



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW



n° 8
décembre 2023

DOSSIER 1 :
LE DROIT EN SPECTACLE

DOSSIER 2 :
LA LIBERTÉ D'EXPRESSION
ET DE LA PRESSE

TABLE DES MATIÈRES

DOSSIER :

LE DROIT EN SPECTACLE _____ 9

PARTIE 1.

LE DROIT COMME OBJET DE SPECTACLE _____ 11

Avant-propos _____ 13

Julie DE GUILHEM, Tannaz GHOLIZADEH et Tatiana KOZLOVSKY

1. Le Droit peut-il être un spectacle ? _____ 15

Valérie Laure BENABOU

2. La justice en procès _____ 29

Maya ROS Y BLASCO

3. Réalisme et vraisemblance du procès dans le théâtre du premier âge classique (1640-1670) _____ 53

Romain DUBOS

4. Identification et mobilisation de la rhétorique shakespearienne du pouvoir au sein de l'appareil réflexif juridique _____ 71

Abraham LE GUEN

5. Droit et Théâtre : miroirs _____ 89

Sylvin BRANIER-RENAULT

6. Les procès fictifs : usages artistiques et sociaux du procès dans la cité _____ 109

Nathalie GOEDERT

Ninon MAILLARD

7. Le spectacle de la justice dans les séries judiciaires télévisées _____ 135

Barbara VILLEZ

PARTIE 2.

LE DROIT COMME SOURCE DE SPECTACLE _____ 149

8. Le costume et le droit _____ 151

Julie MATTIUSSI

9. Transparence de la justice et spectacle _____	163
Emmanuel JEULAND et Kenneth KPONOU	
I.- L'absence des acteurs du procès civil_____	167
Kenneth KPONOU	
II.- La diffusion des audiences et la question du spectacle_____	179
Par Emmanuel JEULAND	
10. Le Tribunal international Monsanto : une tribune à l'appel de l'évolution du droit _____	193
Joris FONTAINE	
11. Entre République et religion, une approche politique des cérémonies familiales _____	205
Martin BAUX DUPUY Rébecca DEMOULE	
12. JOP 2024 : ne pas gâcher la fête ? _____	217
Florence BELLIVIER Antonin GUILLARD	
13. La loi relative aux influenceurs : spectacle(s) et réseaux sociaux _____	233
Tatiana KOZLOVSKY Robin PLIQUE	

DOSSIER :

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE LA PRESSE_____**253**

La liberté d'expression et de la presse _____	255
Jonas KNETSCH	
La liberté d'expression, un droit constitutionnel _____	257
Khalil FENDRI	
La liberté d'expression de l'universitaire _____	269
Xavier DUPRÉ DE BOULOIS	
Liberté d'expression et responsabilité civile _____	281
Patrice JOURDAIN	
Les abus de la liberté d'expression et la responsabilité civile _____	291
Sami JERBI	

Liberté d'expression et cessation de l'illicite _____	319
Jonas KNETSCH	
La protection de la liberté d'expression dans le domaine de l'art : l'exemple du <i>street art</i> _____	331
Marine RANOUIL	
Réflexions sur la liberté d'expression à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation tunisienne n° 6096 du 4 décembre 2014 _____	339
Salma ABID-MNIF	
La liberté d'expression en droit international privé _____	357
Salma TRIKI	

Liberté d'expression et cessation de l'illicite

Jonas KNETSCH

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Dans le domaine du contentieux de la liberté d'expression, il est une institution qui, en raison de son double rattachement au droit processuel et au droit substantiel, suscite de nombreuses interrogations. Elle peine à trouver une place pleinement convaincante dans l'ordonnement juridique : la cessation de l'illicite. Le droit français reconnaît, en effet, aux personnes qui s'estiment lésées dans leurs droits ou menacées de l'être, outre les actions en réparation classiques, des voies procédurales alternatives. Les actions en cessation complètent dès lors l'arsenal juridique dont dispose une personne pour défendre ses droits subjectifs.

Définie comme une mesure qui a pour objet ou pour effet de prévenir une situation de fait contraire au droit ou d'y mettre fin, la cessation de l'illicite est aujourd'hui invoquée par les plaideurs dans des domaines de plus en plus variés. Que ce soit en droit immobilier, en droit de l'environnement ou encore en droit de la concurrence, le contentieux de la cessation gagne du terrain et tend même à supplanter, à en croire certains auteurs, le contentieux de la réparation¹. Face aux empiètements ou à d'autres troubles de voisinage, aux pratiques anticoncurrentielles, aux contrefaçons ou aux actes de pollution, les actions en cessation offrent une voie de droit aussi commode que rapide, le demandeur pouvant s'adresser au juge des référés. Elles trouvent également un terrain fertile dans le domaine des droits de la personnalité, notamment en présence d'une atteinte à l'honneur ou à la vie privée. C'est dire les liens étroits qu'entretiennent la cessation de l'illicite et la liberté d'expression en droit civil français.

