce seul fait entièrement privé de la protection de l'article 8 de la Convention. Toutefois, la Cour avait au préalable constaté que si le crime était «brutal», il «avait été commis au sein d'une famille à la suite d'un conflit privé et dans un cadre familial» et qu'en conséquence «rien n'indiqu[ait] qu'il ait acquis une notoriété particulière» (*Axel*

Springer Se et Rtl Television Gmbh c. Allemagne, 21 septembre 2017, §§ 44 et 45).

(54) J.-P. MARGUÉNAUD et D. ROETS, «Droits de l'Homme – Jurisprudence de la CEDH», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, n° 3, 2016, p. 597.

(55) Opinion dissidente de la juge G. Yudkivska, p. 40.

liberté d'expression et les droits de l'individu pour-
suivi pénalement.

Il n'en reste pas moins qu'il ne s'agit pas d'une
victoire pour la liberté de l'information.

Avec Jean-Pierre Marguénaud, il faut admettre
qu'«Il n'est donc pas tout à fait certain que l'arrêt de
Grande chambre *Bédat* [...] ait parfaitement réussi
l'exercice de résolution du conflit entre l'article 10 et
l'article 6 et entre la liberté de la presse et le secret
de l'instruction auquel la Cour a cru devoir se sou-
mettre. Il est vrai que cet exercice particulièrement
difficile était, en l'espèce, largement artificiel. Il
n'y a plus qu'à souhaiter qu'elle sera mieux inspi-
rée le jour où elle rencontrera un conflit réel de ce
type...»⁽⁵⁶⁾.

46. Il faudra donc être attentif, à l'avenir, aux
prochains arrêts de la Cour pour vérifier si l'affaire
Bédat reste un cas isolé justifié par les circonstances
particulières de la cause ou si, au contraire, il signifie
une évolution significative de la jurisprudence de la
Cour en matière d'information judiciaire, portée par
le concept relativement nouveau d'un «journalisme
responsable»⁽⁵⁷⁾.

Sur les contours de cette notion, je rejoins le
point de vue des juges A. Sajó et I. Karakaş exprimé
dans leur opinion dissidente commune sous l'arrêt
*Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Fin-
lande* [GC], du 27 juin 2017⁽⁵⁸⁾:

«La notion de “journalisme responsable” a
récemment été utilisée comme l'un des facteurs
permettant d'accorder une marge d'appréciation
plus large, ce qui a eu pour résultat d'amoindrir
la liberté de la presse»⁽⁵⁹⁾. Permettre aux États de

déterminer les limites de ces notions revient à
endosser implicitement une position, que l'on
voit émerger dans certains États membres,
selon laquelle toute activité de journalisme qui
se montre critique envers l'État n'est pas jour-
nalistique mais simplement illégale, comme
une forme de terrorisme ou une menace pour la
sécurité nationale. Or, l'article 10 ne confère pas
aux juridictions nationales un tel pouvoir fon-
damental, et la Cour ne devrait pas le faire non
plus»⁽⁶⁰⁾.

VII. L'affaire *Karácsony et autres* *c. Hongrie*

Arrêts de Chambre *Karácsony et autres c. Hongrie* et
Széll et autres c. Hongrie, du 16 septembre 2014 et
arrêt de Grande Chambre du 17 mai 2016⁽⁶¹⁾

*Liberté d'expression des parlementaires – Sanction discipli-
naire en cas d'atteinte à l'ordre au sein de l'hémicycle –
Respect des garanties procédurales comme critère de propor-
tionnalité de l'ingérence*

(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163307>)

47. Cette affaire traite des limites à la liberté
d'expression des parlementaires, dans l'exercice de
leurs fonctions et plus précisément au cours des
débats tenus dans les assemblées parlementaires.
C'est la première fois que la Cour est saisie d'une
telle ingérence au regard de la liberté d'expression
(§ 131).

L'arrêt regroupe plusieurs requêtes de parle-
mentaires hongrois, tous membres de partis dans
l'opposition, qui en 2013, après avoir manifesté sous
diverses formes leur opposition à certains projets de
lois, ont fait l'objet de sanctions financières décidées
par le Parlement sur proposition de son président,
«pour leur comportement, [...], jugé gravement
offensant pour l'ordre parlementaire» (§ 14). Ils
avaient notamment brandi des pancartes ou déroulé
des banderoles, au sein de l'hémicycle, avec des mes-
sages accusant le *FIDESZ* de voler, de tricher et de
mentir ou de voter des lois en faveur de la «mafia
nationale du tabac». Une députée s'était par ailleurs
exprimée à l'aide d'un porte-voix.

(56) J.-P. MARGUÉNAUD et D. ROETS. «Droits de
l'Homme – Jurisprudence de la CEDH», *Revue de science cri-
minelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, n° 3, 2016, p. 597.

(57) Préférant à nouveau faire référence aux «principes d'un
journalisme responsable» plutôt qu'au respect «de la déonto-
logie journalistique» (selon l'expression retenue dans l'arrêt
Goodwin c. Royaume-Uni, 27 mars 1996, § 39), la Cour renvoie
à son arrêt *Pentikäinen*, dans lequel elle a souligné «que le
concept de journalisme responsable englobe aussi la licéité du
comportement des journalistes et que le fait qu'un journaliste
a enfreint la loi doit être pris en compte, mais il n'est pas
déterminant pour établir s'il a agi de manière responsable»
(§ 50).

(58) Analysé *infra*, n°s 56 et s.

(59) Sont cités les arrêts CEDH, *Rusu c. Roumanie*, 8 mars
2016, § 24 «où les principes dégagés dans l'affaire *Pentikäinen*
ont été réinterprétés et appliqués de manière large»; *Bédat*
c. Suisse [GC], §§ 49 à 54; *Kunitsyna c. Russie*, 13 décembre
2016, § 45. Et les décisions CEDH, 24 janvier 2017, *Tra-
vaglio c. Italie*, § 36 et 10 mai 2016, *Salihu et autres c. Suède*,
§§ 53 à 56.

(60) Opinion dissidente des juges A. Sajó et I. Karakaş,
§ 21, p. 75.

(61) Voy. F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Chro-
nique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de
l'homme – (1^{er} janvier – 30 juin 2016)», *J.T.*, 2016, p. 765.

48. C'est essentiellement l'analyse de la nécessité de l'ingérence qui retiendra l'attention de la Cour⁽⁶²⁾. Parmi les principes applicables, la Cour rappelle qu'elle «a constamment souligné l'importance de la liberté d'expression des parlementaires, vecteurs par excellence du discours politique. [...] "précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition [...] commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts"» (§ 137). Ajoutant qu'«il ne fait aucun doute que tout propos tenu dans l'enceinte parlementaire appelle un haut degré de protection. Dans une société démocratique, le parlement est un lieu unique de débat qui revêt une importance fondamentale» (§ 138).

La Cour va ensuite distinguer «d'une part, la teneur des interventions des parlementaires et, d'autre part, la manière dont elles sont exprimées ainsi que le moment et le lieu choisis». Les parlementaires pouvant légitimement réglementer, avec une large marge de manœuvre, «le moment, l'endroit et les modalités des interventions dans l'enceinte parlementaire». Par contre, dans le contrôle de la teneur des propos exprimés au sein du parlement, les États nationaux disposent d'une «très faible latitude» et seules les restrictions visant les propos appelant directement ou indirectement à la violence seraient admissibles (§ 140).

On perçoit la prudence de la Cour qui doit par ailleurs tenir compte notamment de l'avis du Gouvernement britannique, autorisé à intervenir, qui soutenait «que le président de la Chambre des communes jugerait gravement perturbateur et déplacé un comportement analogue à celui adopté par les requérants, et que le parlementaire qui persisterait pourrait être suspendu temporairement de la Chambre des communes et perdre ses émoluments pendant la durée de cette mesure» (§ 114). La Cour insiste dès lors sur l'«intérêt public impérieux à veiller à ce que le parlement, tout en respectant les exigences de la liberté de parole, puisse fonctionner correctement et accomplir sa mission dans une société démocratique». Elle précise que «lorsque les règles disciplinaires [...] ont pour seule finalité de garantir le bon fonctionnement du parlement, et par là même du processus démocratique, la marge d'appréciation accordée en la matière doit être étendue» (§ 146). Mais en même temps, la Cour rappelle que «la lati-

tude, inhérente à la notion d'autonomie parlementaire, dont jouissent les autorités nationales pour sanctionner les propos ou comportements au parlement pouvant passer pour déplacés, aussi importante soit-elle, n'est pas absolue». En effet, souligne encore la Cour, «cette latitude doit être compatible avec les notions de "régime politique véritablement démocratique" et de "prééminence du droit" auxquelles renvoie le Préambule de la Convention».

Or, «pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une "société démocratique" et [...], bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante. Dès lors, l'autonomie parlementaire ne saurait être détournée aux fins d'étouffer la liberté d'expression des parlementaires, laquelle se trouve au cœur du débat politique dans une démocratie» (§ 147).

49. Il lui restait à appliquer ces principes aux cas d'espèce.

La Grande Chambre admet que la façon dont les parlementaires avaient choisi de s'exprimer n'était pas un «moyen classique» pour exposer un point de vue dans l'enceinte d'un parlement et qu'ils avaient en conséquence «perturbé l'ordre» au sein de l'assemblée. Pour la Cour, ce n'était pas la teneur des propos des requérants qui avait été sanctionnée mais bien la forme, le moment et le lieu qu'ils avaient choisis pour s'exprimer.

Ayant admis n'avoir qu'un contrôle restreint sur l'appréciation de la nécessité de l'ingérence lorsqu'elle porte précisément sur «le lieu, le moment et les modalités des interventions au sein du parlement», la Cour va axer son raisonnement sur le contrôle des garanties procédurales et de l'équité de la procédure qui a conduit au prononcé de ces ingérences (§ 133), dès lors qu'elle a déjà eu à plusieurs reprises l'occasion d'affirmer que ce sont des «éléments que, dans certaines circonstances, il faut parfois aussi prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression»⁽⁶³⁾.

Dès lors qu'en l'espèce les parlementaires ont fait l'objet d'une sanction disciplinaire *a posteriori*,

(62) Quoique l'arrêt contienne d'intéressantes digressions sur la question de l'épuisement des voies de recours internes (§§ 64 à 83) et sur la légalité de l'ingérence (§§ 122 à 127).

(63) Not. arrêts CEDH, 7 mai 2002, *McVicar c. Royaume-Uni*, § 75 et 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, § 95. Sur «les garanties procédurales de la liberté d'expression», outre les développements repris aux §§ 133 à 136 de l'arrêt *Karácsony et autres c. Hongrie*, voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté d'information*, *op. cit.*, pp. 112 à 119.

la Cour considère «que les garanties procédurales offertes à cette fin doivent prévoir, au minimum, le droit pour le parlementaire concerné d'être entendu dans le cadre d'une procédure parlementaire préalablement au prononcé de la sanction». Sur la base d'un rappel comparatif très circonstancié des règles appliquées par d'autres assemblées parlementaires (§§ 42 à 61), elle constate que «le droit d'être entendu apparaît de plus en plus constituer dans les États démocratiques une règle procédurale élémentaire qui ne se limite pas au seul cadre judiciaire» (§ 156). Il s'impose par ailleurs «que toute décision *a posteriori* imposant une sanction disciplinaire doit en exposer les motifs essentiels, de manière à permettre non seulement au parlementaire concerné d'en saisir la justification mais aussi au public d'exercer un certain droit de regard à ce sujet» (§ 158).

50. Il ne restait alors plus, à la Grande Chambre, qu'à constater que la procédure applicable à l'époque⁽⁶⁴⁾ ne permettait pas aux parlementaires de contester de manière effective les sanctions proposées par le président du parlement, outre qu'aucun motif pertinent n'était avancé pour expliquer en quoi leurs actions avaient été jugées gravement offensantes pour l'ordre parlementaire (§ 159), pour conclure à l'unanimité à la violation de l'article 10 au motif que «l'ingérence dénoncée dans l'exercice par les requérants du droit à la liberté d'expression n'était pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis en ce qu'elle n'était pas accompagnée de garanties procédurales adéquates» (§ 161).

VIII. L'affaire *Baka c. Hongrie*⁽⁶⁵⁾

Arrêt de Chambre du 27 mai 2014 et arrêt de Grande Chambre du 23 juin 2016

Liberté d'expression des magistrats – Indépendance du pouvoir judiciaire

(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-164530>)

51. Après la liberté d'expression des parlementaires de l'opposition, la Grande Chambre de la Cour a eu à connaître, toujours en cause de la Hongrie, une affaire mettant en cause la liberté d'expres-

sion des magistrats⁽⁶⁶⁾ et plus particulièrement, en l'espèce, celle du président de la Cour suprême qui avait été relevé prématurément de ses fonctions pour avoir critiqué publiquement, au nom des principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice, certains aspects des réformes constitutionnelle et législative touchant au fonctionnement des tribunaux⁽⁶⁷⁾.

52. Le juge Baka présidait dans le cadre d'un mandat prévu pour six ans, la Cour suprême de Hongrie et le Conseil national de la justice. Par une loi à l'évidence adoptée *ad hominem*, il avait été relevé prématurément de ses fonctions pour avoir, constate la Cour, en 2011, critiqué publiquement, au nom des principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice, certains aspects des réformes constitutionnelle et législative touchant au fonctionnement des tribunaux. En 2012, il saisit la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant notamment la violation des articles 6 et 10 de la Convention, soit l'atteinte à son droit à accéder à un tribunal indépendant et impartial et à sa liberté d'expression. Monsieur Baka n'avait en effet pas pu former un recours contre la cessation de son mandat qui résultait en réalité de modifications législatives.

53. L'examen de la violation de l'article 10 de la Convention conduit la Cour à conclure à l'existence d'une ingérence dans la libre expression du juge Baka, ingérence qui ne peut être considérée comme poursuivant un but légitime⁽⁶⁸⁾. Nonobstant ce constat, qui aurait dû conduire la Cour à ne pas rechercher, en outre, si la mesure prise répondait à un besoin social impérieux dans une société démocratique⁽⁶⁹⁾, la Cour va, par des considérations inci-

(64) Depuis lors la procédure a été modifiée et les parlementaires sont entendus avant de faire l'objet d'une éventuelle sanction.

(65) Voy., pour une analyse de cet arrêt, C. MATRAY, «Verve ou réserve du juge (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016)», *R.T.D.H.*, 2017, pp. 221 et s.

(66) M. CADELLI, *Radicaliser la justice*, éd. Samsa, 2018, pp. 282 à 287.

(67) Ayant déjà eu l'occasion d'analyser cet arrêt fondamental dans le cadre d'une autre publication, je me permets de reproduire ici le texte publié dans *Déontologie et discipline*, IFJ – la Charte, 2020, pp. 451 à 454.

(68) Au terme d'une longue analyse factuelle et chronologique qui démontre le lien – contesté par le Gouvernement hongrois – entre la cessation prématurée de son mandat et les propos tenus, la Cour considère «comme le requérant que la cessation prématurée du mandat de l'intéressé était due aux opinions et aux critiques qu'il avait exprimées publiquement à titre professionnel» (§ 151) et conclut dès lors «que la cessation prématurée du mandat du requérant à la présidence de la Cour suprême a constitué une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention» (§ 152).

(69) La Cour rappelle elle-même que «Lorsqu'il a été démontré qu'une ingérence ne poursuivait pas un "but légitime", il n'est pas nécessaire de rechercher si elle était "néces-

dentes d'importance⁽⁷⁰⁾, constater que cette condition essentielle n'était pas non plus remplie.

La Cour rappelle sa jurisprudence constante en cette matière :

«La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique. Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante» (§ 159).

Elle ajoute :

«En ce qui concerne le niveau de protection, l'article 10, § 2, de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général. Partant, un niveau élevé de protection de la liberté d'expression, qui va de pair avec une marge d'appréciation des autorités restreinte, sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général, ce qui est le cas, notamment, pour des propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire» (§ 159).

Et rappelle ce qu'elle avait précisé dans l'affaire *Koudechkina* :

«La crainte d'une sanction a un "effet dissuasif" sur l'exercice du droit à la liberté d'expression, en particulier à l'égard d'autres juges qui souhaiteraient participer au débat public sur des questions ayant trait à l'administration de la justice et au système judiciaire. Cet effet, qui nuit à la

société dans son ensemble, est aussi un facteur à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité de la sanction ou de la mesure répressive imposées» (§ 167).

54. S'agissant concrètement du juge Baka, la Cour estime devoir attacher une importance particulière à sa fonction qui, dès lors que «son rôle et son devoir consistaient notamment à donner son avis sur les réformes législatives susceptibles d'avoir une incidence sur les tribunaux et sur l'indépendance de la justice» (§ 168).

Sa position et ses déclarations relevaient manifestement en cette affaire d'un débat sur des questions d'intérêt général. Il en résulte que son expression devait bénéficier d'un niveau élevé de protection et que toute ingérence dans l'exercice de cette liberté devait faire l'objet d'un contrôle strict, «qui va de pair avec une marge d'appréciation restreinte des autorités de l'État défendeur» (§ 171).

La Cour insiste sur le fait qu'il faut accorder une considération particulière «à la nature de la fonction judiciaire, branche indépendante du pouvoir de l'État, et au principe de l'immovibilité des juges, principe qui constitue – en vertu tant de la jurisprudence de la Cour que des instruments internationaux et des instruments du Conseil de l'Europe – un élément crucial pour la préservation de l'indépendance de la justice» (§ 172).

55. Dans ce contexte, il apparaît que la destitution du juge Baka de son mandat de président de la Cour suprême a desservi, et non servi, l'objectif de protection de l'indépendance de la justice. Et elle a indubitablement eu un «effet dissuasif» en ce qu'elle «a dû décourager non seulement le requérant lui-même mais aussi d'autres juges et présidents de juridictions *de participer, à l'avenir, au débat public sur des réformes législatives concernant les tribunaux et, de manière plus générale, sur des questions relatives à l'indépendance de la justice*» (§ 173).

La Cour renvoie à cet égard aux instruments du Conseil de l'Europe, selon lesquels «Il appartient à chaque juge de promouvoir et préserver l'indépendance judiciaire et qu'il faut consulter et impliquer les juges et les tribunaux lors de l'élaboration des dispositions législatives concernant leur statut et, plus généralement, au fonctionnement de la justice» (§ 168).

56. «Il appartient à chaque juge de *promouvoir et préserver* l'indépendance judiciaire» (§ 168).

Cette phrase doit être soulignée. Elle laisse entendre qu'à côté de leur travail qui consiste à apporter une décision raisonnée en droit et en fait aux litiges qui leur sont soumis, les magistrats sont par ailleurs tenus d'accomplir cette mission spécifique et politique par nature : faire respecter l'indépendance de la justice.

saire dans une société démocratique» (§ 157). En effet, le premier constat suffit pour condamner la mesure prise par les autorités nationales (voy. en ce sens *Khoujine et autres c. Russie*, 23 octobre 2008, § 17).