¹ C. BLOCH, « La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile », *JCP G* 2016, suppl. au n° 30-35, p. 5, spéc. n° 1 ; C. BLOCH et Ph. STOFFEL-MUNCK, « La cessation de l'illicite », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 86. V. aussi G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Dalloz/LGDJ, 2009, p. 547.

Née dans le giron du droit processuel, la cessation de l'illicite se singularise aujourd'hui par un mouvement de « substantialisation » qui atteint aussi bien son appréhension doctrinale que ses sources formelles.

L'article 835 du Code de procédure civile constitue le fondement législatif principal de l'action en cessation de l'illicite en ce qu'il permet de demander au président du tribunal judiciaire de « prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour *faire cesser un trouble manifestement illicite*² ». Cependant, il ne s'agit pas d'un texte à portée générale, à l'instar des articles 201 et suivants du Code tunisien des procédures civiles et commerciales. Il est complété par des règles disséminées dans le Code de procédure civile et dans d'autres codes, qui habilite les présidents d'autres juridictions à prendre les mêmes mesures par voie de référé³.

Le législateur a ajouté encore à ces différents textes des dispositions sectorielles permettant à des demandeurs de réclamer des mesures de cessation de l'illicite dans divers domaines du droit⁴ : atteintes à un droit réel⁵, actes de contrefaçon⁶, diverses pratiques contraires à la législation sociale⁷, au droit de la concurrence⁸, au droit de la presse et des médias⁹ ou portant atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs¹⁰.

S'agissant des atteintes aux droits de la personnalité, c'est dans le Code civil que l'on trouve un texte autorisant le juge à ordonner des mesures de cessation en cas d'atteinte illicite au corps humain et, ce qui nous intéresse plus particulièrement, en présence d'une atteinte à la vie privée. Tout en proclamant que « chacun a droit au respect de sa vie privée », l'article 9 dispose que « les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». Insérée dans le Code civil par une loi du 17 juillet 1970¹¹, cette disposition confère au juge

² C'est nous qui soulignons.

³ V. article 873 al. 1^{er} C. proc. civ. pour les affaires relevant de la compétence des tribunaux de commerce, article 894 al. 1^{er} C. proc. civ. pour le référé prud'homal et article R. 142-21-1 C. séc. soc. pour le référé en matière de protection sociale.

⁴ Pour une synthèse, v. G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017, n^{os} 80 et s.

⁵ V. article 555 et articles 672 et suivants du Code civil.

⁶ Art. L. 332-1, L. 332-4, L. 521-6, L. 615-3, L. 623-7, L. 716-6 et -7, L. 716-15 C. propr. ind.

⁷ Art. L. 1251-47, L. 4732-1 et s. C. trav.

⁸ Art. L. 442-6, III C. com. ; art. L. 121-3 C. consom.

⁹ Art. 50-1 de la loi du 29 juillet 1881, art. 6 de la loi du 29 juillet 1982 et art. 6, I, 8^o de la loi du 21 juin 2004 (dite « LCEN »). V. aussi art. 9-1 C. civ. (atteinte à la présomption d'innocence).

¹⁰ Art. L. 421-2 C. consom.

¹¹ Pour un commentaire de cette loi, v. A. CHAVANNE, « La protection de la vie privée dans la loi du 17 juillet 1970 », *Rev. sc. crim.* 1971, p. 605, spéc. p. 609 et s. ; J. PRADEL, « Les dispositions de la loi n^o 70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *D.* 1971, chr. p. 111, spéc. n^{os} 12 et s. ; R. LINDON, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée », *JCP G* 1970, I, 2357.

le pouvoir d'ordonner les mesures propres à empêcher la violation de l'« intimité de la vie privée », sans préciser comment ce texte doit s'articuler avec la règle de l'article 835 alinéa 1^{er} du Code civil. Faut-il considérer que ce texte spécial évince le texte plus général, et ce alors même qu'une atteinte à l'intimité de la vie privée pourrait tout aussi bien être appréhendée par la notion du « trouble manifestement illicite » ?

La jurisprudence française ne brille pas spécialement par sa clarté sur cette question et rares sont les auteurs à s'être intéressés à l'interaction entre règles procédurales et matérielles en matière de cessation de l'illicite. Pour autant, il ne s'agit pas d'un sujet de réflexion purement académique. Les enjeux pratiques ne sont pas négligeables, chacun des textes instituant un régime spécifique de l'action en cessation avec ses conditions propres.