(70) En effet, la Cour ajoute immédiatement que «dans les circonstances particulières de la présente affaire et eu égard aux arguments des parties, la Cour estime important d'examiner aussi, en l'espèce, la question de savoir si l'ingérence litigieuse était "nécessaire dans une société démocratique"». Elle va consacrer à cette question de longs développements (§§ 158 à 176).

En ce cas, c'est fidèle à son serment et au service du justiciable, qu'il prend la parole et alerte la société toute entière. Sa parole n'est pas celle d'un citoyen qui a simplement le droit de s'exprimer mais celle d'un témoin – institutionnel –, lourd d'une mission, d'une charge, symbolique et singulière dont il doit le respect au justiciable et à l'idéal de pérennité démocratique⁽⁷¹⁾. Ce n'est pas rien.

IX. L'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*

Arrêt de Grande Chambre du 8 novembre 2016⁽⁷²⁾

Droit d'accès à l'information – Notion de «chien de garde de la démocratie»

(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-168716>)

57. Pour la 3^e fois en 2016, la Hongrie était confrontée à la Grande Chambre de la Cour et pour la 3^e fois la Cour a conclu – cette fois-ci par 15 voix contre 2 – à la violation de l'article 10 par les juridictions nationales hongroises.

L'arrêt porte essentiellement sur la question du droit d'accès aux informations détenues par l'État et déduit effectivement un tel droit de l'article 10 de la Convention. La doctrine⁽⁷³⁾ a insisté sur l'effort remarquable de pédagogie de la Cour pour laquelle «le temps est venu de clarifier les principes classiques» (§ 156) relatifs au droit d'accès à l'information, qui ne figure pas expressément dans les matières régies par la Convention.

La Grande Chambre ne reconnaît pas aux individus un droit général et illimité d'accès aux informations détenues par une autorité publique. Elle va leur reconnaître un tel droit lorsque «l'accès à l'in-

formation est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression» et qu'en conséquence le refus d'accès opposé par l'autorité constitue une ingérence dans la liberté de recevoir ou de communiquer des informations (§ 156).

Comme le souligne G. Puydebois, «l'approche retenue ne peut être que casuistique. Cela ne signifie pas pour autant que l'appréciation est arbitraire. La Cour dégage quatre critères qui font de ce droit d'accès à l'information un droit circonstancié: le but de la demande; la nature des informations; le rôle de la requérante et la disponibilité des informations. De manière pédagogique, la Cour définit ces critères en donnant des exemples concrets tout en les appliquant à l'affaire. La lecture de cette partie de l'arrêt nous amène à constater que la reconnaissance du droit d'accès à l'information sera réservée aux personnes qui, de bonne foi, auront besoin des informations demandées pour ouvrir ou participer à un débat d'intérêt public. La reconnaissance opérée par la Cour est donc restreinte à la dimension publique (politique) du droit d'accès à l'information. L'ouverture est donc limitée⁽⁷⁴⁾ même si le potentiel des applications de ce nouveau droit peut être important, et ce particulièrement dans les États membres qui ne le consacrent pas dans leur législation»⁽⁷⁵⁾.

58. Ce qui retiendra plus particulièrement l'attention est le pas significatif que la Grande Chambre franchit pour définir les bénéficiaires du statut de «chiens de garde de la démocratie», qui leur ouvre une surprotection comparable à celle reconnue à la presse. Cette évolution mérite un petit rappel de la jurisprudence de la Cour à propos des contours de la notion de «chien de garde de la démocratie».

De longue date, la Cour européenne a accordé à la liberté d'expression un régime particulièrement protecteur lorsque la mesure d'ingérence vise «la presse». Dans ce cas, les critères pour apprécier si l'ingérence est légitime et proportionnée sont plus exigeants: l'État et ses organes, donc notamment les juges, perdent leur marge nationale d'appréciation. En effet, en matière de presse, la Cour européenne estime que le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer

(71) Sur l'étendue de l'expression des juges au regard de leur devoir de réserve, voy. M. CADELLI, «Du devoir de réserve des magistrats aux vertus d'indignation et de courage – Lorsque la démocratie et les libertés fondamentales sont en péril, la réserve cède devant le droit d'indignation», *J.T.*, 2013, pp. 297 et s.

(72) La chambre initialement saisie de la requête n'a pas rendu d'arrêt et s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre.

(73) Voy. not. W. MONZALA, «L'article 10, § 1 de la Convention peut être interprété comme incluant un droit d'accès à l'information», *Chronique de jurisprudence des juridictions supranationales en matière de droits de l'Homme* (juillet 2016 – juin 2017) (4^e partie), 10 septembre 2018 (Actu-Juridique.fr) et C. HUSSON-ROCHCONGAR et M. AFROUKH, «Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – second semestre 2016», *R.D.L.F.*, 2017, chron. n° 13, pp. 12 et 13.

(74) Ce qui conduit C. HUSSON-ROCHCONGAR et M. AFROUKH à parler d'une «consécration timide du droit d'accès aux informations détenues par l'État» («Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – second semestre 2016», *op. cit.*, p. 12).

(75) G. PUYDEBOIS, «Le pas mesuré de la Cour européenne des droits de l'Homme vers la reconnaissance d'un droit d'accès à l'information», *J.A.D.E.*, 17 janvier 2017 (<https://revue-jade.eu/article/view/1821>).

et à maintenir la liberté de la presse⁽⁷⁶⁾. Ils ne pourraient interférer que dans le cas d'un impératif prépondérant d'intérêt public l'emportant sur l'intérêt de maintenir une presse libre.

La marge d'appréciation des autorités nationales se trouve ainsi circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de «chien de garde»⁽⁷⁷⁾.

59. La jurisprudence de la Cour européenne a évolué en ce sens qu'elle ne réserve plus cette protection accrue uniquement à la presse au sens strict du terme (aux journalistes professionnels), mais qu'elle admet au contraire que d'autres intervenants dans le débat public puissent également se voir reconnaître le statut de «chiens de garde» de la démocratie et dès lors bénéficier du même régime de protection accrue.

Dans son arrêt *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, du 27 mai 2004, la Cour a eu à connaître d'un recours introduit par une association lettone de protection de l'environnement qui avait adopté une résolution rendue publique, exprimant une grave préoccupation pour la préservation de la zone de dunes littorales et dénonçant les actes du président du conseil municipal de la commune de Mērsrags. Elle avait été condamnée par les juridictions nationales lettones pour diffamation.

Bien que n'étant pas un «organe de presse» ayant pour fonction principale de diffuser des informations, au moment d'apprécier le degré de protection qu'il convenait d'accorder aux propos tenus par cette association et partant la marge d'appréciation corrélative laissée aux juges nationaux, «la Cour constate d'emblée que la résolution litigieuse avait pour but principal d'attirer l'attention des autorités publiques compétentes sur une question sensible d'intérêt public, à savoir les dysfonctionnements dans un secteur important géré par l'administration locale. En tant qu'organisation non gouvernementale spécialisée en la matière, la requérante a donc exercé son rôle de «chien de garde» conféré par la loi sur la protection de l'environnement. Une telle participation d'une association étant essentielle pour une société démocratique, la Cour estime qu'elle est similaire au rôle de la presse tel que défini par sa jurisprudence constante. Par conséquent, pour mener sa tâche à

bien, une association doit pouvoir divulguer des faits de nature à intéresser le public, à leur donner une appréciation et contribuer ainsi à la transparence des activités des autorités publiques» (§ 42).

Dans l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, du 15 février 2005, «le Gouvernement [faisait] remarquer que les requérants [n'étaient] pas des journalistes, et ne devraient par conséquent pas bénéficier du niveau élevé de protection accordé à la presse au titre de l'article 10» (§ 89). Dans son arrêt, la Cour européenne considère au contraire que, «dans une société démocratique, même des petits groupes militants non officiels, comme *London Greenpeace*, doivent pouvoir mener leurs activités de manière effective et qu'il existe un net intérêt général à autoriser de tels groupes et les particuliers en dehors du courant dominant à contribuer au débat public par la diffusion d'informations et d'opinions sur des sujets d'intérêt général comme la santé et l'environnement» (§ 89).

Dans son arrêt *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*, du 14 avril 2009, la Cour a encore précisé que si la presse était «un des «chiens de garde» de la société» (§ 26), une association non gouvernementale, active dans le domaine des droits de l'homme pouvait remplir certaines missions *a priori* dévolues à la presse (telles que dans cette espèce la collecte d'informations). La Cour en déduit que :

«L'ouverture d'espaces de débat public fait partie du rôle de la presse. Cependant, l'exercice de cette mission n'est pas réservé aux médias ou aux journalistes professionnels. En l'espèce, l'aménagement d'un espace de débat public était le fait d'une organisation non gouvernementale. On peut donc dire qu'au travers de ses activités et des buts qui les sous-tendaient, la requérante contribuait de manière essentielle à un débat public éclairé. La Cour a reconnu à plusieurs reprises l'apport important de la société civile au débat sur les affaires publiques. La requérante en l'espèce est une association active dans le domaine du contentieux des droits de l'homme, et elle poursuit plusieurs objectifs, dont la protection de la liberté d'information. Elle peut donc, comme la presse, être qualifiée de «chien de garde» social. Dans ces conditions, la Cour considère que les activités de l'intéressée justifient qu'elle bénéficie de la même protection en vertu de la Convention que celle accordée à la presse» (§ 27).

Dans l'affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, GC, du 22 avril 2013, la Cour a examiné des restrictions apportées par les juridictions nationales à l'expression d'une association qui «milite contre l'utilisation des animaux à des fins commerciales, scientifiques ou récréatives» et qui «s'efforce d'obtenir un changement de la législation

(76) Formule souvent répétée par la Cour (not. dans les arrêts *Goodwin c. Royaume-Uni*, du 27 mars 1996, § 40; *Worm c. Suisse*, du 29 août 1997, § 47; *Fressoz et Roire c. France*, du 12 janvier 1999, § 45; *Du Roy et Malaurie c. France*, du 3 octobre 2000, § 27; *Thoma c. Luxembourg*, du 29 avril 2001, § 48).

(77) Voy., parmi beaucoup d'autres arrêts, l'arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], du 20 mai 1999, § 59.

et des politiques publiques dans ce domaine et, à cette fin, d'influer sur l'opinion publique et sur le point de vue des parlementaires» (§ 8).

La Cour précise que «dans le présent contexte, il y a lieu de noter que lorsqu'une ONG appelle l'attention de l'opinion sur des sujets d'intérêt public elle exerce un rôle de chien de garde public semblable par son importance à celui de la presse» (§ 103). Elle ajoute que «Pour ces raisons, la marge d'appréciation devant être reconnue à l'État dans le présent contexte est en principe étroite» (§ 104).

Dans l'arrêt *Youth Initiative for Human Rights c. Serbie*, du 25 juin 2013, la requérante était une organisation non gouvernementale qui surveille la mise en œuvre des lois transitoires en vue d'assurer le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'état de droit. La Cour a rappelé «*that when a non-governmental organisation is involved in matters of public interest, such as the present applicant, it is exercising a role as a public watchdog of similar importance to that of the press. The applicant's activities thus warrant similar Convention protection to that afforded to the press. Accordingly, the Government's remaining objections must also be rejected*» (§ 20).

Dans l'affaire *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes c. Autriche*, du 28 novembre 2013, la requérante était une association de droit autrichien qui a pour but d'étudier l'impact sur la société des transferts de propriété de terrains agricoles et forestiers et de donner des avis sur les projets de loi en la matière.

Dans cet arrêt, la Cour a rappelé qu'elle a «*consistently recognised that the public has a right to receive information of general interest. Its case-law in this field has been developed in relation to press freedom, the purpose of which is to impart information and ideas on such matters. The Court has emphasised that the most careful scrutiny on its part is called for when measures taken by the national authorities may potentially discourage the participation of the press, one of society's "watchdogs", in the public debate on matters of legitimate public concern*» (§ 33). Toutefois, précise la Cour, «*the gathering of information is an essential preparatory step in journalism and an inherent, protected part of press freedom d. However, the function of creating forums for public debate is not limited to the press. That function may also be exercised by non-governmental organisations, the activities of which are an essential element of informed public debate. The Court has therefore accepted that non-governmental organisations, like the press, may be characterised as social "watchdogs". In that connection their activities warrant similar Convention protection to that afforded to the press*» (§ 34).

Dans l'affaire *Braun c. Pologne*, du 4 novembre 2014, la Cour européenne a encore rappelé que «*In assessing the necessity of the interference, it is important to examine the way in which the relevant domestic authorities dealt with the case, and in particular whether they applied*

standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 of the Convention» (§ 45). Or, «*The Court notes that the Supreme Court differentiated between the standards applicable to journalists and those applicable to other participants in the public debate. It did so, without examining whether such a differentiation would be compatible with Article 10 of the Convention. According to the Supreme Court, the standard of due diligence and good faith should be applied only to journalists who fulfil an especially important social function. [...]. The Government and the domestic courts claimed that the applicant was not a journalist. On the other hand the applicant insisted that he had been active in professional journalism for many years. However, in any case the question of whether the applicant was a journalist within the meaning of the domestic law, is not of particular relevance in the circumstances of the instant case. The Court reiterates that the Convention offers a protection to all participants in debates on matters of legitimate public concern*» (§§ 46 et 47).

60. Enfin, dans l'arrêt commenté *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, dans un premier temps, la Grande Chambre confirme, sans la moindre ambiguïté, que le statut de «chien de garde» doit être accordé aux associations dont les activités sont un élément essentiel d'un débat public éclairé sur des sujets d'intérêt général, justifiant une protection comparable à celle reconnue par la Cour à la presse :

«Si l'article 10 garantit la liberté d'expression à «toute personne», la Cour a pour pratique de reconnaître le rôle essentiel joué par la presse dans une société démocratique et la position particulière des journalistes dans ce contexte. Ainsi, elle a dit que les garanties dont la presse doit jouir revêtent une importance particulière et elle a reconnu à plusieurs reprises le rôle crucial joué par les médias s'agissant de faciliter l'exercice par le public du droit de recevoir et de communiquer des informations et des idées et de contribuer à la réalisation de ce droit.

La Cour a aussi reconnu que la fonction consistant à créer des plateformes pour le débat public n'est pas l'apanage de la presse mais peut aussi être le fait d'autres acteurs, notamment des organisations non gouvernementales, dont les activités sont un élément essentiel d'un débat public éclairé. Elle a admis que lorsqu'une ONG appelle l'attention de l'opinion sur des sujets d'intérêt public, elle exerce un rôle de «chien de garde public» semblable par son importance à celui de la presse qui justifie qu'elle bénéficie en vertu de la Convention d'une protection similaire à celle accordée à la presse. Elle a reconnu l'apport important de la société civile au débat sur les affaires publiques.

La manière dont les «chiens de garde publics» mènent leurs activités peut avoir une incidence importante sur le bon fonctionnement d'une société démocratique. Il est dans l'intérêt d'une société démocratique de permettre à la presse d'exercer son

rôle crucial de “chien de garde public” en communiquant des informations sur des sujets d’intérêt public et de donner aux ONG examinant les activités de l’État la possibilité de faire de même»⁽⁷⁸⁾.

Mais, au-delà des ONG et des associations, la Cour estime «que les chercheurs universitaires et les auteurs d’ouvrages portant sur des sujets d’intérêt public bénéficient aussi d’un niveau élevé de protection» (§ 168).

Franchissant un pas de plus, elle précise en outre que, «compte tenu de ce que les sites Internet contribuent grandement à améliorer l’accès du public à l’actualité et, de manière générale, à faciliter la diffusion de l’information, la fonction des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux peut aussi être assimilée à celle de “chien de garde public” en ce qui concerne la protection offerte par l’article 10» (§ 168).

61. L’extension considérable de la «surprotection» reconnue à la presse, qui ressort de cette évolution jurisprudentielle, doit être saluée. Ainsi, toute expression facilitant «l’exercice par le public du droit de recevoir et de communiquer des informations et des idées» qui contribue à nourrir un débat public éclairé sur des questions d’intérêt général en bénéficie, quel que soit l’auteur de cette expression.

X. L’affaire *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*

Arrêt de Chambre du 21 juillet 2015⁽⁷⁹⁾ et arrêt de Grande Chambre du 27 juin 2017

Traitement de données à caractère personnel – Exception aux fins de journalisme – Liberté d’expression et respect de la vie privée – Mise en balance – Intérêt général – Marge d’appréciation des juridictions nationales – Subsidiarité du contrôle de la Cour

(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-175218>)

A. Analyse de l’arrêt

62. Cette affaire repose la question, déjà abordée⁽⁸⁰⁾, de la protection des données à caractère personnel au regard de l’exception prévue en faveur du traitement journalistique de telles données.

63. Elle la repose toutefois dans des circonstances tout à fait particulières qu’il s’impose de brièvement rappeler. La législation finlandaise reconnaît, à l’inverse de la plupart des États européens, un accès public aux informations fiscales des Finlandais (§§ 39 à 41 et 49 à 52)⁽⁸¹⁾. Forte de l’accès public à ces données fiscales, la société *Satakunnan Markkinapörssi* a, pendant des années, recueilli ces informations sur les revenus imposables et le patrimoine d’une large partie de la population finlandaise⁽⁸²⁾ auprès des autorités fiscales et les a publiées *in extenso*, sans aucune analyse, sous forme de catalogue, classées par commune, dans le magazine *Veropörssi*. Ces données étaient toutes récoltées manuellement dans les différents centres locaux des impôts par des personnes rémunérées par la société *Satakunnan Markkinapörssi*. Par la suite, en coopération avec la société *Satamedia*, les requérantes numérisèrent toutes ces données et mirent en place un service de messagerie téléphonique qui permettait à n’importe qui, par le simple envoi du nom d’une personne à un numéro dédié à ce service, de recevoir sur son téléphone portable les données fiscales de cette personne pour autant qu’elles soient reprises dans les données initialement publiées par *Veropörssi*.

64. Quoiqu’accessibles au public, ces données «relevaient clairement de la vie privée» des personnes concernées (§ 138) et étaient à ce titre soumises aux réglementations protectrices du traitement de telles données.

Le traitement à grande échelle de ces données par les requérantes suscita la désapprobation du «médiateur chargé de la protection des données», qui «invoquant des intérêts liés à la vie privée de contribuables, a demandé à ce que la commission de protection des données empêche les sociétés requérantes de publier [ces données]. Cette demande

(81) Ainsi, les informations ayant trait au nom, à l’année de naissance et à la commune de résidence du contribuable sont publiques, ainsi que les données suivantes : 1) le revenu du travail imposable au titre de l’impôt national ; 2) le revenu du capital et le patrimoine imposables au titre de l’impôt national ; 3) le revenu imposable au titre des impôts locaux ; 4) l’impôt sur le revenu et sur le patrimoine, les impôts locaux et le montant total des impôts et taxes ; 5) le montant total des retenues fiscales ; 6) le montant de l’impôt à payer ou à rembourser déterminé lors du calcul définitif pour l’année fiscale considérée. Certaines restrictions sont fixées quant aux modalités pratiques d’accès à ces informations.