Considérée sous un angle plus prospectif, cette question est appelée à prendre de l'importance en raison de la tendance à une intégration plus large de la cessation de l'illicite dans le droit matériel de la responsabilité civile. Sous l'influence d'une thèse remarquable¹², les auteurs du projet de réforme de la responsabilité civile, présenté en 2017 par le garde des Sceaux, ont consacré une disposition spécifique à la cessation de l'illicite, laquelle ferait donc partie des mesures de réparation¹³. Dans l'avant-projet de 2016, la cessation de l'illicite occupait une place encore plus prééminente au titre des dispositions liminaires¹⁴, donnant de l'eau au moulin de ceux qui y voyaient un moyen d'affirmer avec plus de vigueur la fonction préventive de la responsabilité civile.

Loin de faciliter l'analyse de la liberté d'expression sous l'angle de la cessation de l'illicite, ces évolutions récentes ne doivent pas tromper l'observateur sur les potentialités des actions en cessation en la matière. Oscillant entre procédure civile et responsabilité civile, la cessation de l'illicite intéresse le contentieux de la liberté d'expression à deux titres en ce qu'utilisée au nom de la protection de la vie privée, elle peut représenter une menace (I) ou une garantie (II).

¹² C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. Aix-Marseille, Dalloz, 2008.

¹³ Aux termes de l'article 1266 du projet, « en matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ». Sur ce texte, v. C. ALBIGES, « La généralisation de la fonction préventive de la responsabilité civile », in G. CERQUEIRA et V. MONTEILLET (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité*, Dalloz, 2021, p. 61 ainsi que tout récemment N. TORZ-DUPUIS, *Essai sur la fonction normative de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. Toulouse Capitole, 2023, n^{os} 310 et s. ainsi que n^{os} 362 et s.

¹⁴ Il s'agit de l'article 1232 de l'avant-projet.

I.- Les actions en cessation de l'illicite, menace de la liberté d'expression

Durant l'année 2022, l'actualité politique en France a été marquée par des « affaires » qui, révélées par des journalistes d'investigation, ont donné lieu à des procédures judiciaires destinées à empêcher la publication des résultats des enquêtes. Plusieurs médias se sont inquiétés du recours de plus en plus fréquent aux actions en cessation de la part de responsables du monde politique ou économique. À en croire certains journalistes, des « procès bâillons » intentés contre les directeurs de publication menaceraient la liberté de la presse, conduisant à une forme de « censure judiciaire¹⁵ ».

Deux illustrations récentes peuvent être données avant de porter une appréciation critique sur l'utilisation des actions en cessation dans le domaine de la presse et des médias.

A.- Les illustrations récentes

Une première affaire concernait le site d'investigation *Reflets.info*. Des journalistes s'apprêtaient à y publier des informations sur le montage financier du groupe de sociétés de télécommunications Altice¹⁶. Ces informations étaient en partie issues de documents internes au groupe qui avaient été piratés par un groupe de hackers. Saisi par la direction d'Altice sur le fondement de l'article 873 du Code de procédure civile¹⁷, le tribunal de commerce de Nanterre a rendu le 6 octobre 2022 une ordonnance enjoignant à la société éditrice du site *Reflets.info* de ne pas publier de nouvelles informations au motif que la « volonté affirmée de poursuivre les publications d'informations obtenues frauduleusement par un tiers fait peser une menace sur les sociétés du groupe face à l'incertitude du contenu des parutions à venir », menace qualifiée par le tribunal de « dommage imminent » lié à la « divulgation d'informations relevant du secret des affaires¹⁸ ».

¹⁵ V. à ce sujet A.-M. VOISARD, « Poursuites-bâillons : la liberté d'expression en procès », *Projet* 4/2016, p. 59 ; B. ADER, « Les procédures 'bâillons' et le coût d'un procès de presse », *Légipresse* 2022, p. 517.

¹⁶ Sur cette affaire, v. par exemple B. LAEMLE, « La justice interdit à Reflets.info de publier de nouveaux articles à propos d'Altice tirés de données piratées », *Le Monde* 8 octobre 2022, p. 19.

¹⁷ Il s'agit de la norme qui habilite le président du tribunal de commerce à prescrire en référé les mesures conservatoires « pour prévenir un dommage imminent [ou] pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

¹⁸ Trib. com. Nanterre, 6 octobre 2022, RG n° 2022Roo834 (la décision peut notamment être consultée sur le site doctrine.fr). V. également les observations de Ph. THÉRY, *RTD civ.* 2023, p. 179 et d'E. DREYER, *RDLI* 2022, n° 198, p. 30.

Très critiquée par les journalistes¹⁹, cette décision a été infirmée le 19 janvier 2023 par la cour d'appel de Versailles qui a rappelé que « le secret des affaires ne peut [...] être opposé aux journalistes de *Reflets* qui ont fait leur travail d'investigation²⁰ ». Les juges ont décidé par ailleurs que « la certitude du trouble au regard du caractère hypothétique du contenu n'est pas démontrée » et que « l'imminence du dommage allégué n'est pas établie²¹ ». Cet arrêt a été salué par la presse comme une victoire de la liberté d'information²², rappelant par ailleurs l'inopposabilité du secret des affaires aux journalistes en vertu de l'article L. 151-58 du Code de commerce²³.