(82) Les données publiées dans *Veropörssi* portaient sur 1,2 million de personnes, dont les revenus imposables annuels dépassaient certains seuils (environ 10.000 à 13.500 €), soit pratiquement un tiers du nombre total des contribuables en Finlande.

(78) §§ 165 à 167.

(79) Un résumé de l’arrêt de la chambre (4^e section) a été publié dans la livraison 2015/5-6 de *A&M*, pp. 422 et 423.

(80) Voy. *supra*, n° 29, les développements consacrés à l’arrêt CJUE, *Sargejs Buivids*, n° C-345/17, du 14 février 2019.

fut rejetée au motif que les sociétés requérantes se livraient à des activités de journalisme et pouvaient donc se prévaloir d'une dérogation aux restrictions prévues par la loi régissant le traitement des données». Non satisfait par cette décision, le médiateur introduisit un recours devant la Cour administrative suprême qui, dans un premier temps, posa une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne «sur l'interprétation à donner à la directive [...] sur la protection des données⁽⁸³⁾, [...] applicable au traitement litigieux». En décembre 2008, la CJUE «a estimé que les activités relatives au traitement de données figurant dans des documents accessibles au public pouvaient être qualifiées d'*activités de journalisme*, si elles avaient pour objet la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées par quelque moyen de transmission que ce fût». En septembre 2009, la Cour administrative suprême «a conclu que la publication de l'ensemble de la base de données ne pouvait être considérée comme une activité de journalisme, et elle a ordonné à la commission de protection des données d'interdire aux sociétés requérantes de [continuer à] publier de telles données»⁽⁸⁴⁾.

65. Devant la Cour européenne, la question principale qui se posait était de savoir si l'ingérence ainsi intervenue dans la liberté d'expression des requérantes était nécessaire dans une société démocratique et si, pour trancher cette question, les juridictions internes avaient ménagé un juste équilibre entre ce droit et le droit au respect de la vie privée (§ 160).

On comprend rapidement, à la lecture de l'arrêt, que ce qui pose problème ce n'est pas la diffusion de données fiscales à caractère personnel, dès lors qu'en Finlande ces données sont publiques, mais bien leur diffusion à très grande échelle, sous forme de catalogue, sans aucun traitement analytique (§ 175):

«Si les données fiscales [...] étaient accessibles au public en Finlande, elles pouvaient être consultées uniquement dans les centres locaux des impôts et la consultation était soumise à des conditions claires. Il était interdit de copier ces informations sur des clés USB. Les journalistes pouvaient recevoir des données fiscales sous forme numérique, mais pareille extraction était également soumise à des conditions, et des limites étaient posées à la quantité de données

pouvant faire l'objet d'une telle opération. Les journalistes devaient préciser que les informations étaient demandées à des fins de journalisme et qu'elles ne seraient pas publiées sous forme de listes. Dès lors, les informations relatives à des personnes physiques étaient certes accessibles au public, mais des règles et des garanties bien spécifiques s'appliquaient. [...]. La publication des données dans un magazine et leur diffusion ultérieure au moyen d'un service de SMS les ont rendues accessibles selon des modalités et à une échelle qui n'étaient pas prévues par le législateur» (§§ 189 et 190).

Or, observe encore la Cour, «la loi sur la publication et la confidentialité des informations fiscales énonce clairement que pareilles informations "sont publiques dans la mesure prévue par la présente loi"» (§ 194).

66. Pour conclure à l'absence d'atteinte à la liberté d'information, la Grande Chambre va reprendre à son compte les arguments retenus par la Cour administrative suprême, dès lors qu'elle n'a trouvé aucune raison sérieuse, selon le critère devenu classique de la subsidiarité, «de substituer son avis à celui des juridictions internes et d'écarter le résultat de la mise en balance effectuée par celles-ci» (§ 198).

Ainsi, elle confirme la distinction qu'il conviendrait d'opérer entre l'accessibilité à ces données fiscales et leur collecte à des fins journalistiques, d'une part, et la diffusion «en masse [de] pareilles données brutes, telles quelles, sans aucun apport analytique», d'autre part. L'existence d'un intérêt général lié à la collecte et au traitement des données ne signifie pas automatiquement que leur diffusion en masse réponde elle aussi à cet intérêt général (§ 175).

Au contraire, «le fait que les informations en question ont pu permettre à des citoyens curieux de répartir en catégories, selon leur situation économique, des personnes nominativement désignées qui ne sont pas des personnages publics pourrait être considéré comme une manifestation des attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui, et donc, en tant que tel, comme une forme de sensationnalisme, voire de voyeurisme» (§ 177).

En conséquence, selon la Grande Chambre, la publication des données fiscales n'avait pas pour seule finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions et d'idées. Ce qui est «corroboré par la présentation de la publication, sa forme, son contenu et la quantité des données divulguées». Dans ces conditions, la Cour estime que la publication litigieuse ne saurait passer pour contribuer à un débat d'intérêt général (§ 178).

(83) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

(84) Résumé de l'arrêt repris dans l'opinion dissidente des juges A. Sajó et I. Karakas, § 5, pp. 68 et 69.

B. Commentaires

67. L'arrêt est rendu à une large majorité de 15 voix contre 2. Mais les deux juges minoritaires (dont le président de la Grande Chambre) expriment leur opposition à l'arrêt dans une longue opinion dissidente (14 pages), particulièrement motivée, qui atteste que la solution retenue par la Grande Chambre n'est pas nécessairement convaincante.

Il y a d'abord la différence de traitement entre les requérantes et d'autres éditeurs qui publiaient chaque année de telles données, mais en moindre quantité. Les sociétés requérantes se demandaient quelle était la quantité d'informations publiées à partir de laquelle les informations perdent leur caractère publiable (§ 105). Or, selon les juges dissidents A. Sajó et I. Karakas, «la Cour ne démontre en rien [...] pourquoi l'exercice de mise en balance [...] exigerait que les requérantes (ou d'autres éditeurs) cèdent devant les exigences de l'article 8 pour des publications de données concernant 1,2 million de personnes, mais non pour des données concernant 150.000 individus (paragraphe 103 de l'arrêt)»⁽⁸⁵⁾.

Il est dès lors reproché à la Grande Chambre d'avoir décidé «que la publication d'une "certaine" quantité de données ne bénéfici[ait] pas de la protection de la loi, bien que la loi ne précise nulle part qu'il existe un seuil de cette nature». Au contraire, pour les juges dissidents, «le fait même que le droit finlandais met de telles données à la disposition du public prouve que la diffusion de ces données non seulement est légale mais qu'elle constitue également une question sérieuse d'intérêt général dans le contexte finlandais»⁽⁸⁶⁾.

Pour les juges dissidents, la Cour omet de considérer «qu'une plus grande quantité de données contribue bien à l'intérêt général puisque cela promeut la transparence fiscale (ce qui constitue la raison de l'adoption de la loi en premier lieu). De plus, le fait que les données puissent ou non être utilisées à des fins de voyeurisme n'amoin-drit pas (et exclut encore moins) l'intérêt général que présentent les informations publiées. La publication d'une quantité d'informations plus importante ne saurait signifier automatiquement que les informations sont de moindre valeur, présentent un intérêt général plus faible, ou relèvent du voyeurisme ou du sensationnalisme [...]. La publication litigieuse n'est pas une publication concernant des aspects intimes de la vie privée qui sont généralement l'objet du voyeurisme»⁽⁸⁷⁾.

68. Observons que pour soutenir que si les informations en cause étaient déjà dans le domaine public, cela ne les soustrayait pas nécessairement à la protection de l'article 8, la Cour s'était référée à son arrêt *Von Hannover c. Allemagne*, du 24 juin 2004, par lequel elle avait estimé que l'intérêt à publier des photographies de la princesse Caroline de Monaco avec l'acteur français Vincent Lindon qui avaient été prises dans des lieux publics, devait être mis en balance avec des considérations liées à la vie privée, même si les apparitions en public de Caroline de Monaco pouvaient être considérées comme des «informations publiques».

On perçoit immédiatement l'inadéquation de la comparaison avec la publication de données fiscales, accessibles au public, et concernant plus d'un million de Finlandais. Mais surtout, comme le soulignent les juges dissidents, la Cour donne au reproche de «voyeurisme» une portée inédite et inquiétante pour la liberté de l'information⁽⁸⁸⁾.

69. La distinction opérée par la Cour européenne entre les notions de «débat public» ou «portant sur des questions d'intérêt général», d'une part, et la diffusion d'informations de nature à «simplement à satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée» des personnes mises en cause par la presse (ou plus exactement par une certaine presse), trouve son origine dans quelques affaires mettant en cause la presse dite «de sensation»⁽⁸⁹⁾.

Dans sa décision *Société Prisma Press c. France*, du 1^{er} juillet 2003, la Cour «estime que l'article litigieux édité par la requérante (le magazine «Voici»), ayant pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur la vie privée de V. voire sur l'intimité de la vie privée de celle-ci, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de cette personne» (p. 11)⁽⁹⁰⁾.

Ensuite, à propos de la diffusion des photographies précitées de la Princesse Caroline de Monaco, illustrant exclusivement des moments intimes de sa

(85) *Ibid.*, § 30, p. 79.

(86) *Ibid.*, § 10, p. 71.

(87) *Ibid.*, § 12, p. 72.

(88) Outre, comme le souligne encore les juges dissidents, qu'il s'agit d'«un terme qui n'a jamais été défini par la majorité» (*ibidem*). Il a déjà été utilisé par la Cour dans l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés*, 10 novembre 2015, § 101. Pour l'analyse de cet arrêt, voy. *supra*, n^{os} 30 et 31.