La deuxième affaire vise le site d'information Mediapart. Alors que les journalistes souhaitaient publier les résultats de leur enquête sur l'implication du maire de Saint-Étienne dans une affaire de chantage politique « à la *sextape* », celui-ci a saisi le tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner l'interdiction de publier certains éléments de l'enquête et, en particulier, d'un enregistrement audio réalisé à l'insu du maire. Le 18 novembre 2022, une vice-présidente du tribunal a accueilli cette requête favorablement en rendant une ordonnance interdisant à Mediapart de « publier tout ou partie de l'enregistrement illicite réalisé le 27 novembre 2017 [sous] astreinte de 10 000 euros par extrait publié²⁴ ». Lors d'une conférence de presse, le directeur de publication de Mediapart, Edwy PLENEL, a déclaré qu'il s'agissait là d'une « décision sans précédent de mémoire de juriste et de journaliste²⁵ », appelant par ailleurs les syndicats et sociétés de journalistes à apporter leur soutien face à cette atteinte à la liberté de la presse.

La particularité de l'affaire Mediapart était la voie juridictionnelle choisie par l'avocat du maire de Saint-Étienne. Contrairement à l'affaire Altice, c'est la procédure sur requête de l'article 845 alinéa 2 du Code de procédure civile qui avait été choisie. Ce texte permet au président du tribunal judiciaire ou l'un de ses représentants d'« ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement²⁶ ». Selon toute vraisemblance, cette

¹⁹ V. par exemple « Quand le tribunal de commerce préempte le droit de la presse », *Challenges* 1^{er} décembre 2022, p. 12 ; L. NEUER, « Altice vs reflets.info : la liberté de la presse menacée par le secret des affaires ? », *Le Point* 11 octobre 2022 ; O. TESQUET, « Secret des affaires : Altice obtient en justice un permis de bâillonner la presse », *Télérama* 7 octobre 2022.

²⁰ CA Versailles, 19 janvier 2023, RG n° 22/06176, *RTD civ.* 2023, p. 179, obs. Ph. THÉRY.

²¹ *Ibid.*

²² B. LAEMLE, « La justice autorise Reflets.info à publier de nouveaux articles à propos d'Altice à partir de données piratées », *Le Monde* 20 janvier 2023 ; J. HOURDEAUX « Secret des affaires : la censure préventive du site Reflets levée en appel », *mediapart.fr* 19 janvier 2023.

²³ Selon l'arrêt, « s'agissant d'une description factuelle de leur contenu qui donne la mesure de l'ampleur du sinistre subi par Altice, le secret des affaires ne peut davantage être opposé aux journalistes de Reflets qui ont fait leur travail d'investigation » (CA Versailles, 19 janvier 2023, RG n° 22/06176).

²⁴ TJ Paris, ord., 18 novembre 2022.

²⁵ V. par exemple T. LAURENT, « Censure d'une enquête de Mediapart sur le maire de Saint-Etienne : 'C'est une justice secrète et non contradictoire' », *Libération* 22 novembre 2022.

²⁶ Pour un commentaire de ce texte (anc. art. 812 al. 2 C. proc. civ.), v. par exemple J. HÉRON, TH. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7^e éd., 2019, n° 438. V. également R. PERROT,

procédure sommaire a été choisie en raison de l'importante marge d'appréciation dont dispose le juge saisi et pour l'absence de motivation circonstanciée de la décision. En effet, l'ordonnance du 18 novembre 2022 ne justifie l'injonction ni par la protection de la vie privée du requérant, ni par le caractère illicite des enregistrements destinés à être publiés²⁷.

Cette ordonnance a fait l'objet d'une rétractation à peine deux semaines plus tard²⁸. Par une décision du 25 novembre 2022, le premier président de la cour d'appel a annulé la mesure d'interdiction au motif que :

« le choix procédural de déposer une requête plus de deux mois après cette date et après l'expiration du délai de réponse de 48 heures à une demande d'informations du 15 novembre 2022 émanant du journaliste en charge de cette enquête à Mediapart, ne permet pas [au maire de Saint-Étienne] de se prévaloir, pour justifier de déroger au principe du contradictoire, du caractère imminent de l'atteinte alléguée, imminence à laquelle il a contribué²⁹. »

B.- Le recours critiquable aux actions en cessation en matière de presse

L'utilisation des procédures de référé en matière de presse fait depuis longtemps l'objet de critiques. Il est vrai que le recours à des procédures d'urgence, qui réservent une place limitée au principe du contradictoire ou l'écartent purement et simplement (comme dans la procédure sur requête de l'article 845 du Code de procédure civile), laisse un arrière-goût amer au regard des restrictions que le juge peut porter à la liberté d'information. Alors que les procédures de référé sont conçues pour répondre à des demandes urgentes ou incontestables, elles sont devenues au fil des années, sous l'emprise de l'engorgement des tribunaux, une véritable alternative aux procès au fond, et ce alors qu'est en jeu une liberté fondamentale.

L'on ne saurait passer sous silence la fragilité des fondements normatifs des procédures en référé dans les domaines où entrent en conflit deux libertés fonda-

« L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 387 ; M. FOULON et Y. STRICKLER, « Le constat sur requête 20 ans après », *Dr. et proc.* 2010, p. 307 ainsi que l'étude approfondie de S. PIERRE-MAURICE, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, th. Strasbourg 3, Dalloz, 2003

²⁷ Comp. G. LÉCUYER, « Le maire, le juge des requêtes ; et puis le journaliste : un « 2 + 1 » paradoxal », *Légipresse* 2023, p. 29, spéc. p. 33 : « Sèche, composée de quelques lignes, l'ordonnance définit précisément la mesure et sa sanction et, pour toute motivation, s'en réfère à la requête pour justifier qu'il soit ainsi dérogé au contradictoire. »

²⁸ TJ Paris, ord., 30 novembre 2022, RG n° 22/13852, *Légipresse* 2023, p. 29, note G. LÉCUYER ; *RTD civ.* 2023, p. 179, obs. Ph. THÉRY ; *RLDI* 2023, n° 203, p. 22, note E. DERIEUX. La version intégrale de l'ordonnance est accessible sur le site internet de Mediapart (www.mediapart.fr/journal/france/301122/affaire-perdriau-et-la-fin-c-est-la-liberte-d-informer-qui-l-emporte). Sur cette décision, v. aussi F. ARFI, « Affaire Perdriau : et à la fin, c'est la liberté d'informer qui l'emporte », *mediapart.fr* 30 novembre 2022.

²⁹ *Ibid.*

mentales. Comme cela a été relevé depuis longtemps³⁰, le Code de procédure civile revêt, en droit français, un caractère réglementaire, alors que la liberté d'expression relève du domaine législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution³¹. Il est délicat en effet d'admettre qu'un juge unique puisse statuer sur la base d'un texte réglementaire pour ordonner des mesures aussi contraignantes que l'interdiction de diffuser des éléments qui sont couverts par la liberté des médias. Si certains auteurs ont tenté de justifier ce hiatus au regard de la hiérarchie des normes³², force est de constater que les arguments peinent à convaincre et qu'il serait grand temps de remédier à cette anomalie³³.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a contribué à fragiliser les fondements des procédures en référé depuis qu'elle s'est prononcée, dans un arrêt *RTBF c/ Belgique* de 2011³⁴, sur la compatibilité au droit européen des textes qui régissent les procédures de référé. La Cour de Strasbourg a relevé en effet que la base normative d'une interdiction de diffusion prononcée par un juge belge, en l'occurrence l'article 809 du Code de procédure civile belge et l'article 1382 du Code civil belge, étaient des textes trop généraux, trop imprécis « quant au type de restriction autorisée, leur but, leur durée, leur étendue et le contrôle dont elle pourrait faire l'objet » de sorte que ceux-ci ne pouvaient constituer « un cadre légal suffisamment précis quant à la délimitation de l'interdiction³⁵ ». Or, les textes examinés sont identiques à ceux du droit français.

Cette évolution jurisprudentielle remet en question la pratique du référé en matière de presse et devrait inciter le législateur à refondre les textes régissant les procédures de référé. La généralité des termes soulève en effet de nombreuses difficultés : qu'est-ce qu'un « trouble » ? que signifie « illicite » ? Si ces deux notions ne sont pas inconnues en droit matériel³⁶ et que des travaux doctrinaux ont été réalisés pour en éclairer le sens et systématiser des cas d'application³⁷, il n'en demeure

³⁰ V. en particulier E. DERIEUX, « Référé et liberté d'expression », *JCP G* 1997, I, 4053 ; E. DEZEUZE, « La procédure de référé à l'épreuve de la diffamation », *Légipresse* 1998, II, 55 ; E. DREYER, « La perversion du référé en matière de presse », *JCP G* 2007, I, 171 ; A. LACABARATS, « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », *Gaz. Pal.* 2006, doctr. 7 ; Th. MASSIS, « Le juge des référés et la liberté d'expression », *Légipresse* 1991, II, 67.

³¹ Selon ce texte, la loi « fixe les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ».

³² Pour une présentation détaillée des arguments avancés, v. E. DREYER, *J.-Cl. Communication*, fasc. 32 : Référé en matière de presse, 2020, n^{os} 54 et s.