(89) La notion dédaigneuse (voy. l'opinion dissidente de la juge Yudkivska, sous l'arrêt *Bédât c. Suisse* (GC), du 29 mars 2016) de «curiosité malsaine» n'appartient pas au vocabulaire de la Cour européenne. Elle n'apparaît dans l'arrêt *Bédât c. Suisse* que dans le rappel de la décision du Tribunal fédéral suisse.

(90) La concluante souligne.

vie privée (soit en famille, avec ses enfants ou avec son mari, soit avec l'acteur Vincent Lindon, présenté comme étant son amant), diffusées par trois magazines à sensation allemands (*Bunte*, *Freizeit Revue*, et *Neue Post*), la Cour a décidé, dans son arrêt précité *Von Hannover c. Allemagne* (§§ 63 à 65) :

«qu'il convient d'opérer une distinction fondamentale entre un reportage relatant des faits – même controversés – susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique, se rapportant à des personnalités politiques, dans l'exercice de leurs fonctions officielles par exemple, et un reportage sur les détails de la vie privée d'une personne qui, de surcroît, comme en l'espèce, ne remplit pas de telles fonctions. Si dans le premier cas la presse joue son rôle essentiel de "chien de garde" dans une démocratie en contribuant à "communiquer des idées et des informations sur des questions d'intérêt public", il en va autrement dans le second cas.

De même, s'il existe un droit du public à être informé, droit essentiel dans une société démocratique qui, dans des circonstances particulières, peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques, cela n'est pas le cas en l'occurrence : en effet, *celui-ci se situe en dehors de la sphère de tout débat (...) public*, car les photos publiées et les commentaires les accompagnant se rapportent exclusivement à des détails de la vie privée de la requérante.

Comme dans d'autres affaires similaires dont elle a eu à connaître, la Cour estime dès lors qu'en l'espèce la publication des photos et des articles litigieux, *ayant eu pour seul objet* de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie privée de la requérante, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante»⁽⁹¹⁾.

Dans son arrêt *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, du 23 juillet 2009, la Cour «rappele que si l'article 10, § 2, de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine, en particulier, du discours politique et, de façon plus large, dans des domaines portant sur des questions d'intérêt public ou général, il en est différemment des publications de la presse dite "à sensation" ou "de la presse du cœur", laquelle a habituellement pour objet de satis-

faire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée d'une personne. Quelle que soit la notoriété de la personne visée, lesdites publications ne peuvent généralement passer pour contribuer à un débat d'intérêt public pour la société dans son ensemble, avec pour conséquence que la liberté d'expression appelle dans ces conditions une interprétation moins large» (§ 40).

La Cour a encore estimé dans l'arrêt *Standard Verlags GmbH c. Autriche* (n° 2), du 4 juin 2009, que ne ferait que colporter des ragots servant uniquement à satisfaire la curiosité d'un certain lectorat, un article portant uniquement sur les liaisons extraconjugales qu'auraient entretenues des personnalités publiques de premier plan, hauts fonctionnaires de l'État⁽⁹²⁾.

Dans son arrêt déjà analysé *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* [GC], du 10 novembre 2015, la Cour a précisé que «l'intérêt général ne saurait être réduit aux attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui, ni au goût des lecteurs pour le sensationnel voire, parfois, pour le voyeurisme» (§ 101). Mais précise-telle, pour vérifier si une production journalistique mettant en cause «la vie privée d'autrui ne tend pas *uniquement* à satisfaire la curiosité d'un certain (public), mais constitue également une information d'importance générale, il faut apprécier la totalité de la production journalistique et rechercher si celle-ci, prise dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, se rapporte à une question d'intérêt général»⁽⁹³⁾.

Il ressort de ce rappel de la jurisprudence de la Cour que la notion d'informations visant à «satisfaire la curiosité d'un certain public» ou le «goût des lecteurs pour le sensationnel voire, parfois, pour le

(92) Arrêt CEDH, 4 juin 2009, *Standard Verlags GmbH c. Autriche* (n° 2), § 52.

(93) Je souligne. Dans l'arrêt *Bédat c. Suisse* (GC), du 29 mars 2016, déjà analysé (*supra*, n°s 33 et s.), la Cour souligne que «la question qui se pose est celle de savoir si le contenu de l'article et, en particulier, les informations qui étaient couvertes par le secret de l'instruction étaient de nature à nourrir le débat public sur le sujet en question ou simplement à satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée du prévenu» (§ 65). Plus précisément, elle interroge «en quoi la publication des procès-verbaux d'audition, des déclarations de la femme et du médecin du prévenu, ainsi que des lettres que le prévenu avait adressées au juge d'instruction et *qui portaient sur des questions anodines concernant le quotidien de sa vie en détention*, était de nature à nourrir un éventuel débat public sur l'enquête en cours» (§ 66). À nouveau, ces circonstances particulières ne sont en rien comparables à la diffusion de données fiscales accessibles au public.

(91) Je souligne.

voyeurisme», ne concernait jusqu'à présent, *a priori* que la presse dite «à sensation» et ne visait que des productions journalistiques qui n'avaient pas d'autre objectif que de nourrir cette curiosité⁽⁹⁴⁾ ou dont les informations ou photographies diffusées ne concernaient que des éléments de la vie privée de la personne mise en cause, «en dehors de la sphère de tout débat public».

70. Enfin, en ce qui concerne le reproche fait aux requérantes d'avoir publié des «données [fiscales] brutes, telles quelles, sans aucun apport analytique», les juges dissidents observent à juste titre que «la Cour n'a jamais exigé qu'un journaliste se livre à une "analyse" pour considérer qu'il satisfait à ses obligations en matière de diffusion d'informations au public». Tout en se demandant s'il fallait en déduire «que des informations accessibles au public seraient impropres à la publication?»⁽⁹⁵⁾.

71. Pour conclure sur cet arrêt, il me semble qu'un rapprochement peut être fait avec une autre jurisprudence contestable de la Cour européenne, en matière de publicité des débats judiciaires.

Dans son arrêt *Shabanov and Tren c. Russie*, du 14 décembre 2006, la Cour «notes the differing contexts of 'public' statements made before a domestic court and the publicity which results from publication in a newspaper» (§ 47), pour conclure à la non-violation de l'article 10 par les juridictions nationales russes qui avaient condamné, pour atteinte à la vie privée, deux journalistes du *Pravo Znat* qui avaient publié des extraits d'un certificat médical produit par le demandeur dans le cadre d'une procédure en diffamation introduite contre eux.

Comme j'ai déjà eu l'occasion de le souligner, cette jurisprudence s'inscrit dans une «tendance à vouloir restreindre, parfois radicalement, la publicité des audiences ou du jugement, en la cantonnant strictement dans l'enceinte des palais de justice. [...] En d'autres termes, s'il faut s'accommoder du principe, certains estiment que cette publicité ne doit pas être trop publique. Et qu'il conviendrait, en conséquence, d'en limiter les effets en interdisant à la presse de se faire l'écho de cette publicité, en général dans le souci de protéger la vie privée des personnes mises en cause par certaines procédures»⁽⁹⁶⁾.

On peut déceler une tendance similaire dans l'affaire des données fiscales finlandaises. Ces don-

nées sont, en raison de la loi finlandaise, accessibles au public. À condition de se déplacer dans un centre régional des impôts pour en solliciter l'accès. Si cette publicité nécessairement restreinte semble supportable, son relais par la presse, donnant une nouvelle effectivité à la publicité, devient insupportable. Comme si des informations pouvaient être publiques à condition qu'elles ne le soient pas trop.

XI. L'affaire *Medžlis Islamske Zajdenice Brčko et autres* *c. Bosnie-Herzégovine*

Arrêt de Chambre du 13 octobre 2015 et arrêt de Grande Chambre du 27 juin 2017

Principe de subsidiarité – ONG, «chien de garde» social – Devoirs et responsabilités – Mise en balance entre liberté d'expression et vie privée – Sujet d'intérêt général – Mise en cause d'un fonctionnaire – Bases factuelles à l'égard des faits – Proportionnalité de la sanction

(<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-175219>)

A. Analyse de l'arrêt

72. L'affaire concernait la délicate question de la prise en compte de la représentation proportionnelle des communautés ethniques (serbes, bosniaques et croates) dans les services publics du district de Brčko, en Bosnie-Herzégovine⁽⁹⁷⁾. Était en cause, en l'espèce, la nomination du nouveau directeur pour la station de radio publique multiethnique du district. Alors que la nomination de la candidate M.S. qui était à l'époque responsable des programmes culturels de la radio était proposée par le jury de sélection, les requérantes (la première étant une communauté religieuse musulmane du district

(94) Comme cela ressort des expressions «ayant pour seul objet» ou «ne tend pas uniquement» utilisées par la Cour.

(95) Opinion dissidente des juges A. Sajó et I. Karakas, § 10, p. 71.

(96) J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté d'information*, op. cit., p. 58. Pour une analyse et une illustration de cette tendance, *ibidem*, pp. 58 à 67.