³³ V. en ce sens déjà P. KAYSER, « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *D.* 1989, chr. p. 11.

³⁴ CEDH, 29 mars 2011, req. 50084/06, *RTDH* 2013, p. 331, note C. BRICTEUX/B. FRYDMAN ; *Légipresse* 2011, p. 558, note C. MAS.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ On pense notamment au régime des troubles anormaux de voisinage et à la notion d'illicéité dans la définition de la faute extracontractuelle.

³⁷ V. en particulier C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, th. Bordeaux 4, PUAM, 2000, spéc. p. 59 et s. ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, th. préc., n^{os} 248 et s.

pas moins que, malgré toute l'attention doctrinale et jurisprudentielle, ces notions demeurent vagues et sans contours exacts. Tout particulièrement, il est délicat de tracer la frontière entre trouble et dommage ainsi qu'entre illicéité et faute³⁸, ce dont témoignent les hésitations des rédacteurs du projet de réforme de la responsabilité civile présenté en 2017³⁹.

La généralité des textes qui prévoient l'action en cessation de l'illicite est par ailleurs à l'origine d'une distinction de moins en moins nette entre ce qui relève du juge du fond et le domaine de compétences propre au juge des référés. Alors que la procédure de référé était conçue comme un mode de protection conservatoire des intérêts du demandeur, elle a pris beaucoup plus de place sous l'effet de l'engorgement des tribunaux et des difficultés de rendre des décisions au fond dans un délai raisonnable. En effet, l'interdiction de préjudicier au fond, c'est-à-dire de trancher des contestations sérieuses, s'est progressivement effacée pour faire des procédures de référé un « véritable substitut des voies procédurales de droit commun⁴⁰ ». L'intervention du juge de l'urgence et de l'évidence apparaît dès lors d'autant plus contestable que le contentieux de la presse met en jeu une liberté fondamentale, celle d'exprimer ses opinions, dont l'exercice peut être sérieusement entravé par une décision de référé⁴¹.

S'il est vrai que le juge des référés s'efforce à mettre en balance la liberté d'expression et les autres droits fondamentaux invoqués par le demandeur et qu'il procède à un contrôle de nécessité et de proportionnalité de l'atteinte qui pourrait résulter de la décision de justice (saisie, suppression, interdiction de diffusion...), force est de constater que le bon équilibre entre les intérêts en présence (célérité, contradictoire, examen au fond) ne semble pas encore avoir été trouvé⁴².

Si, sous cet angle, les actions en cessation de l'illicite apparaissent comme une menace pour l'exercice de la liberté d'expression, il ne faut pas oublier que, dans d'autres circonstances, elles contribuent à en renforcer l'effectivité.

³⁸ V. par exemple B. OPPETIT, « Les incertaines frontières de l'illicite », in *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1997, p. 14 (également reproduit in : *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 11).

³⁹ L'article 1232 de l'avant-projet prévoyait qu'« indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur », pour préciser ensuite que « [seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures] », les crochets indiquant une incertitude à ce sujet. Dans le projet de 2017, cette dernière précision ne figure plus dans le texte.

⁴⁰ A. LACABARATS, « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », *Légicom* 2006/1, p. 33.

⁴¹ Comp. E. DREYER, « La perversion du référé en matière de presse », *JCP G* 2007, I, 171.

⁴² V. en ce sens aussi J. NORMAND, « Le référé-diffamation à la recherche de son point d'équilibre », *RTD civ.* 1998, p. 972.

II.- Les actions en cessation de l'illicite, garantie de la liberté d'expression

L'essor du contentieux de la cessation de l'illicite n'a pas échappé aux plaideurs qui défendent les intérêts de ceux qui se trouvent entravés dans l'exercice de la liberté d'expression. Utilisées pour défendre cette liberté, ces actions ont pour objet de faire cesser des mesures qui, par leur nature sanctionnatrice ou prohibitive, font obstacle à la diffusion des opinions. Si les liens avec le mécanisme de la responsabilité sont ici occultés par le particularisme des domaines de droit dans lesquels elle s'insère, la cessation de l'illicite participe à l'émergence d'une nouvelle forme de protection des droits individuels qui se joue des frontières entre droit processuel et droit substantiel.

Deux illustrations récentes permettent de mesurer l'actualité de la question : l'une est tirée du droit du travail (A), l'autre du contentieux administratif (B).

A.- La protection des lanceurs d'alerte en droit du travail

Depuis la loi du 6 décembre 2013, l'article L. 1132-3-3 du Code du travail protège les personnes qui, dans un contexte professionnel, ont eu connaissance de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime et qui en auraient témoigné de bonne foi⁴³. Ces lanceurs d'alerte ne peuvent faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire, licenciement ou discrimination fondés sur ce témoignage. Si les textes ordonnent depuis 2013 la nullité de telles mesures, le législateur français a progressivement complété cet arsenal législatif⁴⁴ destiné à établir un juste équilibre entre les droits du salarié et ceux de son employeur, en créant une réglementation complexe, en particulier s'agissant de la preuve de l'exercice régulier du droit d'alerte⁴⁵.

Si le mécanisme de protection des lanceurs d'alerte est majoritairement utilisé par des travailleurs qui s'estiment victimes de harcèlement moral ou sexuel⁴⁶, il arrive parfois qu'un salarié s'en saisisse pour contester des sanctions prises après la

⁴³ Sur le dispositif actuel, v. récemment M. LABARTHE, « Le nouveau cadre légal de protection du salarié lanceur d'alerte : quel(s) équilibre(s) ? », *Dr. social* 2023, p. 245.

⁴⁴ Le législateur a notamment institué une « bascule probatoire » et défini la notion de lanceur d'alerte. Pour un commentaire des apports de la loi du 9 décembre 2016 (dite « Sapin 2 ») et de celle du 21 mars 2022 v. respectivement C. BLANQUART, « Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise », *JCP S* 2018, 1292 ; C. LE TOUZÉ, « Les lanceurs d'alerte : une protection à la recherche de l'équilibre », *JCP S* 2022, 1144. V. également M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impossible unicité juridique de la catégorie des lanceurs d'alerte », in J. CHACORNAC (dir.), *Lanceurs d'alertes, regards comparatistes*, éd. Société de législation comparée, 2020, p. 13 ; J. ICARD, « L'alerte individuelle en droit du travail », *Dr. social* 2017, p. 545.

⁴⁵ S. LEVY-REGNAULT et J.-Y. KERBOURC'H, « La saga du régime des lanceurs d'alerte », *JCP S* 2022, 1267 ; F. CHOPIN, « Les lanceurs d'alerte en entreprise, entre avancée certaine et complexité », *Gaz. Pal.* 2022, n° 18, p. 47

⁴⁶ V. en dernier lieu Soc., 1^{er} février 2023, n° 21-24.271, *Procédures* 2023, comm. 76, obs. A. BUGADA.

diffusion d'informations qu'il estimait couverte par la liberté d'expression⁴⁷. Dans ce cas, l'article R. 1455-6 du Code du travail permet au salarié de saisir la formation prud'homale de référé afin que celle-ci prescrive « les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Une affaire récente en illustre les potentialités pour la protection de la liberté d'expression.

En l'espèce, un salarié engagé en qualité de consultant s'était vu confier une mission de conseil auprès d'une entreprise cliente de son employeur, la société Renault. Lors d'un entretien informel, son employeur lui reprochait d'avoir envoyé un courriel aux syndicats de cette entreprise les invitant à diffuser le documentaire satirique *Merçi Patron !*⁴⁸. Ayant procédé à l'enregistrement sonore de cet entretien qui contenait des propos relatifs à la surveillance des mails des syndicalistes, le salarié a transmis cet enregistrement à des tiers qui l'ont diffusé sur la plateforme de vidéos en ligne YouTube. L'employeur a alors procédé au licenciement pour faute grave de son salarié, voyait dans cette diffusion une absence de loyauté à son égard ainsi qu'un manquement au devoir de bonne foi du salarié. Celui-ci a contesté son licenciement devant le juge des référés au motif qu'il contrevient aux règles sur la protection des lanceurs d'alerte et porterait une atteinte injustifiée à sa liberté d'expression⁴⁹.

La cour d'appel, statuant en référé, accède à la demande du salarié et prononce la nullité du licenciement, considérant que celui-ci était constitutif d'un trouble manifestement illicite. Si la décision est ensuite cassée par la chambre sociale de la Cour de cassation⁵⁰ et que la cour d'appel de renvoi a fini par rejeter les demandes du salarié fondées sur la nullité du licenciement⁵¹, force est de constater que le recours au juge des référés est susceptible de prendre de l'ampleur au regard de l'essor du contentieux relatif au statut de lanceur d'alerte⁵².

⁴⁷ Sur la distinction entre le « droit d'expression » qui peut être usé par le salarié pour s'exprimer sur la politique de son entreprise, ses supérieurs, l'organisation et les moyens du travail, et la liberté d'expression qui s'exerce tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise et qui trouve son assise juridique dans les textes à dimension internationale et constitutionnelle, v. par exemple P. ADAM, *Rép. Dr. travail*, v^o Droit d'expression des salariés, 2021, n^{os} 14 et s.

⁴⁸ Les médias se sont fait l'écho de cette affaire. V. en particulier F. AIZICOVICI, « Quand *Merçi patron !* conduit à un licenciement... », *Le Monde* 1^{er} juillet 2016, suppl. Économie et entreprise, p. 5 et du même auteur « Le licenciement d'un prestataire de Renault annulé au nom de la liberté d'expression », *lemonde.fr* 5 mars 2018.