(97) Le district de Brčko est un territoire de 493 km² situé au nord de la Bosnie-Herzégovine, dans un couloir séparant la Republika Srpska en deux parties. Ce district possède un statut particulier de *collectivité territoriale autonome*, tout en faisant partie à la fois de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et de la République serbe de Bosnie. Sa population est composée de Serbes, de Croates et de Bosniaques, les Serbes étant majoritaires dans la ville de Brčko. Cette collectivité territoriale autonome est dotée de ses propres institutions, de ses lois et de ses règlements, dont les pouvoirs et le statut ont été définitivement tranchés par les sentences du «Tribunal arbitral sur le différend relatif à la frontière entre les entités dans la région de Brčko». Le district est placé sous la souveraineté et relève des institutions de la Bosnie-Herzégovine. Le district n'a pas de drapeau distinctif, car il a adopté celui de la Bosnie-Herzégovine.

de Brčko, les trois autres étant des ONG regroupant des Bosniaques du district de Brčko) adressèrent une lettre aux plus hautes autorités du district, faisant part de leurs préoccupations au sujet de la procédure de nomination et reprochant notamment aux autorités d'avoir méconnu le principe de la représentation proportionnelle des communautés ethniques dans le service public du district. Cette lettre précisait qu'en outre M^{me} M.S. ne présentait ni les qualités professionnelles ni les qualités morales requises pour un tel poste. À l'appui de cette appréciation négative, les requérantes évoquaient quatre faits graves et précis, à charge de la candidate, qui traduisaient selon elles son mépris à l'égard des musulmans et des Bosniaques et son parti pris en faveur des Serbes.

Cette lettre fut publiée dans trois quotidiens locaux, sans qu'il ait été démontré que les requérantes soient à l'origine de cette diffusion dans la presse.

Sur plainte de M^{me} M.S., les requérantes, après avoir été acquittées en première instance, furent condamnées en appel, pour diffamation à l'égard de la plaignante. La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine confirma cette condamnation. Les juridictions nationales prirent soin de constater que celle-ci répondait bien à un besoin social impérieux au sens de l'article 10 de la Convention européenne.

73. Dans un premier temps s'est posée la question de la légalité de l'ingérence. Il ne s'agit à l'évidence pas de la question essentielle posée par cette affaire, mais la Cour a ainsi eu l'occasion de rappeler les principes régissant la condition de la légalité de l'ingérence. Il faut une «norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite». Cela signifie que tout individu «en s'entourant au besoin de conseils éclairés, doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé». La Cour précise que «ces conséquences n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique» (§ 71). À ce rappel, s'ajoute celui du *principe de subsidiarité*, qui a pris une importance de plus en plus grande dans la jurisprudence de la Cour. Après avoir observé que tant la cour d'appel du district de Brčko que la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine ont estimé qu'au sens de l'article 6 de la loi de 2003 sur la diffamation, celle-ci pouvait résulter des termes d'une correspondance privée et ne devait pas nécessairement «passer par les médias», la Cour précise qu'elle «ne voit aucun élément suggérant que les requérantes se trouvaient dans l'impossibilité de prévoir, dans une

mesure raisonnable, comment la juridiction d'appel nationale interpréterait et appliquerait dans leur affaire» la disposition légale réprimant la diffamation, tout en rappelant, qu'elle s'autorise ce constat même «s'il appartient en premier lieu aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne» (§ 71).

74. L'essentiel de l'arrêt porte sur la nécessité de l'ingérence. Par un raisonnement méthodique, la Cour va aboutir au constat (par 11 voix contre 6) que l'ingérence ordonnée par les juridictions nationales répondait bien à la condition de nécessité. Le principe de subsidiarité et l'assimilation des requérantes à des «chiens de garde» de la démocratie, au même titre que la presse, vont avoir une incidence décisive sur la solution retenue par la Cour.

75. La Cour va d'abord considérer non pertinente l'assimilation des requérants à des lanceurs d'alerte⁽⁹⁸⁾. L'intérêt de cette assimilation était de soutenir qu'il ne faudrait pas être trop exigeant, à l'égard du lanceur d'alerte qui «signale» des informations aux autorités, quant à leur base factuelle: «au lieu de demander aux donneurs d'alerte de prouver la véracité des faits rapportés, il est plus judicieux de permettre aux États d'enquêter sur ces faits» (§ 62). La Cour estime pouvoir se dispenser de se pencher sur cette question au seul motif que les requérantes, n'ayant aucun lien de subordination avec la radio publique n'avaient dès lors aucune obligation de loyauté, de réserve et de discrétion qui, selon elle, caractérise la situation dans laquelle se trouve le lanceur d'alerte. Le raisonnement semble un peu court et malheureux en ce qu'il évince toute protection aux alerteurs qui ne seraient pas liés par un contrat de travail avec la société concernée par l'alerte⁽⁹⁹⁾.

De même, dès lors que «les allégations exposées en l'espèce aux autorités n'émanaient pas de particuliers mais de quatre ONG, elles ne se fondaient pas

(98) Proposée par le CREDOF et l'association Blue Print for Free Speech, autorisés à intervenir dans la procédure écrite.

(99) Sur cette conception «étroite» du lanceur d'alerte, voy. K. BLAY-GRABARCZYK, «Le statut du lanceur d'alerte dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», *R.T.D.H.*, 2018, p. 861. Selon le Conseil d'État français, est lanceur d'alerte «toute personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquement grave à la loi ou porteurs de risques graves, décide librement et en conscience de lancer une alerte dans l'intérêt général» (Conseil d'État, *Le droit d'alerter: signaler, traiter, protéger*, La Documentation française, Paris, 2016, p. 56). La célèbre lanceuse d'alerte, Irène Fraichon, n'avait pas de tels liens avec les laboratoires Serviers lorsqu'elle a lancé l'alerte sur les effets secondaires mortels du *Mediator*.

sur l'expérience personnelle directe de leurs auteurs» (§ 85), la Cour s'écarte du raisonnement retenu par la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, fondée sur «le droit [...] de signaler des irrégularités supposées dans la conduite de fonctionnaires»⁽¹⁰⁰⁾.

76. Ensuite, dès l'entame de son raisonnement sur la nécessité de l'ingérence, citant l'arrêt *Bédat c. Suisse* [GC]⁽¹⁰¹⁾, la Cour va rappeler les contours du principe de subsidiarité (§ 75) ainsi que les critères à prendre en compte dans la mise en balance à faire entre la liberté d'expression et le respect de la vie privée, renvoyant à la synthèse contenue à cet égard dans l'arrêt *Perinçek c. Suisse* [GC]⁽¹⁰²⁾, qui se termine par une application du même principe : «Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis au leur» (§ 77). Il est vrai qu'en l'espèce, tant la cour d'appel du district de Brčko que la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine avaient calqué leur raisonnement sur celui de la jurisprudence de la Cour européenne pour apprécier la pertinence des ingérences au regard du droit à la liberté d'expression reconnu par l'article 10 de la Convention.

Poursuivant son œuvre jurisprudentielle, commencée il y a une quinzaine d'années, d'extension de la notion de «chien de garde de la démocratie» au bénéfice d'autres intervenants dans le débat public que les journalistes⁽¹⁰³⁾, et spécialement en faveur des ONG, la Cour va cette fois en déduire des conséquences quant aux devoirs et responsabilités de ces intervenants, leur imposant les mêmes charges que celles qui s'imposent aux journalistes.

Dès lors qu'il ne fait aucun doute que la lettre envoyée par les requérantes aux autorités portait sur un sujet d'un haut degré d'intérêt général (§ 94), il reste à vérifier si les requérantes ont agi de bonne foi, dans le respect de la déontologie, en fournissant des informations exactes et dignes de crédit (§ 87). À l'inverse de l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, où l'assimilation aux «chiens de garde de la démocratie» ouvrait le droit à un accès à l'information pour d'autres intervenants que les journalistes, la Cour va ici constater que les requérantes ne se sont pas conformées à l'obligation qui s'impose à tout journaliste de vérifier à suffisance les informations avant leur diffusion. En d'autres termes, les requérantes ne pouvaient se prévaloir d'une base factuelle

suffisante pour «les déclarations de fait» contenues dans leur courrier.

Or, observe la Cour, une telle obligation relève également de la déontologie des ONG. En effet, la Cour trouve dans le *Code de déontologie et de conduite à l'intention des ONG*, édité en 2004 par l'Association mondiale des organisations non gouvernementales (WANGO)⁽¹⁰⁴⁾, les dispositions pertinentes suivantes : «[u]ne ONG doit communiquer des informations exactes [...] [concernant] toute personne» et «[l]es informations [qu'une ONG] choisit de diffuser auprès [...] des autorités [...] doivent être exactes et présentées dans le contexte approprié» (§ 87).

La Cour en déduit que la nécessité de l'ingérence dans la liberté d'expression des requérantes doit s'analyser au regard des critères «qui s'appliquent généralement à la diffusion de déclarations diffamatoires par les médias dans l'exercice de leur fonction de chien de garde public, à savoir le degré de notoriété de la personne concernée, l'objet du reportage, le contenu, la forme et les répercussions de la publication ainsi que le mode d'obtention des informations et leur véracité, et la gravité de la sanction imposée» (§ 88). À chaque étape de cette analyse, la Cour va estimer qu'il n'y a aucun motif de se départir des considérations émises par les juridictions internes.

77. Dès lors que les allégations litigieuses décriaient pour l'essentiel des paroles et des actes dont la candidate au poste de directeur de la radio était censée être l'auteur, la Cour confirmant l'analyse des juridictions internes, y voit des «déclarations de fait» et non des «jugements de valeurs» (§ 97), devant en conséquence reposer sur une base factuelle solide⁽¹⁰⁵⁾. Pour la Cour, «l'authenticité des informations communiquées aux autorités» constituait en l'espèce le «facteur le plus important» (§ 107). «À l'instar de la presse», les requérantes auraient dû vérifier la véracité des allégations formulées à l'encontre de la candidate. Sur la base de l'analyse minutieuse de cette obligation de vérification des faits allégués, opérée par les juridictions internes, la Cour conclut que les requérantes ont manqué à leurs devoirs et responsa-

(100) Fondé essentiellement sur l'arrêt *Zakharov c. Russie*, 5 octobre 2006, § 23.