⁴⁹ CA Versailles, 27 février 2018, RG n^o 16/04357, *BJT* 2018, p. 288, obs. D. GAIRE SIMONNEAU.

⁵⁰ Soc., 4 novembre 2020, n^o 18-15.669, *Comm. comm. électr.* 2021, comm. 12, obs. A. LEPAGE ; *JCP S* 2020, 3091, obs. B. BOSSU.

⁵¹ CA Versailles, 6 janvier 2022, RG n^o 21/00414.

⁵² V. en dernier lieu J.-Y. KERBOURC'H, « Contentieux du travail. Licenciement du lanceur d'alerte : compétence et office du juge des référés », obs. sous Soc., 1^{er} février 2023, arrêt préc., *JCP S* 2023, 1063. V. également l'étude d'ensemble de C. TILLOY, *J.-Cl. Procédures Formulaire*, v^o Conseil de Prud'hommes, Fasc. 30 : Référé, 2023.

B.- Le référé-liberté devant le juge administratif

L'importance des actions en cessation pour la protection de la liberté d'expression se manifeste aussi devant le juge administratif. L'article L. 521-2 du Code de la justice administrative l'autorise en cas d'urgence à « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale⁵³ ». Pour autant, la jurisprudence ne s'était pas prononcée jusqu'à récemment sur le périmètre de ce référé-liberté et, en particulier, sur la possibilité d'invoquer la liberté d'expression au titre des libertés fondamentales visées par ce texte.

C'est par une ordonnance du 3 février 2021 que le Conseil d'État a décidé de consacrer la liberté de presse comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative⁵⁴. Dans cette affaire, deux journalistes avaient saisi le Conseil d'État en référé pour lui demander d'ordonner aux préfets du Nord et du Pas-de-Calais de les laisser accéder librement aux campements illégaux de migrants situés sur le littoral de la Côte d'Opale, au moment de leur évacuation par les forces de l'ordre, afin de garantir une couverture médiatique de cette opération. Or, les autorités préfectorales avaient mis en place un périmètre de sécurité, considéré comme excessivement large selon les requérants. Le Conseil d'État a décidé que la « liberté d'expression et la liberté de communication des idées et des opinions ont le caractère de libertés fondamentales » et que la « liberté de la presse, qui en est une des composantes a, de même, le caractère d'une liberté fondamentale ». Il a refusé cependant d'accéder à la demande des journalistes en estimant que les périmètres de sécurité instaurés n'ont pas eu « pour objet ou pour effet de priver les journalistes en particulier de toute visibilité sur le déroulement des opérations de telle sorte qu'ils dépendraient exclusivement des informations délivrées par le service de communication des préfectures⁵⁵ ».

Que penser de cette décision importante, qui a fait l'objet d'un communiqué de presse du Conseil d'État ? Alors que l'on a pu dénoncer dans la doctrine une « victoire à la Pyrrhus⁵⁶ », il faut se féliciter, nous semble-t-il, de la consécration d'une action en cessation devant les juridictions administratives ayant pour objet la défense de la liberté d'expression contre l'action administrative qui y aurait porté une atteinte

⁵³ Pour plus de détails, v. J. et X. VUITTON, *Les référés : procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*, LexisNexis, 2018, n^{os} 547 et s.

⁵⁴ CE, ord. réf., 3 février 2021, n^o 448721, *Gaz. Pal.* 25 mai 2021, p. 32, obs. Ph. PIOT ; *AJDA* 2021, p. 302, obs. E. MAUPIN ; *Légipresse* 2021, p. 217, note M. AFROUKH.

⁵⁵ CE, 3 février 2021, ord. préc.

⁵⁶ E. MAUPIN, « Victoire à la Pyrrhus pour la liberté de la presse », note préc., *AJDA* 2021, p. 302. V. également M. AFROUKH, « Évacuation des camps de migrants : quand la liberté de presse au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'est qu'un tigre de papier », note préc., *Légipresse* 2021, p. 217 (« Dans ces conditions, la référence à une appréciation concrète du caractère excessif des mesures a de quoi surprendre. Le raisonnement du Conseil d'État s'avère extrêmement timoré. »).

illicite. L'activité contentieuse en la matière ne fait que commencer et il y a fort à parier que les plaideurs s'empareront sans tarder de ce nouvel outil processuel pour faire valoir la liberté d'expression comme condition de la démocratie et garantie de bien d'autres libertés fondamentales⁵⁷.

⁵⁷ V. cependant les réserves exprimées par O. LE BOT, « Le référé-liberté est-il victime de son succès ? », *RFD adm.* 2021, p. 657, spéc. p. 664 (« En conclusion, le référé-liberté gagnerait à être un peu moins utilisé par le justiciable et un peu mieux utilisé par le juge. »).