(101) Voy. *supra*, n^{os} 32 et s.

(102) Voy. *supra*, n^{os} 16 et s.

(103) Voy. *supra*, n^{os} 52 à 55.

(104) www.wango.org/codeofethics/COEEnglish.pdf.

(105) En réalité, le courrier litigieux contenait, dans un premier temps, un simple jugement de valeur, en précisant que la candidature «concerne une personne qui ne présente ni les qualités professionnelles ni les qualités morales requises pour un tel poste» (§ 10). Mais c'est dans les précisions données à l'appui de ce jugement de valeur, que les requérantes ont exposé quatre faits précis qui imposaient une base factuelle sérieuse.

bilité en diffusant des faits qui ne reposaient pas sur une base factuelle suffisante.

Au contraire, à charge des requérantes, la Cour retient que celles-ci ont déformé le récit qui avait été recueilli auprès de certains collaborateurs de la candidate (§ 112), se sont contentées de rapporter des rumeurs inexactes qu'il était pourtant aisé de vérifier (§ 114)⁽¹⁰⁶⁾ et ont imputé à la candidate des déclarations dans la presse qu'elle n'avait pas tenue (§ 115)⁽¹⁰⁷⁾.

78. Il restait à la Cour de vérifier si les sanctions prononcées par les juridictions internes n'étaient pas disproportionnées. La cour d'appel du district de Brčko avait «ordonné deux mesures aux requérantes : elle leur a enjoint d'informer les autorités qu'elles retireraient les déclarations contenues dans leur lettre (injonction de rétractation), faute de quoi elles seraient tenues de verser conjointement 1 280 EUR au titre du préjudice moral (injonction de paiement), et elle leur a ordonné de faire diffuser à leurs frais l'arrêt à la radio-télévision du district de Brčko ainsi que dans deux journaux». La Cour estime que l'ordre de retirer les déclarations litigieuses «ne soulève aucun problème sur le terrain de la Convention» (§ 120) et que les dommages et intérêts, qui n'étaient dus qu'en raison du refus des requérantes d'exécuter l'ordre précité, n'étaient pas disproportionnés.

79. En conclusion, la Cour insiste encore sur le principe de subsidiarité : «À la lumière de ce qui précède, la Cour ne décèle pas de raisons sérieuses qui justifieraient qu'elle substitue son avis à celui des juridictions nationales et qu'elle écarte la mise en balance qui a été effectuée par celles-ci» (§ 121)⁽¹⁰⁸⁾.

(106) La Cour souligne que «les requérantes n'ont présenté aucun élément de preuve de nature à démontrer qu'elles se fussent d'une quelconque manière efforcées de vérifier la véracité de cette rumeur avant de la rapporter aux autorités» (§ 114).

(107) La Cour estime «que la vérification de ce point avant son signalement aux autorités n'aurait pas demandé d'efforts particuliers aux requérantes. L'identité de l'auteur de la déclaration en cause était facile à vérifier et une simple recherche aurait permis aux requérantes de la déterminer. Malgré la gravité des accusations qu'elles portaient contre M.S., les requérantes ont agi à la légère sans se donner la peine de vérifier l'authenticité de leurs allégations avant de les transmettre» (§ 115).

(108) Comme le souligne K. Blay-Grabarczyk («Le statut du lanceur d'alerte dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 871), «sur le terrain de la conciliation de la liberté d'expression et de la protection des droits d'autrui, [le principe de subsidiarité] se manifeste principalement par la considération que "si la mise en balance

Il faut toutefois reconnaître à la Cour qu'elle n'arrive à cette conclusion qu'après avoir méthodiquement analysé toutes les étapes du raisonnement des juridictions internes à l'aune de ses propres critères d'appréciation.

B. Commentaires

80. Le contenu des opinions dissidentes atteste à quel point le sujet était délicat et les positions des juges dissidents tranchées.

Dans la première opinion dissidente, quatre des six juges minoritaires vont insister sur un point à leurs yeux essentiel mais insuffisamment pris en compte par la Cour : le courrier adressé par les requérantes aux autorités était un «courrier privé» qui n'avait pas vocation à se retrouver publié par certains médias. Ils en déduisent qu'«il est injustifié [...] d'apprécier la véracité de propos tenus dans une lettre privée avec la même rigueur que s'ils avaient été exprimés dans un article de presse publié par les requérantes». Par ailleurs, dès lors que «les requérantes ne sauraient être tenues pour responsables du fait que la lettre a été publiée dans trois journaux et a donc été rendue publique», ce que la majorité a reconnu, les juges minoritaires observent que l'arrêt, avec une évidente incohérence, «n'en a pas moins conclu que la publication avait ouvert une possibilité de débat public et donc aggravé l'atteinte à la dignité et à la réputation professionnelle de M.S.»⁽¹⁰⁹⁾.

Dans son opinion dissidente séparée, le juge Egidijus Kūris reproche à la majorité d'avoir fondé son raisonnement sur quatre fictions, se rapportant toutes à des circonstances factuelles interprétées systématiquement au détriment des requérantes. Il déplore par contre que «la "toute première" doléance (totalement occultée par la majorité) n'apparaît pas avoir été sans fondement» : «l'équilibre interethnique dans la composition du jury de sélection du

par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis au leur". Ainsi, le contrôle européen se concentre uniquement sur le fait de vérifier si les décisions nationales se concilient avec la Convention».

(109) Opinion dissidente commune aux juges Sajó, Karakaş, Motoc et Mits. Sur cette «contradiction», voy. C. PICHÉRAL, C. HUSSON-ROCHCONGAR et M. AFROUKH, «Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Premier semestre 2017», *R.D.L.F.*, 2017, chron. n° 31, www.revuedlf.com/cedh/evolutions-de-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-premier-semester-2017/.

directeur de la radio [n'a] en effet pas été respecté». Il en conclut que «tout le raisonnement de cet arrêt est un exercice d'*implication par imputation*, dans lequel *chacune* des circonstances de fait litigieuses a été interprétée au détriment des requérantes, minimisant ainsi la manifestation de leurs préoccupations quant aux dangers planant sur l'équilibre interethnique et la paix civile fragiles dans leur pays en proie à des troubles et l'assimilant à une vulgaire diffusion de rumeurs, et dénigrant les requérantes elles-mêmes pour en faire des calomniatrices irresponsables et sectaires».

Enfin, on lira encore avec un intérêt certain l'opinion dissidente assez véhémement et manifestement désabusée du juge bosnien, Faris Vehabović.

On croit comprendre, à la lecture de ces opinions dissidentes, que la Cour n'a peut-être pas suffisamment pris en compte la question spécifique des tensions interethniques qui divisent encore aujourd'hui la Bosnie-Herzégovine. Ou qu'au contraire, cet aspect du dossier la conduit à se réfugier dans une rigueur des principes dans l'espoir, manifestement déçu, d'être à l'abri des critiques⁽¹¹⁰⁾.

*

81. La chronique de ces onze arrêts, rendus par la Cour européenne en formation de Grande Chambre, illustre le caractère polymorphe que peuvent prendre les ingérences dans la liberté d'expression et l'éten due de ces atteintes qui affectent toutes les expressions, bien au-delà de la seule expression journalistique.

L'activité de la Grande Chambre dans ce domaine est incontestablement soutenue. Les questions de principes qui lui sont soumises sont souvent délicates en ce qu'elles opposent d'importantes susceptibilités, telle la négation du génocide arménien (*Perinçek*) ou la cohabitation interethnique en Bosnie-Herzégovine (*Medžlis Islamske Zajdenice Brčko*).

Si, dans certaines affaires, sa jurisprudence apparaît comme l'ultime et indispensable rempart aux atteintes à la libre expression d'acteurs essentiels aux sociétés démocratiques (tel l'avocat *Morice* ou le juge *Beka*), si on ne peut que se satisfaire de l'extension de la notion de «chien de garde de la démocratie» au profit de tous ceux qui contribuent par leur expression, quel que soit le média auquel il est recouru, à nourrir un débat public d'intérêt général (*Magyar Helsinki Bizottság*), on ne peut se départir du sentiment que dans la protection classique que la Cour garantissait depuis tant d'années aux journalistes, la tendance est à une jurisprudence moins généreuse pour la liberté de l'information au regard d'autres droits en jeu, particulièrement celui du respect de la vie privée des personnes mises en cause par les productions journalistiques frappées d'ingérences ordonnées par des juridictions nationales (*Pentikäinen et Bédat*).

Manifestement, le principe de subsidiarité – une autre constance qui se dégage de la plupart des arrêts analysés (not. *Delfi*, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Medžlis Islamske Zajdenice Brčko*) – joue en défaveur de la mise en œuvre par la Cour elle-même d'une garantie concrète et effective du droit à la liberté d'expression, par opposition aux «droits théoriques et illusoires», pour reprendre une vieille expression de la Cour.

On peut certes tenter de se rassurer en soulignant qu'à chaque fois des circonstances particulières justifient *in fine* la décision prise par la Cour en sorte qu'il ne faudrait pas généraliser l'enseignement qui se dégage de certains des arrêts analysés dans le cadre de cette chronique. Il n'en reste pas moins – et c'est un curseur signifiant – que face à ces arrêts, je suis à chaque fois plus convaincu par les opinions exprimées par les juges dissidents.

(110) Selon K. Blay-Grabarczyk, «Le statut du lanceur d'alerte dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 871, «la retenue de la Cour pouvait en particulier s'expliquer par sa volonté de stabiliser l'autorité et l'analyse équilibrée des juridictions internes» dans un contexte «mettant en lumière la difficile conciliation entre les peuples de Bosnie-Herzégovine».